



**PELIGRO PARA LA COMUNIDAD COMO REQUISITO PARA LA IMPOSICIÓN
DE MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO: CONFLICTO ENTRE LA PRELACIÓN DE
LA NORMATIVA INTERNACIONAL CON EL ORDEN JURÍDICO INTERNO**

**TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE ABOGADA
ESTUDIANTE: LAURA FERNANDA CUERVO CORTÉS**

**UNIVERSIDAD DE CALDAS
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
PROGRAMA DE DERECHO
DIRECTOR: JAIME ANDRÉS NOVOA PACHECO
MANIZALES, AGOSTO DE 2022**

PELIGRO PARA LA COMUNIDAD COMO REQUISITO PARA LA IMPOSICIÓN DE MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO: CONFLICTO ENTRE LA PRELACIÓN DE LA NORMATIVA INTERNACIONAL CON EL ORDEN JURÍDICO INTERNO

ÍNDICE DE CONTENIDO	
ANTECEDENTES DEL PROBLEMA	7-8
DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA	9-10
PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN	10
OBJETIVO GENERAL	10-11
OBJETIVOS ESPECÍFICOS	11
JUSTIFICACIÓN	11-13
METODOLOGÍA	13-14

CAPÍTULO I	15-23
1. EL ACTUAL RITO DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL (LEY 906 DE 2004).	15
1.1. La implantación del sistema penal con tendencia acusatoria en Colombia: Acto Legislativo 03 de 2002.	15
1.2. Características generales del proceso penal acusatorio.	16
1.3. La Ley 906 de 2004, nuevo Código de Procedimiento Penal.	17
1.4. Principios que rigen la Ley 906 de 2004.	17-18
1.4.1. El derecho fundamental a la libertad como principio fundante en el proceso penal.	18-19

1.4.2. Garantía fundamental de prelación de tratados internacionales.	19
1.4.3. Garantía fundamental de presunción de inocencia.	19-20
1.5. Etapas del proceso penal acusatorio establecido mediante la Ley 906 de 2004.	21-23
2. LAS MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO EN LA LEY 906 DE 2004.	23-34
2.1. Qué son las medidas de aseguramiento.	23
2.2. Características generales de las medidas de aseguramiento.	24-25
2.3. Clases de medidas de aseguramiento.	25
2.3.1. Medidas de aseguramiento privativas de la libertad.	25
2.3.2. Medidas de aseguramiento no privativas de la libertad.	25-26
2.4. Solicitud y procedencia de las medidas de aseguramiento.	26-27
2.4.1. Requisitos para la procedencia de las medidas de aseguramiento.	27-28
2.4.2. Test de proporcionalidad.	28-30
2.5. Oportunidad procesal para solicitar la imposición de medidas de aseguramiento.	30-31
2.6. Imposición de las medidas de aseguramiento.	31
2.6.1. Límites formales y sustanciales para la imposición de una medida de aseguramiento.	31-33
2.6.2. Presupuestos en los que debe encajar la decisión del Juez con Función de Control de Garantías.	33-34

3. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991 Y LA CREACIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA.	34-36
3.1. Instalación y conformación de la Corte Constitucional Colombiana.	34
3.2. Funciones de la Corte Constitucional Colombiana.	34-36
4. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991 Y EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD.	36-38
4.1. La Constitución Política de 1991 y la implementación del bloque de constitucionalidad: artículo 93 superior.	36-37
4.2. La evolución de la jurisprudencia en punto a la definición y desarrollo del bloque de constitucionalidad.	37-38
5. LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.	38-39
5.1. La Convención Americana sobre Derechos Humanos como convención Ratificada por Colombia.	38-39

CAPÍTULO II	40-63
1. PELIGRO PARA LA COMUNIDAD COMO REQUISITO PARA LA IMPOSICIÓN DE MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO.	40-41
1.1. Requisitos para la imposición de medidas de aseguramiento: numeral 2 del artículo 308 del Código de Procedimiento Penal: “que el imputado constituya un peligro para la seguridad de la sociedad”.	41
1.2. Precisiones del peligro para la seguridad de la comunidad o sociedad establecidas en el artículo 310 del Código de Procedimiento Penal.	41-42
2. LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA Y SU POSTURA FRENTE A LA DETENCIÓN PREVENTIVA	42-57

AMPARADA EN EL REQUISITO DE PELIGRO PARA LA COMUNIDAD.	
2.1. Sentencia C-469 de 2016.	42-57
3. LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y SU POSTURA FRENTE A LA DETENCIÓN PREVENTIVA AMPARADA EN EL REQUISITO DE PELIGRO PARA LA COMUNIDAD.	57-62

CAPÍTULO III	64-112
1. CRÍTICAS AL ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD REALIZADO POR LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA EN SENTENCIA C-469 DE 2016.	65-85
1.1. Inferencia razonable, probabilidad de verdad y conocimiento más allá de toda duda razonable en el proceso penal colombiano.	65
1.1.1. La inferencia razonable de autoría o participación.	65-67
1.1.2. La probabilidad de verdad.	67-69
1.1.3. El conocimiento más allá de toda duda razonable.	69-70
1.2. La inferencia razonable en sede de la causal para imposición de medida de aseguramiento: “peligro para la comunidad o la sociedad”.	71-85
2. CRÍTICAS A LOS CRITERIOS ORIENTADORES DEL ARTÍCULO 310 DE LA LEY 906 DE 2004 DE CONFORMIDAD CON EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD Y LOS FINES DE LA PENA: ¿PELIGRO PARA LA COMUNIDAD COMO FIN PROCESAL O FIN EXTRAPROCESAL?	85-99
2.1. Principio de culpabilidad.	85-88

2.2. Fines de la pena.	88-93
2.3. Peligro para la comunidad o sociedad: ¿finalidad procesal o finalidad de la pena?	93
2.3.1. Trasgresión al principio de culpabilidad.	93-94
2.3.2. Finalidad de la pena.	94-99
3. ANÁLISIS AL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y EL USO DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EJERCIDO POR LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA EN SENTENCIA C-469 DE 2016.	99-112
3.1. Artículos 1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos: control de convencionalidad.	99-101
3.2. Control de convencionalidad en el ordenamiento jurídico colombiano.	101-103
3.3. La Corte Constitucional Colombiana y el “control de convencionalidad” ejercido en la sentencia C-469 de 2016.	103-105
3.4. Bloque de constitucionalidad: ¿estricta observancia o flexibilidad? ¿Un criterio sesgado y discriminatorio?	105-112

REFERENCIAS	113-115
--------------------	---------

ANTECEDENTES DEL PROBLEMA

El derecho fundamental a la libertad personal se encuentra consagrado, en el ordenamiento jurídico colombiano, en el artículo 28 de la Constitución Política vigente; este establece la facultad positiva que posee toda persona para desarrollarse de acuerdo a la multiplicidad de opciones que escoja para su vida, sin que esta prerrogativa revista un carácter absoluto e ilimitado.

Lo anterior en consideración de que, pese a ser un derecho fundamental, ha sido reiterado, por la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana, que estos imperativos deben armonizarse con los demás bienes y valores en que se funda la Carta Política de nuestro país, en el entendido que los imperativos fundamentales no pueden dejarse al arbitrio de cada individuo de modo que sobrepasen los derechos de los demás.

En esta medida, uno de los límites que encuentra el derecho fundamental a la libertad personal se constituye en la imposición de medidas de aseguramiento. Nuestro actual sistema penal acusatorio, regido bajo los parámetros de la Ley 906 de 2004, consagra la posibilidad de que las personas inmersas en el marco de un proceso penal, puedan esperar la resolución del mismo ya sean amparados en su derecho fundamental a la libertad o, excepcionalmente, cobijadas bajo una medida de aseguramiento.

En este punto, es preciso advertir que, la regla general del ordenamiento jurídico nacional es la espera de las resultas del proceso en libertad, bajo el amparo de la presunción de inocencia, pues esta garantía se erige como un postulado esencial del andamiaje jurídico colombiano, al imponer la obligación, en la práctica jurídica y administrativa, de que las autoridades se ciñan, completamente, a las exigencias que impone un debido proceso para desvirtuar su alcance.

De esta forma, esta garantía adquiere el rango de derecho fundamental, por virtud del cual el acusado no está obligado a presentar prueba alguna que demuestre su inocencia, de modo que el encargado de la demostración de su culpabilidad es el Estado, mediante las autoridades judiciales competentes.

Bajo estos presupuestos, cuando el ente acusador, en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, decide optar por la solicitud de una medida de aseguramiento, debe hacerlo previa acreditación de que los elementos probatorios que tiene en su conocimiento, en contra del procesado, permitan inferir, razonablemente, que este pueda ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga y teniendo en cuenta, además, que la medida sea necesaria por comportar, las particularidades propias del caso, uno de los 3 escenarios siguientes: (i) que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia, (ii) que el imputado constituya un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima o (iii) que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.

Es así como la Fiscalía debe precisar cuál o cuáles requisitos escoge para fundamentar su solicitud de imposición de medida de aseguramiento, procediendo a sustentar su petición a través de la realización de un test de proporcionalidad que permita esclarecer si estas medidas resultan adecuadas, necesarias y proporcionales en sentido estricto para la finalidad que persiguen, sin que, a su turno, sacrifiquen derechos o principios de mayor rango constitucional, ya que al tratarse de medidas cautelares que recaen sobre los individuos, restringiendo su derecho fundamental a la libertad, es palpable la evidencia de una amplia injerencia Estatal que debe ser regulada mediante exigentes parámetros como los descritos.

Finalmente, de la adecuada sustentación de estos criterios y del material probatorio aportado depende la aprobación, por parte de un Juez con Función de Control de Garantías, de la imposición de la medida.

DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

Las medidas de aseguramiento dentro del proceso penal son caracterizadas por su naturaleza excepcional, preventiva, cautelar y temporal, pues abarcan una amplia intromisión en el derecho fundamental de la libertad de las personas, ya sea restringiéndolo o condicionándolo.

En este sentido, la actual codificación procesal penal -Ley 906 de 2004- establece, en su artículo 310, los 3 requisitos por los cuales puede proceder la imposición de una medida de aseguramiento, a saber: (i) que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia, (ii) que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima o (iii) que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.

Sin embargo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, convenio debidamente ratificado por el Congreso Colombiano mediante Ley 16 de 1972, y los diferentes pronunciamientos que de su análisis emanan, por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, desaprueban tajantemente el requisito número 2 del artículo en cita, concerniente al peligro que comporte el imputado para la sociedad, como un sustento o presupuesto idóneo para la imposición de una medida de aseguramiento dentro del despliegue de un proceso penal.

No obstante, en clara contravía de la disposición contenida en el artículo 93 del Texto Político Colombiano, el cual obliga a que “los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción” prevalezcan en el orden interno, así como que los derechos y deberes consagrados en la Constitución Política se interpreten “de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”, la Corte Constitucional Colombiana, mediante sentencia C-469 de 2016, avala la consagración de este requisito -peligro

que comporte el imputado para la sociedad- como un presupuesto acorde a los postulados constitucionales, el cual puede ser usado en sede de procesos de enjuiciamiento penal, para la solicitud de imposición de medidas de aseguramiento.

De esta forma se pretende, con el presente trabajo de investigación, determinar de qué forma las razones jurídicas por las cuales la Corte Constitucional Colombiana, en sentencia C-469 de 2016, donde plantea la tesis de compatibilidad que declara la constitucionalidad del requisito “peligro para la comunidad” como presupuesto para la imposición de una medida de aseguramiento en el ordenamiento jurídico colombiano, se encuentran ajustadas a las garantías contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN

¿De qué forma las razones jurídicas por las cuales la Corte Constitucional Colombiana, en sentencia C-469 de 2016, donde plantea la tesis de compatibilidad que declara la constitucionalidad del requisito “peligro para la comunidad” como presupuesto para la imposición de una medida de aseguramiento en el ordenamiento jurídico colombiano, se encuentran ajustadas a las garantías contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?

OBJETIVO GENERAL

Analizar de qué forma las razones jurídicas por las cuales la Corte Constitucional colombiana, en sentencia C-469 de 2016, donde plantea la tesis de compatibilidad que declara la constitucionalidad del requisito “peligro para la comunidad” como presupuesto para la imposición de una medida de aseguramiento en el ordenamiento jurídico colombiano, se encuentran ajustadas a las garantías

contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Establecer cuáles son los antecedentes legislativos, constitucionales y jurisprudencias, aunado a la normatividad vigente, concernientes a las medidas de aseguramiento y el bloque de constitucionalidad, en el ordenamiento jurídico colombiano.
- Identificar la postura de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en punto al requisito “peligro para la comunidad” como presupuesto para la imposición de una medida de aseguramiento, así como las consideraciones desarrolladas por la Corte Constitucional Colombiana, en punto al mismo tema, en sentencia C-469 del 2016.
- Reflexionar en torno a la figura del requisito de peligro para la comunidad como presupuesto para la imposición de una medida de aseguramiento dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

JUSTIFICACIÓN

En punto a la dilucidación de la importancia, necesidad y pertinencia que abarca el tema objeto del presente trabajo de grado, es menester indicar que este reviste alta relevancia en sede de las dinámicas actuales en que se desarrolla nuestro sistema penal acusatorio, por tratarse de una discusión con aristas legislativas, jurisprudenciales, doctrinales, que involucran derechos y garantías fundamentales dentro del ejercicio de la administración de justicia.

Si bien el derecho fundamental a la libertad no se comporta como absoluto e ilimitado dentro del despliegue del Estado Social de Derecho colombiano, sí se presenta como un precepto de estricta observancia en el desarrollo de procesos penales, pues ha establecido el legislador y la jurisprudencia nacional que, en el

desarrollo de las actuaciones procesales corresponde, como regla general, la espera de la resolución del trámite judicial en libertad, encontrándose como excepcional, la limitación de este derecho mediante la imposición de medidas cautelares como lo son las medidas de aseguramiento.

De esta forma, la crítica reflexiva que se desarrolla mediante esta actividad investigativa, se erige como un concepto necesario y pertinente en el marco de la impartición de justicia en el ámbito penal, pues las exposiciones y conclusiones aquí realizadas pueden conducir a un cambio de precedente tanto local como nacional, dentro de las decisiones que profieren los Juzgados con Función de Control de Garantías del país e, incluso, de la misma Corte Constitucional Colombiana.

Lo anterior, en el entendido de que esbozados los argumentos que nutren esta discusión, la judicatura puede producir un cambio en sus posturas, optando por una visión más benévola de las garantías fundamentales de los procesados, de conformidad con el bloque de constitucionalidad, articulando la norma interna con los pronunciamientos internacionales de los diferentes tribunales defensores de derechos humanos y todos aquellos compendios normativos que avala y ratifica Colombia en torno a este tópico.

Asimismo, la Universidad de Caldas, como institución partícipe de la educación pública superior, requiere que los profesionales formados en sus claustros, revistan una actitud reflexiva y crítica frente a las dinámicas procesales actuales que rigen nuestro ordenamiento jurídico, máxime si dentro de ellas se ven involucrados derechos fundamentales de tal envergadura como la libertad personal de los ciudadanos.

Es apremiante que la Universidad permita, con el desarrollo de estos trabajos y por medio de sus profesionales, demostrar la mentalidad inquieta y propositiva con que se forman sus estudiantes, de manera que estos no obedezcan al tenor literal de la normatividad que rige nuestro país sino que, por el contrario, cuestionen

al legislador y a la judicatura, en aras de determinar los yerros que por largo tiempo estos han ejercido y con los cuales han trasgredido, en múltiples casos, imperativos fundamentales.

En la consecución de este proyecto, lejos de resultar como una finalidad aislada que me permita acceder al título de abogada, el planteamiento de las cuestiones realizadas, me brinda la posibilidad de nutrirme como una profesional en derecho, participativa y proactiva en la defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos mediante discusiones como las aquí propuestas, las cuales pueden comportar un cambio de precedente y de dinámica del curso procesal de la justicia penal.

METODOLOGÍA

La presente investigación consiste en una de tipo empírico analítica pues se pretende entender un fenómeno a partir de la descripción e identificación de información y datos que permitan contrastarse.

A su turno, corresponde a una investigación descriptiva pues se encarga de puntualizar los rasgos distintivos del objeto de estudio, limitándose a describir el tema de investigación, sin ahondar en los motivos por el que se produce el mismo.

Por su parte, también incluye el método cuantitativo de investigación, en la medida que, para arribar a las conclusiones expuestas fueron usadas herramientas de recopilación y análisis de información de multiplicidad de fuentes.

De esta manera, las técnicas e instrumentos de recolección y análisis de la información utilizados corresponden a fichas técnicas bibliográficas, fichas técnicas jurisprudenciales y fichas técnicas normativas.

Por último, cabe anotar que las fases en que esta fue desarrollada se sintetizan de la siguiente forma: (i) exploración bibliográfica, (ii) exploración normativa, (iii) sistematización de la información, (iv) análisis de la información y (v) revisión del informe final.

CAPÍTULO I

1. EL ACTUAL RITO DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL (LEY 906 DE 2004):

1.1. La implantación del sistema penal con tendencia acusatoria en Colombia: Acto Legislativo 03 de 2002.

Mediante la aprobación del Acto Legislativo 03 del 19 de diciembre de 2002, “se introdujo en el país la más importante modificación que se haya realizado al diseño constitucional del régimen de procedimiento penal, como parte integrante del proceso de adopción de una política pública en el ámbito criminal (...)” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, 2015).

Este Acto Legislativo, por medio del cual se reforma la Constitución Nacional en sus artículos 116, 250 y 251, atinentes a la administración de justicia y a la Fiscalía General de la Nación, produjo el acogimiento de un sistema penal acusatorio que ya reclamaba la Constitución Política de 1991, generando, consecuentemente, el abandono de los sistemas inquisitivos y mixtos que se desarrollaban en nuestro ordenamiento jurídico con anterioridad.

Aprobado el proyecto por el Congreso de la República, el 19 de diciembre de 2002, y publicado en el Diario Oficial 45.040 del 20 de diciembre del mismo año, se concurrió al desarrollo del nuevo modelo acusatorio a implantarse en Colombia, tarea que culminó con:

Los proyectos de un nuevo Código de Procedimiento Penal, un sistema nacional de defensoría pública, un nuevo Código Penitenciario y Carcelario, un nuevo Estatuto Orgánico de la Fiscalía; al igual que modificaciones parciales al Código Penal, a la Ley Estatutaria de Administración de Justicia y al Proyecto de Ley Estatutaria Habeas Corpus en curso (...) y; en lo que respecta al tema que ahora interesa preferencialmente, el nuevo Código de Procedimiento Penal Ley 906 de 2004. (Granados Peña, 2005)

1.2. Características generales del proceso penal acusatorio.

Con el fin de caracterizar las implicaciones que acarrea un sistema penal acusatorio, debemos indicar que este se desenvuelve con atención a los siguientes rasgos, de conformidad con la explicación del autor (Saray Botero, 2017):

- Las funciones de investigación, acusación y juzgamiento se establecen en titularidad de órganos separados e independientes.
- El proceso se desarrolla mediante la égida adversarial, es decir, obedece a un proceso de partes, de las cuales debe predicarse el principio de igualdad: tanto acusado como acusador se enfrentan en igualdad de oportunidades.
- El juez no ejerce iniciativa propia, pues no puede dar inicio al proceso ni concurrir a la investigación de hechos delictivos, así como no participa en la actividad probatoria, de ahí que su tarea se limite a proferir decisiones sobre lo que las partes aporten al proceso.
- Reina la presunción de inocencia, lo que indica que el procesado se tendrá como inocente hasta que no sea probada su responsabilidad.
- No existe tarifa legal probatoria, la cual refiere a aquellos sistemas donde:

La ley establece específicamente el valor de las pruebas y el juzgador simplemente aplica lo dispuesto en ella, en ejercicio de una función que puede considerarse mecánica, de suerte que aquel casi no necesita razonar para ese efecto porque el legislador ya lo ha hecho por él. (Corte Constitucional, 2005)

- El trámite procesal se desarrolla de manera oral y pública, brindando prelación a los principios de oralidad, publicidad, contradicción, inmediación, concentración, entre otros.

1.3. La Ley 906 de 2004, nuevo Código de Procedimiento Penal.

El nuevo Código de Procedimiento Penal adoptado a partir de las precisiones que obligaba la expedición del Acto Legislativo 03 de 2002, entró en vigencia a partir del 1 de enero de 2005 en determinados distritos judiciales, pues su implementación fue gradual, culminándose su consolidación, en todo el territorio nacional, en el año 2008.

Los cimientos de esta nueva codificación procesal se encuentran en los principios y normas prevalentes que guían y ordenan su composición, reflejando, como lo expone (Avella Franco, 2007), las pretensiones democráticas de un Estado Social y de Derecho, recalcado en las garantías de dignidad humana, libertad e igualdad, las cuales imprimen un contenido constitucional a las instituciones procedimentales.

Tales normas prevalentes se consagran en el Título Preliminar de esta codificación, las cuales poseen como función, según (Avella Franco, 2007), la explicación de la implementación de una normativa procedimental con una perspectiva esencialmente constitucional, de manera que el proceso penal se cimienta en derechos y garantías fundamentales.

1.4. Principios que rigen la Ley 906 de 2004.

Partiendo de lo ya reseñado, en cuanto que el Título Preliminar del Código de Procedimiento Penal consigna los “principios rectores y garantías procesales” que se ocuparán de regir el compendio normativo, nos encargaremos de mencionar estas normas rectoras, cuales son, dignidad humana, libertad, prelación de los tratados internacionales, igualdad, imparcialidad, legalidad, presunción de inocencia e in dubio pro-reo, derecho de defensa, oralidad, actuación procesal desplegada con pleno respeto a los derechos fundamentales, garantías para la materialización de los derechos de las víctimas, lealtad, gratuidad, intimidad, contradicción,

inmediación, concentración, publicidad, juez natural, doble instancia, cosa juzgada, restablecimiento del derecho, cláusula de exclusión para aquellas pruebas obtenidas con violación de las garantías fundamentales, delimitación del ámbito de acción de la jurisdicción penal, integración de los demás ordenamientos procesales en punto a los temas que no cubra esta codificación procedimental, prevalencia de las normas rectoras o constitucionales y, por último, se consagra que en el desarrollo del proceso penal, los servidores públicos acatarán criterios de necesidad, ponderación, legalidad y corrección en el comportamiento, para evitar excesos contrarios a la función pública, siendo estos moduladores de la actividad procesal.

Ha de resaltarse, de acuerdo con la dinámica surtida en este trabajo de grado, en una puntual explicación de los siguientes principios:

1.4.1. El derecho fundamental a la libertad como principio fundante en el proceso penal.

Establecido en los artículos 28 constitucional y 2 del Título Preliminar de la Ley 906 de 2004, la libertad refiere al derecho que toda persona posee, en virtud del cual no podrá ser molestado en su persona ni privado de su libertad, si no existiere mandamiento escrito de autoridad judicial competente, que se emita con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley.

En virtud de este derecho fundamental y principio de nuestro Estado Social, la Corte Constitucional Colombiana ha definido la libertad personal como:

La ausencia de aprehensión, retención, captura, detención o cualquier otra forma de limitación de la autonomía de la persona. En ese sentido, se trata de un presupuesto para el ejercicio de las demás libertades y derechos, pues la detención supone la restricción de las otras prerrogativas de las cuales la persona es titular. (Corte Constitucional, 2019)

De esta manera, se concluye que este derecho es fundante dentro del proceso penal, pues debe ser la regla general que permee el mismo: el ciudadano inmerso en esta actuación debe tener, como primera opción, la posibilidad de asumir el proceso en libertad, pues su restricción solo obedece a escenarios excepcionales, pues recuérdese que desde el preámbulo de nuestra Carta Política, es misión en nuestro Estado Constitucional propender por la libertad general de todos los asociados.

1.4.2. Garantía fundamental de prelación de tratados internacionales.

Dispuesta como norma rectora número 3 del Título Preliminar de la Ley 906 de 2004, la prelación de tratados internacionales implica que en el desarrollo de la actuación procesal penal prevalecerá lo establecido en los tratados y convenios internacionales que traten sobre derechos humanos ratificados por Colombia, por formar parte del bloque de constitucionalidad.

En otros términos, en el despliegue de diligencias y en sede de las decisiones adoptadas en el proceso penal, estas deben ser permeadas por el bloque de constitucionalidad, institución jurídica que no solo avala las normas constitucionales como los criterios orientados y focos interpretativos del orden interno, sino que, permite la articulación de estos con normas de mayor o igual jerarquía, como lo son las normativas internacionales, esencialmente, las concernientes a regulación de derechos humanos.

1.4.3. Garantía fundamental de presunción de inocencia.

Dentro del catálogo de derechos fundamentales que nos ha otorgado la Bitácora Política de 1991, el artículo 29 superior, en su inciso 4, hace referencia a que “Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable.”

Esta máxima orientadora del proceso penal se reproduce, a su vez, en el artículo 7 de la Ley 906 de 2004 y con álgida relevancia en normativas internacionales como la Declaración Universal de derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Su desglose del derecho fundamental al debido proceso no implica que esta garantía no posea, a su turno, connotación individual de derecho, pues el Máximo Tribunal Constitucional la ha reconocido como prerrogativa fundamental en este sentido:

La Corte Constitucional ha definido la presunción de inocencia en múltiples ocasiones, reconociendo explícitamente su carácter de derecho fundamental. De este modo en la Sentencia C-205 de 2003 específicamente dijo que:

El derecho fundamental a la presunción de inocencia, recogido en el artículo 29 constitucional, significa que cualquier persona es inicial y esencialmente inocente, partiendo del supuesto de que sólo se puede declarar responsable al acusado al término de un proceso en el que deba estar rodeado de las plenas garantías procesales y se le haya demostrado su culpabilidad. Así pues, la presunción de inocencia, se constituye en regla básica sobre la carga de la prueba, tal y como aparece consagrado en numerosos textos de derechos humanos. (Corte Constitucional, 2017)

Bajo estas consideraciones, este imperativo fundamental se comporta como un límite al ejercicio del poder punitivo, pues obliga al Estado, representado en el órgano de persecución penal, a presentar la prueba que demuestre la responsabilidad penal del procesado, pues cualquier duda sobre la misma, se resolverá a favor de este; tómesese en consideración que en estos escenarios el ciudadano resulta ser la parte débil ante la posible arbitrariedad estatal, pues mientras el ente acusador puede generar un despliegue institucional en contra de

los individuos, estos actúan aisladamente sin todo el andamiaje que acompaña a la Fiscalía General de La Nación.

1.5. Etapas del proceso penal acusatorio establecido mediante la Ley 906 de 2004.

El Compendio Normativo Procesal Penal, que se ha establecido en nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley 906 de 2004, consagra como estructura de desarrollo del proceso penal la siguiente:

Inicialmente, todo el andamiaje procesal penal es activado, como impera el artículo 250 constitucional, cuando la Fiscalía General de la Nación deba “adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito, que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio”.

Una vez conocida la noticia criminal por medio de cualquiera de las acciones anteriores, está obligado el ente acusador a dar apertura a la etapa denominada (i) indagación preliminar. En este escenario, “la Fiscalía puede determinar, de manera prematura, si los hechos puestos en conocimiento posiblemente existieron, si los mismos revisten las características de un delito y si es factible identificar e individualizar a quien haya hecho parte de su ejecución” (Espinosa Acuña & Peláez Reyes, 2021).

Para realizar tal labor, el organismo acusador posee la facultad de efectuar actividades investigativas que le permitan recolectar la información suficiente para lograr inferir razonablemente que la persona denunciada es autor o partícipe de las conductas punibles puestas en su conocimiento.

Una vez culminadas estas actividades, la Fiscalía puede decantar en cualquiera de los siguientes escenarios: (a) formulación de imputación, cuando se

logre alcanzar una inferencia razonable sobre la autoría o participación de los individuos, (b) decretar el archivo de las diligencias, cuando se determine que los comportamientos denunciados no tienen la calidad para configurarse como delitos o (b) solicitar la preclusión, cuando se establezca que no existe mérito para acusar, por lo que se genere la culminación del “proceso” con efectos de cosa juzgada.

Para el presente desarrollo de la pregunta de investigación, solo precisaremos en la (ii) formulación de imputación como etapa siguiente dentro del desarrollo procedimental. Este estadio procesal consiste en un acto de comunicación mediante el cual:

(...) la Fiscalía General de la Nación ejercita sus facultades como titular de la acción penal en nombre del Estado al comunicar a una persona que contra ella adelanta una investigación por su probable participación en un comportamiento que se acomoda a los supuestos condicionantes de una conducta definida en la ley como delictiva, momento a partir del cual aquélla adquiere la condición de imputada. (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, 2011)

Agotada la formulación de imputación, si el Fiscal opta por continuar con el curso del trámite penal, se da paso a la etapa de (iii) juzgamiento, la cual se origina con la presentación del escrito de acusación, el cual debe comprender los siguientes requisitos, explicados por la (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, 2011): individualizar en forma concreta y completa al acusado, contener una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, señalar los datos del abogado que representa técnicamente al procesado y, finalmente, indicar las pruebas que pretende desarrollar en el juicio oral en aras de acreditar los aspectos personales, fácticos y jurídicos de la acusación.

Sin embargo, ha de advertirse que tales requisitos exclusivamente podrán surtir efectos sustanciales, cuando se formalicen en sede de audiencia ante un juez

de conocimiento, de ahí el carácter complejo de la acusación, pues debe comprender un acto escrito y otro oral.

Posteriormente, se da paso a la audiencia preparatoria, en la cual se “busca delimitar previamente el tópico probatorio a través de la definición concreta de las pruebas a practicar en el juicio, luego de que se verificara su conducencia, pertinencia, licitud y trascendencia” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, 2015), es decir, propuesto el caudal probatorio por parte de la Fiscalía y la defensa del acusado, corresponde al juez delimitar o servir de filtro, en cuanto a las pruebas que podrán practicarse en la etapa procesal siguiente, esto es, el juicio oral.

Finalmente, llegada la realización de la audiencia de juicio oral, la cual se desarrolla bajo el principio de inmediación y concentración de la prueba, esta diligencia se constituye como el “escenario procesal oportuno para demostrar la existencia o no de algún grado de responsabilidad penal de quien es procesado” (Espinosa Acuña & Peláez Reyes, 2021).

En otros términos, en el juicio oral se dilucida la disputa entre el acusador y el acusado, pues mientras uno lleva la hipótesis delictiva al conocimiento del juez, el otro concurre a la contraposición de la misma, consolidándose, a su vez, el principio contradictorio que rige este estadio procesal, de ahí que, tras la práctica probatoria, el funcionario judicial deba proferir un sentido del fallo en la misma diligencia, el cual puede corresponder a dictar una sentencia condenatoria o absolutoria.

2. LAS MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO EN LA LEY 906 DE 2004.

2.1. Qué son las medidas de aseguramiento.

Las medidas de aseguramiento son medidas cautelares que recaen sobre una persona en el curso de un proceso penal, implicando una restricción a su

derecho fundamental a la libertad, de modo que se erigen como “normas instrumentales de eficacia operativa del proceso” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2019), pues lo que se pretende con las mismas es afectar tal prerrogativa fundamental con el fin de evitar que el procesado concurra a la obstrucción de la justicia al perturbar el desarrollo procesal o evitar el riesgo que el mismo pueda implicar para la sociedad o la víctima.

De esta manera, estas medidas son cautelas que implican la efectiva limitación o condición al derecho fundamental a la libertad, pues pueden comportar una privación plena de este imperativo o condicionar su ejercicio a determinadas obligaciones.

2.2. Características generales de las medidas de aseguramiento.

El artículo 295 del Código de Procedimiento Penal recalca el carácter excepcional de estas medidas cautelares, pues establece que las mismas solo serán aplicadas previo juicio de ponderación de la necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad de las mismas frente a los mandatos constitucionales, pues lo que se busca, de acuerdo a la jurisprudencia constitucional es la salvaguarda de la dignidad humana, previniendo el exceso en su utilización (Corte Constitucional, 2016).

Asimismo, su naturaleza es preventiva y no sancionatoria, pues estas no implican el desconocimiento de la presunción de inocencia y no se constituyen como una sanción, su finalidad recae en asegurar la efectividad del curso procesal, ya sea para la comparecida del procesado al mismo o para evitar cualquier obstrucción al debido proceso.

Por último, debe recalcarse su temporalidad, de tal manera que no pueden prolongarse indefinidamente en el tiempo, de allí el refuerzo a su condición cautelar, pues solo se aplican para el aseguramiento de fines dentro de la consecución del

proceso, en esta medida, los límites temporales a los que pueden ceñirse se encuentran regulados en el párrafo del artículo 307 y en la norma 307A de la Norma Procedimental Penal.

2.3. Clases de medidas de aseguramiento.

La Ley 906 de 2004 consagra, dentro de su artículo 307, la clasificación de las medidas de aseguramiento, dividiéndolas en aquellas que corresponden a determinaciones privativas de la libertad y, por otro lado, las no privativas de la libertad o privativas de otros derechos, como lo consagran algunos doctrinantes.

2.3.1. Medidas de aseguramiento privativas de la libertad.

Es así como se reconocen, en el literal A del precepto normativo número 307, las medidas que limitan plenamente el derecho fundamental a la libertad:

A. Privativas de la libertad

1. Detención preventiva en establecimiento de reclusión.
2. Detención preventiva en la residencia señalada por el imputado, siempre que esa ubicación no obstaculice el juzgamiento.

2.3.2. Medidas de aseguramiento no privativas de la libertad.

A su turno, el literal B del citado artículo reconoce aquellas medidas que, aunque prescriben restricciones al derecho fundamental de la libertad, no lo limitan totalmente, estas se enlistan como:

B. No privativas de la libertad

1. La obligación de someterse a un mecanismo de vigilancia electrónica.
2. La obligación de someterse a la vigilancia de una persona o institución determinada.

3. La obligación de presentarse periódicamente o cuando sea requerido ante el juez o ante la autoridad que él designe.
4. La obligación de observar buena conducta individual, familiar y social, con especificación de la misma y su relación con el hecho.
5. La prohibición de salir del país, del lugar en el cual reside o del ámbito territorial que fije el juez.
6. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o lugares.
7. La prohibición de comunicarse con determinadas personas o con las víctimas, siempre que no se afecte el derecho a la defensa.
8. La prestación de una caución real adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda* o hipoteca, entrega de bienes o la fianza de una o más personas idóneas.
9. La prohibición de salir del lugar de habitación entre las 6:00 p.m. y las 6:00 a.m.

2.4. Solicitud y procedencia de las medidas de aseguramiento.

El artículo 306 del Código de Procedimiento Penal detalla las condiciones para la solicitud de imposición de medida de aseguramiento, las cuales son desarrolladas, con mayor exactitud por el (Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla), en los siguientes términos:

La Fiscalía solicitará al Juez con Función de Control de Garantías, la imposición de medida de aseguramiento al tenor de los siguientes pasos: (i) en primera medida, realizará la individualización o identificación del imputado, luego (ii) hará la enunciación del delito que se le endilga a este, procediendo a exponer, seguidamente, (iii) la inferencia razonable de autoría o participación (indicando los hechos jurídicamente relevantes que componen el caso, haciendo una relación del materia probatorio que los sustentan y explicando las razones que permiten vincular al procesado con el delito).

Posteriormente, (iv) se justificará la urgencia de la medida solicitada para luego, (v) acreditar la necesidad de la medida, delimitando el requisito por la cual la misma procede (sea para evitar la obstrucción a la justicia, por constituir el procesado peligro para la comunidad o para la víctima o por comportar el mismo peligro de fuga o no comparecencia al proceso).

Finalmente, concurrirá a (vi) argumentar la clase de medida solicitada, es decir, si opta por una privativa de la libertad o una que no lo sea, de modo que si escoge la primera opción, debe acreditar por qué las no restrictivas de la libertad son insuficientes para cumplir con los fines de la medida de aseguramiento, decantando, como paso final en la realización de un (vii) juicio o test de proporcionalidad, donde evalúe la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida.

Tras esta intervención, el Juez deberá escuchar, a su turno, al delegado del Ministerio Público, a la víctima y a la defensa, con el fin de proferir su decisión.

En los eventos en que el ente acusador no solicite ninguna medida, la víctima o su apoderado tendrá facultad para elevar esta petición.

2.4.1. Requisitos para la procedencia de las medidas de aseguramiento.

Explicado el curso de la diligencia de solicitud de medida de aseguramiento, debemos remitirnos al artículo 308 de la Ley 906 de 2004 donde se precisa que el Juez con Función de Control de Garantías decretará medida solicitada por la Fiscalía, cuando a partir del material probatorio que esta aporte, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y 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.

Mismos, de los cuales se ahondará en acápites posteriores.

2.4.2. Test de proporcionalidad.

Ahora, identificado los pasos a seguir por la Fiscalía y los requisitos en los cuales puede sustentar su solicitud de medida de aseguramiento, es menester brindar atención al test o juicio de proporcionalidad que el ente acusador debe efectuar para lograr el convencimiento del fallador con el fin de lograr la imposición de la medida.

Para la (Corte Constitucional, 2013), el test de proporcionalidad es una construcción hermenéutica que permite determinar si cierta medida resulta adecuada y necesaria para la finalidad perseguida, sin que se sacrifiquen valores, principios o derechos que comporten mayor entidad constitucional, en consideración de las particularidades de cada caso en concreto.

De esta forma, para satisfacer el carácter extraordinario de las medidas de aseguramiento, se ha optado por la aplicación de un test de proporcionalidad capaz de determinar si la medida de aseguramiento, en el caso concreto, resulta idónea y operante por constituirse en necesaria y proporcional a los fines buscados.

Este juicio de ponderación se cimienta en la respuesta a los siguientes interrogantes:

- **¿La medida de aseguramiento cumple un fin constitucional?**

El primer análisis que se debe realizar en el marco del test de proporcionalidad, es el respectivo a establecer si la imposición de la medida cautelar tiene como objetivo cumplir una finalidad constitucional, lo que implica que debe estar sustentada en una razón constitucionalmente válida, las cuales deben ser articuladas o, en mejor términos, contenidas en los requisitos por los que procede la imposición de las mismas, cuales son los consignados en el artículo 308 del Código de Procedimiento Penal, ya referenciados.

- **¿La medida de aseguramiento es idónea para alcanzar esa finalidad constitucional?**

Para la (Corte Constitucional, 2009), la idoneidad de la medida solicitada implica la verificación de la utilidad y adecuación que esta posee para alcanzar la finalidad constitucionalmente legítima que persigue, lo que se acredita si se establece que la medida contribuye a la consecución del fin propuesto, es decir, a la satisfacción de los principios y valores constitucionales que se pretenden proteger con su implementación.

- **¿La medida de aseguramiento es necesaria para alcanzar la finalidad constitucional?**

En punto a este interrogante, la (Corte Constitucional, 2010) ha indicado que la necesidad en el desarrollo del test de proporcionalidad, implica que cualquier medida que se adopte para la intervención de derechos fundamentales, deba ser la más benigna con el derecho fundamental intervenido.

Para lograrlo, se precisa la realización de una comparación entre la medida que limita el respectivo derecho fundamental y otros medios alternativos, de forma que se determine cuál es la medida menos restrictiva para alcanzar el fin constitucional perseguido.

- **¿La medida de aseguramiento es proporcional en sentido estricto?**

Superados los anteriores juicios, es necesario, como último paso del juicio de proporcionalidad, efectuar el estudio minucioso de la proporcionalidad en sentido estricto, el cual implica:

Una comparación entre la importancia de la intervención en el derecho fundamental y la importancia de la realización del fin legislativo o normativo, con el objetivo de fundamentar una relación de precedencia entre aquel derecho y este fin. La importancia del fin perseguido con la intervención debe ser de tal entidad que justifique el sacrificio en la eficacia del derecho fundamental restringido. (Corte Constitucional, 2010).

De esta manera, lo que se busca con el análisis de la proporcionalidad, es poner en una balanza el grado de afectación a la libertad con el fin legítimo perseguido con la medida de aseguramiento, para la cual se apremia, a su vez, la evaluación de los siguientes puntos: el grado de afectación del derecho fundamental en juego, la importancia de la satisfacción del derecho contrario y la dilucidación de que con la satisfacción de este último se justifica la restricción del primero.

2.5. Oportunidad procesal para solicitar la imposición de medidas de aseguramiento.

Teniendo en cuenta que el ya citado artículo 308 de la Ley 906 de 2004 ordena que el Juez con Función de Control de Garantías, previa petición del ente acusador, “decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que **el imputado** puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga (...)”, se puede establecer

que el estadio procesal de la imputación se constituye como el presupuesto para la solicitud de medidas cautelares dentro del proceso penal.

Lo anterior quiere significar que, una vez realizada la formulación de imputación, una vez el procesado adquiera el carácter de imputado, se podrá proceder, en cualquier tiempo, mientras perdure el trámite judicial, a incoar petición para la imposición de estos instrumentos procesales, aunque en la práctica judicial, la solicitud de imposición de medida de aseguramiento se realiza una vez culmina la imputación, de forma concentrada.

2.6. Imposición de las medidas de aseguramiento.

Ha referenciado la (Corte Constitucional, 2016) que las medidas de aseguramiento, como mecanismos de tan amplia injerencia en la libertad personal de los individuos, adquieren un alto impacto que debe ser sometido a límites que se comporten como garantías para la salvaguarda de la dignidad humana y el exceso de su utilización. Es por ello que su imposición se ha visto sujeta a los límites formales y sustanciales que pasarán a explicarse.

2.6.1. Límites formales y sustanciales para la imposición de una medida de aseguramiento.

En desarrollo de la providencia C-469 de 2016, la Corporación Constitucional Colombiana explica los límites formales como aquellos que se derivan del artículo 28 constitucional, es decir, de la consagración al derecho fundamental a la libertad, especificando los siguientes:

- **Reserva de ley:** mediante este límite, debe el legislador establecer los casos y fijar las condiciones que tornen viable la privación de la libertad, estando obligado a definir las causales de detención preventiva conforme a la

Constitución Política y a la política criminal que adopte el ordenamiento jurídico colombiano.

- **Reserva judicial:** hace referencia a la competencia exclusiva que poseen los jueces para privar o decretar restricciones a la libertad en un proceso penal, ajustándose a las formalidades previstas en la ley y en virtud de los motivos o requisitos previamente definidos por el mismo legislador.

Ahora, en sede de los límites sustanciales, se ha reiterado, en el mismo pronunciamiento del Tribunal Constitucional, que estos poseen una amplia capacidad para oponerse o contrarrestar los excesos en la imposición de estas medidas cautelares, pues se centran en su contenido y en las estrictas justificaciones o fines constitucionales en que deben sustentarse. Así, desarrollan 4 límites sustanciales:

- **Estricta legalidad:** implica para el legislador la obligación de fijar, con precisión, las condiciones y supuestos (sobre qué delitos procede, el estándar de carácter probatorio y el nivel de certeza sobre la responsabilidad del imputado requeridos, los fines buscados y los criterios de necesidad que habilitan la restricción de la libertad, las circunstancias que tienen como efecto la prolongación de la restricción de la libertad o la negación de su revocatoria o sustitución, entre otros), bajo los cuales las medidas de aseguramiento proceden.
- **Excepcionalidad:** al constituirse como una de las injerencias más invasivas del Estado en los derechos fundamentales del imputado, mandatos constitucionales y normas internacionales en materia de derechos humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, coinciden en que las medidas de aseguramiento no deben concebirse como regla general, por el contrario,

proceden de carácter excepcional, ello por cuanto son creadas dentro de un régimen de prevalencia de la libertad dentro del proceso penal.

- **Proporcionalidad y necesidad:** la proporcionalidad, por su parte, alude a la prevención del uso arbitrario e injustificado de las medidas de aseguramiento con efectos aflictivos sobre los derechos del procesado, encausando su legítimo ejercicio conforme a los mandatos constitucionales, de forma que la procedencia de las medidas no recaiga en una potestad absoluta, sino que encuentre límite en los fines constitucionales y en los derechos fundamentales.

A su turno, la necesidad precisa que una medida de aseguramiento únicamente es constitucionalmente legítima si solo ella puede cumplir el fin superior que se persigue, esto es, si no puede ser reemplazada por otra orden cautelar diferente y menos lesiva para los derechos del imputado.

- **Gradualidad:** este criterio adquiere como fundamento el apremio de que la ley prevea no unas reglas uniformes e indiscriminadas para todos los casos, sino un esquema de medidas graduales, que tomen en cuenta los diversos factores relevantes en el análisis de justificación de la medida cautelar.

2.6.2. Presupuestos en los que debe encajar la decisión del Juez con Función de Control de Garantías.

Abarcados los requisitos en los cuales debe ahondar el Juez con Función de Control de Garantías previo a emitir su decisión sobre la imposición de la medida de aseguramiento, deben recalcar, las demás aristas en que debe cimentar su determinación.

De acuerdo con el (Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla), el servidor judicial deberá: (i) analizar la inferencia razonable

de autoría o participación del procesado, (ii) analizar la urgencia de la medida solicitada, (iii) evaluar la concurrencia de la necesidad constitucional de la misma, para continuar con la (iv) determinación de la procedencia de la medida a imponer, de manera que si se trata de una privativa de la libertad, deberá explicarse por qué las no privativas de la libertad resultan insuficientes para el cumplimiento de los fines de la cautela.

3. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991 Y LA CREACIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA.

3.1. Instalación y conformación de la Corte Constitucional Colombiana.

La Corte Constitucional Colombiana es creada a partir de la adopción de la Constitución Política de 1991 como Tribunal designado para la guarda del Texto Político, de modo que su finalidad esencial es velar porque los postulados de la norma superior perduren incólumes.

Una vez instalada el 17 de febrero de 1992, esta Corporación se ha compuesto, como lo anota el artículo 239 de la Bitácora Política, de un número impar de miembros, siendo estos 9 magistrados, nombrados por el Senado de La República, los cuales ejercen funciones por 8 años y quienes se encargarán de desplegar las funciones que a continuación se exponen.

3.2. Funciones de la Corte Constitucional Colombiana.

Las funciones de este Tribunal Constitucional se enmarcan en la salvaguarda de la integridad y la supremacía de los postulados que ha consignado la Constitución Política de 1991, norma superior donde, en su artículo 241, las mismas se detallan como:

1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.
2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación.
3. Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización.
4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.
5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.
6. Decidir sobre las excusas de que trata el artículo 137 de la Constitución.
7. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución.
8. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.
9. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales.
10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su

constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexequibles por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva.

11. Dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones

12. Darse su propio reglamento.

4. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991 Y EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD.

4.1. La Constitución Política de 1991 y la implementación del bloque de constitucionalidad: artículo 93 superior.

Con la implementación de la Carta Política de 1991, el país por fin avizoró la implementación de los instrumentos internacionales como parte de nuestro ordenamiento jurídico, situación que en el orden interno anterior no había tenido acogida suficiente. De esta manera, la norma superior se encargó de reforzar la normativa internacional en 4 artículos de su conformación: 53, 93, 94 y 214, en lo que aquí nos compete solo nos referiremos a las normas 93 y 94.

La primera de estas normas, ordena que “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.”, de manera que los derechos y deberes consagrados en la Constitución Política deberán ser interpretados de acuerdo con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

Por otro lado, el artículo 94 indica que: “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes,

no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.”

Bajo estos presupuestos, se inicia la implementación del concepto de bloque de constitucionalidad como figura jurídica a implementarse para interpretar y articular las decisiones de orden interno con la normativa internacional vigente, ello fue inicialmente evidenciado en las decisiones de la nueva Corte Constitucional, entidad que empezó a guiar sus determinaciones de acuerdo a tratados de derechos humanos que, aunque no se encontraban aceptados expresamente por el Texto Superior, sí debían ser tomados en consideración en los debates que antecedían a sus pronunciamientos.

4.2. La evolución de la jurisprudencia en punto a la definición y desarrollo del bloque de constitucionalidad.

En la primer década de desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional, se definió la figura del bloque de constitucionalidad en 2 sentidos. De esta manera, para la (Corte Constitucional, 1998) se podía distinguir entre bloque de constitucionalidad en sentido estricto, considerándose que estaría conformado por los principios y normas de valor constitucional, así como por los tratados internacionales que consagren derechos humanos.

Por otro lado, existía la concepción de bloque de constitucionalidad en sentido lato, de manera que este estaría compuesto por aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirvieran para efectuar el control de constitucionalidad de las leyes, de modo que en este se incluirían: la Constitución Política, los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de este instrumento, las leyes orgánicas y, en ocasiones, las leyes estatutarias.

Pocos años después, el Tribunal Constitucional ya poseía una definición más clara del bloque de constitucionalidad, indicando que la Norma Superior está conformada por:

(...) un grupo más amplio de principios, reglas y normas de derecho positivo que conforman el denominado “bloque de constitucionalidad” y que comparten con los artículos de texto de la Carta la mayor jerarquía normativa en el orden interno. En este sentido, la noción “bloque de constitucionalidad” pretende transmitir la idea de que la constitución de un Estado es mucho más amplia que su texto constitucional, dado que existen otras disposiciones, contenidas en otros instrumentos o recopilaciones, que también son normas constitucionales. (Corte Constitucional, 2003)

Luego, en pronunciamientos más recientes, la (Corte Constitucional, 2016) ha descrito esta figura como la unidad jurídica que se compone por normas y principios que, aunque no aparecen formalmente en el Estatuto Superior, se erigen como verdaderos principios y reglas de valor constitucional, de manera que esta institución cumple con 2 propósitos principales:

Por una parte, servir como mecanismo de coordinación normativa entre el ordenamiento jurídico internacional y el derecho interno, y, por otra, evitar que la Constitución se muestre inmóvil ante dinámicas sociales, jurídicas y políticas que exigen la incorporación de nuevos derechos que se adecuen a realidades cambiantes. (Corte Constitucional, 2016)

5. LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.

5.1. La Convención Americana sobre Derechos Humanos como convención Ratificada por Colombia.

En noviembre de 1969 se celebró en San José de Costa Rica la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, en la cual, los delegados de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos -OEA- redactaron la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuerpo normativo que entró en vigencia para el año 1978.

Este Tratado, de acuerdo con la (Corte Interamericana de Derechos Humanos, s.f.), fue creado con el fin de salvaguardar los derechos del hombre en el continente americano, para lo cual, se encargó de la implementación de 2 órganos concedores de las violaciones a tales prerrogativas, estos son, La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La primera de ellas, La Comisión, posee como función principal la promoción de la observancia y la defensa de los derechos humanos, además de servir como órgano consultivo de la Organización de Estados Americanos en esta materia. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, s.f.).

Por su parte, La Corte, es uno de los 3 tribunales regionales encargados de la protección de derechos humanos, junto con la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Su misión esencial es la resolución de casos contenciosos y la supervisión de sentencias, sin dejar a un lado su función consultiva y su función de dictar medidas provisionales. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, s.f.).

Para el caso de nuestro país, el Congreso Colombiano mediante Ley 16 del 30 de diciembre de 1972, aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", convirtiéndose en Estado parte del mismo desde dicha fecha e integrando al bloque de constitucionalidad patrio la normativa en cita.

CAPÍTULO II

PELIGRO PARA LA COMUNIDAD COMO REQUISITO PARA LA IMPOSICIÓN DE MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO.

1.1. Requisitos para la imposición de medidas de aseguramiento: numeral 2 del artículo 308 del Código de Procedimiento Penal: “que el imputado constituya un peligro para la seguridad de la sociedad”.

De conformidad con la Gaceta del Congreso Colombiano 339 del 23 de julio de 2003 y como se anotó en líneas antecedentes, a partir de la expedición del Acto Legislativo 03 del 2002, se presenta, por el entonces Fiscal General de la Nación, proyecto de ley estatutaria que contenía las disposiciones para la expedición del nuevo Código de Procedimiento Penal.

En este, con el fin de remover del ente acusador el monopolio de la actividad punitiva del Estado, en materia del régimen de la libertad, se propuso armonizar la naturaleza de las medidas de aseguramiento con la jurisprudencia constitucional en torno a las mismas, con el objetivo de promulgar el artículo 308 parte del Compendio Normativo Procesal Penal y criterio orientador para las decisiones del Juez con Función de Control de Garantías, el cual reza:

ARTÍCULO 308. REQUISITOS. El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y 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.

Encontrándose en el numeral 2 de esta disposición normativa el requisito de “peligro para la seguridad de la sociedad” o la comunidad, objeto del presente trabajo y el cual encuentra su desarrollo en el artículo 310 de la Ley 906 de 2004.

1.2. Precisiones del peligro para la seguridad de la comunidad o sociedad establecidas en el artículo 310 del Código de Procedimiento Penal.

De esta manera, el artículo 310 del Código de Procedimiento Penal se encarga de enlistar los criterios o circunstancias que deberá evaluar el Juez con Función de Control de Garantías al momento de determinar si, en el marco del proceso penal, el imputado constituye un peligro futuro para la comunidad, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 310. PELIGRO PARA LA COMUNIDAD. <Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley 1760 de 2015.> Para estimar si la libertad del imputado representa un peligro futuro para la seguridad de la comunidad, además de la gravedad y modalidad de la conducta punible y la pena imponible, el juez deberá valorar las siguientes circunstancias:

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

2. El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos.
3. El hecho de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional.
4. La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional.
5. <Numeral modificado por el artículo 21 de la Ley 2197 de 2022.> Cuando se utilicen armas de fuego; armas convencionales; armas de fuego hechizas o artesanales; armas, elementos y dispositivos menos letales; o armas blancas definidas en la presente ley.
6. Cuando el punible sea por abuso sexual con menor de 14 años.
7. Cuando hagan parte o pertenezcan a un grupo de delincuencia organizada.
8. <Numeral adicionado por el artículo 21 de la Ley 2197 de 2022 -corregido por el artículo 9 del Decreto 207 de 2022-.> Además de los criterios previstos en el presente artículo, las autoridades judiciales deberán tener en cuenta, al momento de realizar la valoración autónoma del peligro para la comunidad, si la persona fue o ha sido imputada por delitos violentos, ha suscrito preacuerdo, aceptado cargos u otorgado principio de oportunidad en los últimos tres (3) años por la comisión de delitos contra la vida y la integridad personal o contra el patrimonio económico.

Articulado sobre el cual, la Corte Constitucional Colombiana se ocupó de su estudio de exequibilidad¹ en sentencia C-469 de 2016, como pasará a exponerse.

¹ Norma desarrollada de acuerdo a los postulados constitucionales.

2. LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA Y SU POSTURA FRENTE A LA DETENCIÓN PREVENTIVA AMPARADA EN EL REQUISITO DE PELIGRO PARA LA COMUNIDAD.

2.1. Sentencia C-469 de 2016.

Mediante providencia C-469 de 2016, la Corte Constitucional Colombiana en ejercicio de sus funciones, específicamente la referida en el numeral 4 del artículo 241 de la Constitución Política Colombiana, asumió el análisis de la demanda de inconstitucionalidad presentada por un ciudadano en contra de los numerales 2 al 7 y parcialmente el numeral 1 del artículo 310 del Código de Procedimiento Penal, es decir, como ya fue nombrado, en contra del artículo que desarrolla el peligro para la comunidad como requisito para la imposición de medidas de aseguramiento.

En esta ocasión, el demandante solicitaba la inexecutable² de los numerales en cita, en razón de que, en su consideración, el requisito de peligro para la comunidad para la imposición de medidas cautelares, en el marco de los procesos penales, es un criterio contrario al bloque de constitucionalidad, en especial a la interpretación que ha brindado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al artículo 7.3. de la Convención Americana de Derechos Humanos, el cual establece, en su tenor literal, lo siguiente: “Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal. (...) 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.”

Añade que, según informes de la Comisión, la prisión preventiva debe estar acorde a los principios de presunción de inocencia y de libertad, lo que conlleva a que esta solo proceda en 2 eventos: cuando exista riesgo de que el procesado obstruirá/eludirá la justicia y cuando exista probabilidad de que obstaculice la investigación.

² Inaplicabilidad de una norma por encontrarse contraria a la Constitución Política.

Asimismo, señala que estos informes aducen que la prisión preventiva está sometida a criterios de excepcionalidad y necesidad, de forma que no puede basarse en la peligrosidad del imputado, en la posibilidad de que cometa otros delitos en el futuro o en la repercusión social del hecho por el cual está siendo investigado, pues todos estos aspectos son concernientes al análisis del hecho ya cometido y no responderían al propósito de las medidas de aseguramiento, cual es, prever o evitar actuaciones que obstruyan la investigación penal.

De esta forma, afirma que las medidas de aseguramiento responden a la prevención de riesgos esencialmente procesales, los cuales repercutan en la recta y cumplida administración de justicia, de ahí que coadyuve los requisitos referentes a que la medida cautelar se imponga con el fin de evitar que el procesado obstruya el debido ejercicio de la justicia o para evitar la probabilidad de no comparecencia al proceso del mismo y, por otro lado, disiente del requisito peligro para la comunidad, pues asevera que, únicamente con salvedad del criterio de continuación de la actividad delictiva, todos los demás numerales que demanda no se asocian a fines procesales, por el contrario, son relacionados a criterios penales peligrosistas.

Bajo estos presupuestos, la Corte encuentra como problema jurídico a resolver uno general y omnicompreensivo, es decir, que no se referirá a cada numeral demandado, sino al requisito de peligro para la comunidad en términos generales, pues ello se desprende de las argumentaciones del demandante.

Desde tal punto de partida, procede a resolver si este criterio para imposición de medidas de aseguramiento, en el trámite del proceso penal, resulta contrario al derecho fundamental a la libertad personal contenido en el artículo 28 del Texto Superior, en el marco de la interpretación que realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos del artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Para resolver este interrogante, la Corporación divide las consideraciones de su decisión en 5 pilares fundamentales: (i) la potestad del legislador en material procesal penal y sus límites generales, (ii) las medidas de aseguramiento dentro del proceso penal y sus límites constitucionales, (iii) aspectos fundamentales de las medidas de aseguramiento en la Ley 906 de 2004, (iv) el bloque de constitucionalidad y (v) las interpretaciones de la Convención Interamericana de Derechos Humanos realizadas por la Corte y la Comisión Interamericanas de Derechos Humanos, aunado al deber de armonización interpretativa.

En sede del primer apartado -la potestad del legislador en material procesal penal y sus límites generales-, establece el Tribunal Constitucional que el legislador posee un campo de autonomía política para establecer los procedimientos judiciales del sistema jurídico, de ahí que en el ámbito penal posea facultad para establecer dinámicas de investigación, acusación y juzgamiento, sin embargo, esta competencia debe estar permeada de un especial cuidado en punto a cualquier limitación desproporcionada frente a prerrogativas fundamentales, especialmente frente a libertades fundamentales, las cuales pueden estar en peligro en el ejercicio de tales procedimientos.

A su turno, señala la especial atención que se debe brindar a las garantías procesales, particularmente en el procedimiento penal, donde se pone en marcha el ejercicio punitivo del Estado, de ahí que no se pueda injerir injustificadamente en ellas, encontrándose inhabilitado para coartar, sin justificación constitucional, garantías como la libertad y presunción de inocencia del implicado, el debido proceso, entre otras, toda vez que se hace énfasis en que estas garantías protegen no solamente al investigado, sino también a las víctimas.

En conclusión, se indica que los límites primordiales a los cuales debe atender el legislador en el marco de construcción del proceso penal se encuentran ante el diseño de las medidas cautelares, pues son estas una de las injerencias más

invasivas a los derechos fundamentales del procesado en el curso del trámite judicial.

Ahora, en cuanto al punto número 2 -las medidas de aseguramiento dentro del proceso penal y sus límites constitucionales-, nos remitiremos directamente al acápite 2.6.1. del capítulo anterior, mismo en el cual estas consideraciones ya fueron desarrolladas.

Para el tercer bloque -aspectos fundamentales de las medidas de aseguramiento en la Ley 906 de 2004-, resáltese las afirmaciones de la Corte en cuanto al derecho fundamental a la libertad personal, pues reconocen la procedencia de la privación preventiva de la libertad permeada por un carácter excepcional, de manera que su aplicación sea necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales.

Agréguese la mención referente a la carga argumentativa del solicitante de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad, pues este debe asegurarse que ha fundamentado correctamente los motivos por los cuales las no privativas de la libertad resultan insuficientes para garantizar los fines que se persiguen con estas cautelas.

Es decir, el Juez con Función de Control de Garantías solo podrá admitir la procedibilidad de las medidas bajo criterios de necesidad probada, pues de no encontrarse suplido este presupuesto, solo estará facultado para imponer medidas no privativas de la libertad.

Posteriormente, en punto al acápite cuarto -el bloque de constitucionalidad-, la Máxima Guardiana de la Constitución reitera que desde el año 1995, mediante sentencia C-225, la Corporación Constitucional ha afirmado la existencia del bloque de constitucionalidad con el objetivo de armonizar: “la prevalencia en el orden interno de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos aprobados por

el Estado y la supremacía de la Constitución en el sistema jurídico local.” (Corte Constitucional, 2016).

En esta línea argumentativa, recuerda la Colegiatura que, en virtud de esta figura, los tratados internacionales que reconocen derechos humanos no susceptibles de ser suspendidos en estados de excepción, aprobados por el Estado Colombiano mediante su Congreso, no poseen mayor jerarquía que la Constitución Política nacional, pues tales disposiciones normativas de carácter internacional se encuentran articuladas a la Bitácora Política, de modo que ambos compendios normativos se fusionan e integran el bloque de constitucionalidad.

En otros términos, asevera el Tribunal que con los instrumentos internacionales se “conforma una unidad con la misma jerarquía formal” (Corte Constitucional, 2016), de modo que todas las disposiciones que construyen el bloque de constitucionalidad son ubicados en la jerarquía normativa más alta, en la que, igualmente, se encuentra la Constitución, la cual condiciona la producción y el ejercicio del legislador.

Luego, se realiza un análisis de las funciones integradora e interpretativa de este bloque normativo a partir de la interpretación del artículo 93 de la Norma Fundamental, debido a que la prescripción de su inciso 1: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.”, indica la incorporación de estas normas al cuerpo legislativo nacional con idéntica jerarquía al Texto Constitucional, constituyendo la función integradora.

Mientras que, el inciso 2 de la norma en cita considera: “Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.”, refiriendo a la obligación de interpretación de los derechos y deberes consagrados en la Norma Superior, de conformidad con las disposiciones internacionales que ya

se han integrado a la misma, es decir, estos preceptos clarificarán el contenido y alcance de la ley local, configurándose la función interpretativa.

Finalmente, en el pilar número 5, se precisan -las interpretaciones de la Convención Interamericana de Derechos Humanos realizadas por la Corte y la Comisión Interamericanas de Derechos Humanos, aunado al deber de armonización interpretativa-.

En este apartado, sea lo primero anotar los apuntes de la Corte en cuanto al criterio hermenéutico que se desprende de las interpretaciones que realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la Convención Americana de Derechos Humanos, pues al tratarse del órgano judicialmente autorizado para los fines, sus pronunciamientos se presentan de álgida relevancia a la hora de determinar el alcance y comprensión de los imperativos fundamentales que contiene la Carta Política Colombiana.

En esa medida, explica la Colegiatura que “las decisiones y órdenes que emite la Corte IDH en la resolución de casos contenciosos, en razón de su función de salvaguarda de los derechos humanos reconocidos en la Convención, son siempre vinculantes” (Corte Constitucional, 2016).

Sin embargo, de acuerdo a las precisiones realizadas sobre el bloque de constitucionalidad, el Tribunal trae a colación la providencia C-028 de 2006, de donde se resalta:

En efecto, esta Corporación estima que la pertenencia de una determinada norma internacional al llamado bloque de constitucionalidad, de manera alguna puede ser interpretada en términos de que esta última prevalezca sobre el Texto Fundamental; por el contrario, dicha inclusión conlleva necesariamente a adelantar interpretaciones armónicas y sistemáticas entre disposiciones jurídicas de diverso origen. (Corte Constitucional, 2006)

De forma que este Juez Plural señala que pese a existir una integración y fusión de la normativa internacional a partir de la institución jurídica que representa el bloque de constitucionalidad, debe existir una interpretación armónica y sistemática, de manera que la interpretación final de las autoridades nacionales conduzca a la integralidad, optando por una unidad.

Es así como trayendo a relucir la Sentencia C-500 de 2014, indica que el reconocimiento de normas internacionales en el bloque supone “la obligación de fijar fórmulas de interpretación que hicieran posible, en lugar de una confrontación o superposición entre los órdenes jurídicos nacional e internacional, su adecuada armonización.” (Corte Constitucional, 2016).

Con lo anterior, queda culminada la exposición de motivos que desarrolla el Guardián Constitucional, de forma que, seguidamente, se procede al análisis de constitucionalidad de los apartados demandados, poniendo de presente las falencias del legislador al desarrollar el artículo 308 del Código de Procedimiento Penal, pero asegurando que el mismo justifica la medida de aseguramiento amparada en “el peligro para la sociedad” con ocasión de la protección de la comunidad, contrario a cualquier criterio basado en el carácter o temperamento peligroso del procesado.

Aduce, además, la Corporación que, el peligrosismo penal no posee relación alguna con el requisito o causal que se analiza, pues se considera que esta está fundada en criterios objetivos para proceder con la imposición de una medida de aseguramiento, dado que los numerales que enlista el artículo 310 de la Ley 906 de 2004 ilustran al fallador sobre las situaciones en las cuales es apremiante privar de la libertad al imputado con el fin de proteger los demás miembros de la comunidad, pues tales circunstancias están relacionadas con los actos del individuo y no con sus condiciones como autor o su carácter peligroso.

Los eventos o criterios nombrados en el artículo en mención son considerados por la Corte como:

(...) criterios de determinación semántica que reducen los márgenes de discrecionalidad del operador. Estos limitan la vaguedad de la justificante en un grado importante y proporcionan seguridad y certeza a la hora de su aplicación, lo cual constituye una garantía para el ciudadano. (Corte Constitucional, 2016)

Asimismo, prosigue el Tribunal afirmando que no hay trasgresión al derecho fundamental a la libertad, pues la regulación demandada es acorde con el texto constitucional del artículo 250 de la Norma Superior, en el cual se establece, para la Fiscalía General de La Nación, que en ejercicio de sus funciones deberá: “Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas.”

De esta forma, apoya la Colegiatura su decisión, asimismo, en los artículos 1 y 2 de la Constitución Política, en sede de la prevalencia del interés general y de la finalidad del Estado de asegurar la convivencia pacífica.

Consecuentemente, contempla que el legislador diseñó un esquema de medidas de aseguramiento gradual, diferenciado y proporcionado, que pondere las afectaciones a las garantías fundamentales de los imputados con las finalidades constitucionales que pretendan perseguirse, de ahí que el Juez pueda imponer una medida cautelar no privativa de la libertad cuando considere que las privativas de este derecho son innecesarias.

Por último, en relación con los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte estima que dentro de las decisiones de este Tribunal se han reconocido criterios como la probabilidad de ejecución de nuevos

delitos, como una circunstancia asociable a la protección de la comunidad y como justificación para la imposición de medidas de aseguramiento, no obstante, reconoce que ello actualmente es discutido.

De acuerdo con ello, colige que:

(...) la interpretación del derecho a la libertad personal sancionado en la CADH no ha sido completamente uniforme en las citadas instancias internacionales, en el sentido que la detención preventiva sólo esté justificada en la necesidad de evitar la obstrucción de la justicia y asegurar la comparecencia del imputado al proceso. Pero, en especial, las referidas decisiones muestran que, al interior de la doctrina de la Comisión y la Corte IDH, el criterio acabado de mencionar no puede leerse de forma cerrada y excluyente con la posibilidad de otras justificaciones de la privación preventiva de la libertad, como la protección de la comunidad contemplada en la Constitución Política. (Corte Constitucional, 2016)

Bajo estos presupuestos, concluye la Corporación que los criterios que se desprenden de la doctrina que elabora ya sea la Corte o la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no acarrear tensiones con las normas constitucionales, por el contrario, de acuerdo a los principios de armonización expuestos, se pretende que el bloque de constitucionalidad, a partir de una interpretación sistemática, posea una cohesión interna.

En el caso bajo estudio, se considera que diferente a ser contrario a las interpretaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el requisito o causal demandada es complementaria a las determinaciones de esta instancia internacional, pues las disposiciones que construyan el bloque de constitucionalidad deben nutrir y ampliar el ámbito de protección de derechos fundamentales, contrario a la restricción de los mismos.

Bajo esta argumentación y en convergencia con el contexto social, económico y cultural del país, la Corte determina declarar exequibles las normas demandadas.

Paralelo a ello, la providencia contiene 2 salvamentos de voto referentes a los magistrados Alejandro Linares Cantillo y Alberto Rojas Ríos, los cuales pasarán a ser sintetizados en las siguientes líneas.

En punto a lo expresado por el magistrado Linares Cantillo, este indicó compartir en su totalidad la parte motiva y resolutive de la providencia, no obstante, precisa aclar su voto como lo realizó en la discusión que realiza el Tribunal en Sala Plena.

Aduce que si bien el numeral 1 del artículo 250 superior ordena que la Fiscalía asegure la protección de la comunidad, en especial de las víctimas, siendo suficiente esta directriz para declarar la exequibilidad de la norma demandada, reitera que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es clara en indicar que la detención preventiva solo tiene lugar cuando se busque la efectividad del proceso y no con ocasión de fines extraprocesales, como lo serían la protección de la comunidad y las víctimas.

Refiere que no existe contradicción entre el Texto Constitucional y la Convención Americana de Derechos Humanos, sino complementariedad en el tema o, visto de otra manera, favorabilidad, no para el procesado, sino en términos de favorabilidad a los derechos humanos de las víctimas, pues afirma que una interpretación aislada de los derechos de estos últimos arrojaría la conclusión de que no es válido detener provisionalmente a quien representa una amenaza para los derechos de terceros.

Por último, sostiene que la causal demandada no es un residuo del peligrosismo, como lo indica el demandante, pues este criterio se relaciona frente a

los individuos que no han realizado el acto, diferente al caso sub examine, pues se trata de una persona que ya pasó el acto y, de conformidad con el soporte probatorio y una suficiente motivación, su detención preventiva se necesita para evitar la reincidencia y la multiplicación de delitos.

Por su parte, el magistrado Rojas Ríos inicia su salvamento de voto haciendo referencia al autor, profesor y ex magistrado de la Corte Suprema de Justicia Colombiana, Alfonso Reyes Echandía, con la acotación: “No hay nada más peligroso que la teoría de la peligrosidad”, para indicar que, en su consideración, el legislador sí vulneró el derecho fundamental a la libertad personal y el bloque de constitucionalidad, en concordancia con las normas 7 y 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, al establecer la causal “peligro para la sociedad” como requisito para la imposición de medidas de aseguramiento.

Explica el togado que el artículo demandado ha sufrido diversos cambios desde la disposición inicial que lo consagraba en la Ley 906 de 2004, resaltándose que la fórmula actual que contiene el Código de Procedimiento Penal, en sede de la causal peligro para la sociedad o la comunidad, concierne a las siguientes fases o elementos: (i) análisis de la gravedad de la conducta, (ii) análisis de la modalidad de comisión del delito y, por último, (iii) obligación del juez con función de control de garantías de valorar un conjunto de circunstancias que permiten mostrar que la libertad del imputado constituye un peligro para la sociedad o comunidad.

Posteriormente, se permite citar múltiples providencias de la Corte Constitucional, en cuanto a sus pronunciamientos sobre la obligación del legislador de imprimir orden al derecho sustancial, legislando sobre los procedimientos de los trámites judiciales y todo lo que de ello se desprende, así como particularmente aterriza la discusión en las sentencias que ha emitido la Corporación en torno a las medidas de aseguramiento y los límites que debe considerar el poder legislativo en su configuración.

Puntualmente, haremos énfasis en la cita que el magistrado Rojas Ríos realiza de la sentencia C-121 de 2012, donde el Tribunal Constitucional insiste en la presunción de inocencia, como límite que el legislador ha obviado en sede de construcción de las medidas de aseguramiento, pues, de acuerdo a las consideraciones de la Corte, el legislativo se basa en criterios peligrosistas que atacan directamente el derecho fundamental en cita:

El hecho de que la valoración de la existencia de una medida de aseguramiento o una acusación, como criterio para inferir la peligrosidad, sea adicional a las pautas establecidas como principales -la gravedad y modalidad de la conducta y los fines constitucionales de la detención preventiva-, no corrige la inconstitucionalidad que se advierte. Sea como criterio principal o con criterio subsidiario, la norma permite que el juez encargado de aplicarla, tome en cuenta una circunstancia que afecta el principio de presunción de inocencia, comoquiera que asimila y le imprime los mismos efectos, indicativos de peligrosidad, a una condena, que a una medida preventiva y provisional como la de aseguramiento, y precaria como es la acusación. (Corte Constitucional, 2012)

Bajo esos presupuestos, concluye que el legislador posee un margen de configuración demasiado amplio para la estructuración de medidas de aseguramiento, recalcando que este debe ser ejercido bajo criterios razonables y proporcionales, respetando los principios y valores constitucionales.

Asimismo, se encarga en hacer hincapié en recordar que la presunción de inocencia conlleva a que la libertad de la persona procesada sea la regla y la medida de aseguramiento que exija su detención preventiva, la excepción.

Líneas siguientes, se ocupa de catalogar las causales de procedencia de la detención preventiva en 2 grupos: (i) las causales referentes al desarrollo del proceso penal, donde enmarca la obstrucción a la justicia y el riesgo de fuga del

procesado y (ii) la causal de protección de la comunidad y de la víctima, diferenciando entre los 3 requisitos previstos en el artículo 308 del Código de Procedimiento Penal.

Valga indicar que el magistrado realiza esta diferenciación, en la medida que pese a que la Corte Constitucional, desde sentencia C-1154 de 2005, ha aceptado la causal de “peligro para la comunidad” como requisito constitucionalmente válido para el decreto de una medida de aseguramiento, dentro de su línea jurisprudencial, años después, específicamente en el año 2014 y de conformidad con las providencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, señaló:

Al respecto es importante reiterar en este punto, que la privación de libertad del procesado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que sólo se puede fundamentar en un fin legítimo. (Corte Constitucional, 2014)

Es decir, es evidente que en su postura reconoce que las causales de obstrucción a la justicia y el riesgo de fuga responden a fines procesales, mientras plantea la duda si la causal de peligro para la comunidad en realidad conduce a un fin procesal o comporta a un fin preventivo, sea general o especial, como lo precisan las penas.

Luego, el fallador dedica un acápite a efectuar un análisis de los estándares fijados por el sistema interamericano de protección de los derechos humanos en materia de imposición de medidas de aseguramiento.

En este, inicia resaltando los límites o restricciones que poseen los Estados Parte de la Convención Americana de Derechos Humanos al legislar sobre medidas restrictivas del derecho fundamental a la libertad personal, pues enfatiza del artículo 7.5 de la Convención el siguiente apartado: “Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio”.

Posteriormente, condensa los lineamientos que actualmente maneja la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sus providencias, y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en sus informes, sobre el tema.

En este sentido, explica que la Corte Interamericana ha sido insistente en el principio de presunción de inocencia, pues se afirma que pese a que el procesado requiera enfrentar el trámite judicial detenido preventivamente, sigue conservando una posición jurídica de un inocente.

A su turno, recalca los pronunciamientos de la Corporación Internacional cuando esta exige la obligación de cada Estado de no restringir la libertad del procesado más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar fines procesales, como lo son que el mismo no impida el desarrollo de la investigación y que no eluda la acción de la justicia, pues afirma este Tribunal que la prisión preventiva es una medida cautelar y no punitiva.

En esta medida, concluye que la Corte Interamericana aplica, en punto al tema, 2 subreglas convencionales complementarias:

Para restringir el derecho a la libertad personal a través de medidas como la prisión preventiva deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida a proceso ha participado en el ilícito que se investiga. Sin embargo, “aún verificado este extremo, la privación de libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que sólo se puede fundamentar [...] en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia”.;

(...)

Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. (Corte Constitucional, 2016)

Y ello lo apoya al señalar que en el caso Peirano Basso v. Uruguay, la Comisión Interamericana estableció que:

En ningún caso se podrá disponer la no liberación del acusado durante el proceso sobre la base de conceptos tales como “alarma social”, “repercusión social” o “peligrosidad”, pues son juicios que se fundamentan en criterios materiales y convierten a la prisión preventiva en una pena anticipada (...). (Corte Constitucional, 2016)

De forma que, afirma que tanto la Corte como la Comisión entienden que la disposición contenida en el artículo 7.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos únicamente permite como fundamentos legítimos de la detención preventiva, las causales concernientes a los riesgos de que el imputado intente evadir la justicia o que intente obstaculizar la investigación.

Finalmente, su salvamento de voto se centra en esbozar la necesidad de que la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana se ajuste a los estándares internacionales vigentes en la materia, pues sostiene que pese a que existe alta sincronía entre el ordenamiento nacional y las exigencias internacionales en este tema, se presenta una disonancia en punto a las causales que permiten la procedencia de las medidas cautelares, recalando que estas solo pueden obedecer a objetos procesales, siendo el peligro para la comunidad o sociedad una causal que no cumple esta finalidad.

3. LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y SU POSTURA FRENTE A LA DETENCIÓN PREVENTIVA AMPARADA EN EL REQUISITO DE PELIGRO PARA LA COMUNIDAD.

Puesta en conocimiento la postura que posee la Corte Constitucional Colombiana en sede del requisito “peligro para la comunidad” como presupuesto para la imposición de medidas de aseguramiento, me permitiré, en este apartado, citar diferentes decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en punto a tal requisito y a sus consideraciones básicas en cuanto a las medidas cautelares en el desarrollo de procesos penales, por ser esta instancia internacional más nombrada en la sentencia anteriormente referenciada, a diferencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

En primera medida, debe de tomarse en consideración decisión de esta Corporación de fecha 25 de abril de 2018, en la cual se explica que en casos de detenciones, el Estado Parte debe efectuar un análisis de compatibilidad de su legislación con la Convención Americana de Derechos Humanos, de modo que se verifique que el cuerpo normativo local respete los requisitos, que a continuación se describen, con el fin de que la medida privativa de la libertad a imponerse no comporte como arbitraria:

i) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención; ii) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; iii) que sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto, razón por la cual el Tribunal ha señalado que el derecho a la libertad personal supone que toda limitación a éste deba ser excepcional, y iv) que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida. (Caso Amrhein y otros Vs. Costa Rica., 2018)

Bajo tales acotaciones, señala el Tribunal que en casos referentes a detenciones preventivas en el curso de procesos penales:

(...) la privación de libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que sólo se puede fundamentar en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia. Asimismo, ha destacado que el peligro procesal no se presume, sino que debe realizarse la verificación del mismo en cada caso, fundado en circunstancias objetivas y ciertas del caso concreto. (Caso Amrhein y otros Vs. Costa Rica., 2018)

Posteriormente, en el año 2019, en resolución de otro caso contencioso, la Corte señaló que la medida privativa de la libertad solo debe imponerse cuando se presente como necesaria para la satisfacción de un fin legítimo como lo sería que el procesado no impedirá el desarrollo del curso procesal ni eludirá la acción de la justicia, de modo que estos casos de peligro procesal no se pueden presumir, sino que deben ser acreditados en cada caso, mediante la verificación de las circunstancias objetivas y ciertas que emanen del mismo.

De esta manera, la Corporación encuentra que únicamente deben ser consideradas finalidades legítimas de la prisión preventiva:

(...) aquellas que están atadas directamente con el desarrollo eficaz del proceso, es decir, que estén vinculadas con el peligro de fuga del procesado, directamente establecido en el artículo 7.5 de la Convención Americana, y aquella que busca evitar que el procesado impida el desarrollo del procedimiento. Respecto de la necesidad, la Corte encuentra que, al ser la privación de la libertad una medida que implica una restricción a la esfera de acción individual, corresponde exigir a la autoridad judicial que imponga

dichas medidas, únicamente cuando encuentre que los demás mecanismos previstos en la ley, que impliquen un menor grado de injerencia en los derechos individuales, no son suficientes para satisfacer el fin procesal. (Caso Romero Feris Vs. Argentina., 2019)

Estos mismos argumentos se esbozaban desde el año 2016, mismo año en que se profiere la decisión de la Corte Constitucional Colombiana, cuando desde dicha data la Corte Interamericana determinaba que:

En virtud de los artículos 7.2, 7.3, 7.5 y 8.2 de la Convención, la regla general debe ser la libertad del imputado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal, ya que éste goza de un estado jurídico de inocencia. En casos excepcionales, el Estado podrá recurrir a una medida de encarcelamiento preventivo a fin de evitar situaciones que pongan en peligro la consecución de los fines del proceso (la necesidad de asegurar que el detenido no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia). Para que una medida privativa de libertad se encuentre en concordancia con las garantías consagradas en la Convención, su aplicación debe conllevar un carácter excepcional y respetar el principio de presunción de inocencia y los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática. (Caso Pollo Rivera y otros Vs. Perú., 2016)

Y, en esta misma decisión, se detallan las características que deben rodear una medida de detención preventiva para considerarse ajustada a las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos, siendo estas: (i) tratarse de una medida cautelar y no punitiva, pues debe estar dirigida a lograr fines legítimos y razonablemente relacionados con el proceso penal, de forma que “no puede convertirse en una pena anticipada ni basarse en fines preventivos-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena.” (Caso Pollo Rivera y otros Vs. Perú., 2016).

Por otra parte, debe (ii) fundarse en elementos materiales probatorios suficientes que permitan suponer que el procesado ha participado en el punible objeto de investigación, así como debe (iii) estar sujeta a revisión periódica, de modo que las autoridades deben efectuar una vigilancia periódica a la misma, pues si han dejado de existir las razones que motivaron su imposición, esta debe detenerse.

Por último, estable el Tribunal que (iv) además de ser legal, la medida no puede ser arbitraria, ello conlleva que:

(...) la ley y su aplicación deben respetar una serie de requisitos, en particular que su finalidad sea compatible con la Convención. En este sentido, las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. (Caso Pollo Rivera y otros Vs. Perú., 2016)

Asimismo, valga remontarnos a los años 2006 y 2008, cuando la Corte ya incluía en sus providencias la evaluación de las características personales del presunto autor del delito y la gravedad del hecho ilícito supuestamente cometido:

Del artículo 7.3 de la Convención se desprende la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludir la acción de la justicia. La prisión preventiva es una medida cautelar y no punitiva. Se infringe la Convención cuando se priva de libertad, durante un periodo excesivamente prolongado, y por lo tanto desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Esto equivale a anticipar la pena. (Caso López Álvarez Vs. Honduras., 2006)

En el año 2008, se reiteraban tales argumentos y se hacía hincapié en el carácter temporal de las medidas, estableciendo que si estas exceden el límite de lo razonable, el procesado será dejado en libertad:

La prisión preventiva no debe prolongarse cuando no subsistan las razones que motivaron la adopción de la medida cautelar. El Tribunal ha observado que son las autoridades nacionales las encargadas de valorar la pertinencia o no del mantenimiento de las medidas cautelares que emiten conforme a su propio ordenamiento. Al realizar esta tarea, las autoridades nacionales deben ofrecer los fundamentos suficientes que permitan conocer los motivos por los cuales se mantiene la restricción de la libertad, la cual, para que sea compatible con el artículo 7.3 de la Convención Americana, debe estar fundada en la necesidad de asegurar que el detenido no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludiré la acción de la justicia. Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. No obstante lo anterior, aun cuando medien razones para mantener a una persona en prisión preventiva, el artículo 7.5 garantiza que aquella sea liberada si el período de la detención ha excedido el límite de lo razonable. (Caso Bayarri Vs. Argentina, 2008)

Incluso, también podemos remitirnos a decisiones del año 2009, pues desde esta fecha la Corporación ya hacía especial énfasis en el carácter cautelar y no punitivo de la prisión preventiva, de forma que se establecía que únicamente se podría ordenar la prisión preventiva del imputado de manera excepcional y en cumplimiento de fines procesales, de allí que:

(...) para que se respete la presunción de inocencia al ordenarse medidas restrictivas de la libertad es preciso que el Estado fundamente y acredite, de manera clara y motivada, según cada caso concreto, la existencia de los referidos requisitos exigidos por la Convención. Proceder de otro modo

equivaldría a anticipar la pena, lo cual contraviene principios generales del derecho ampliamente reconocidos, entre ellos, el principio de presunción de inocencia. (Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela., 2009)

CAPÍTULO III

Con el fin de suplir el tercer objetivo contemplado en este trabajo, el presente acápite será compuesto de 3 bloques esenciales que reúnen las reflexiones, análisis y críticas encontradas, una vez realizada la comparación entre la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la sentencia C-469 de 2016 proferida por la Corte Constitucional Colombiana, en punto al requisito de peligro para la comunidad como causal o fin constitucional para imposición de medidas de aseguramiento.

Dicho ello, estos 3 apartados pueden condensarse en la siguiente forma: (i) críticas al análisis o control de constitucionalidad realizado por la Corte Constitucional Colombiana en la providencia en cita, para lo cual y a efectos de un mejor entendimiento para los lectores de este consolidado, se compondrá de la breve explicación de los grados de conocimiento dentro del desarrollo del procedimiento penal Colombiano, con el fin de demostrar que en el estadio procesal que abarca la solicitud de medida de aseguramiento, esto es, audiencias preliminares, solo es exigido un grado de conocimiento mínimo que no le permite al fallador asegurar que una persona podrá ser potencialmente peligrosa para la sociedad o comunidad, de forma que, consiguientemente, pueda decretarle una medida de aseguramiento en consideración de este factor.

En segundo lugar, abordaré las (ii) críticas realizadas a los numerales de los que se compone el artículo 310 de la Ley 906 de 2004, en cuanto la mayoría de estos obedece a fines preventivo generales – preventivo especiales de la pena y no a fines procesales como lo exigiría un instrumento procesal como lo son las medidas cautelares.

Finalmente, cerraré con (iii) las críticas al control de convencionalidad y utilización del bloque de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional Colombiana en cuanto jueces encargados de dirimir la exequibilidad del requisito

peligro para la comunidad como causal constitucionalmente válida para la imposición de medidas de aseguramiento.

1. CRÍTICAS AL ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD REALIZADO POR LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA EN SENTENCIA C-469 DE 2016.

1.1. Inferencia razonable, probabilidad de verdad y conocimiento más allá de toda duda razonable en el proceso penal colombiano.

El proceso penal colombiano, como todo procedimiento, se encuentra constituido por una serie de etapas, ya explicadas en el apartado 1.5. del primer capítulo, de forma que a medida que se avanza en su curso “el grado de conocimiento exigido al funcionario judicial: juez o Fiscal según el caso; va aumentando” (Ramírez, 2016) y, consecuentemente, “la ausencia de duda en cuanto a la existencia del delito y la atribución de responsabilidad penal debe ir despejándose a través del tamiz del procedimiento.” (Ramírez, 2016)

Bajo estas consideraciones, encontramos en el curso del proceso penal 3 estadios de conocimiento exigidos, cada cual que irá aumentando en su complejidad en cuanto el procedimiento avance. Los podemos catalogar como: (i) la inferencia razonable, propia de audiencias preliminares, -en las cuales se desarrolla la solicitud de imposición de medida de aseguramiento-, (ii) la probabilidad de verdad, propia de la audiencia de juicio y (iii) el conocimiento más allá de toda duda razonable, propio de la determinación final del fallador para absolver o condenar.

1.1.1. La inferencia razonable de autoría o participación.

Cuando se refiere a inferencia, nos encontramos “(...) hablando de una operación lógica ya sea inductiva y también deductiva o de un razonamiento deductivo cuyas formas más usuales son el silogismo y el Sofisma.” (Ramírez, 2016).

De esta manera, por silogismo nos referimos a la “forma más esquemática de racionalidad expresada a través de una premisa mayor, una premisa menor y una conclusión”³ (Ramírez, 2016), mientras que por sofisma entendemos “un falso razonamiento que induce a error”⁴ (Ramírez, 2016).

Es así como encontramos la inferencia como aquella construcción lógica que se obtiene de cualquiera de las formas expresadas y como fue ejemplificado, sin embargo, para el caso que nos compete, no nos limitamos al concepto de inferencia, pues el Código Procesal Penal Colombiano exige que el grado de conocimiento que cataloga como inferencia sea razonable.

De forma que, para entender el concepto global, debemos, a su turno, remontarnos al concepto de razonable, de donde nos dirigimos a lo explicado por el autor (Atienza, 1989) quien señala que “lo razonable se puede entender como el equilibrio entre exigencias contrapuestas y cuando una decisión logra aceptabilidad o consenso (...)” (Ramírez, 2016).

Aunado a que, “Lo razonable se construye entonces respetando las reglas de la lógica en el que a dos proposiciones (independientemente de que una de ellas sea falsa) le sigue una conclusión, no afectándose la validez de la deducción lógica” (Ramírez, 2016).

De conformidad con estas consideraciones, con el fin de afinar todos los conceptos, finalmente veremos qué se entiende por inferencia razonable en el trámite judicial penal:

³ Ejemplo: Premisa mayor: todos los hombres son mortales.

Premisa menor: Juan es un hombre.

Conclusión: Juan es mortal.

⁴ Ejemplo: “Los hombres astutos son zorros, los zorros tienen cuatro patas, luego, los hombres astutos tienen cuatro patas.” (Ramírez, 2016)

(...) la expresión “inferencia razonable” es un constitutivo del indicio, ya que no le encuentro diferencia con “inferencia lógica”, por lo cual (...) se debe entender que ese concepto vago de “inferencia razonable” se condicione al concepto de indicio y se le debe ubicar con las exigencias de los indicios para trabajar los temas de imputación de medidas cautelares, personales y reales. Siendo la “inferencia razonable” un componente estructural del indicio entonces estamos ante la presencia del indicio, lo que le corresponde a los funcionarios judiciales (Jueces y Fiscales) es entender que esa inferencia razonable es el puente entre el hecho indicador (sostenido sobre elemento material de prueba, evidencia física) y el hecho que se quiere conocer (hecho indicado), por lo tanto el concepto de inferencia razonable debe “transportarse” por medio de las reglas de la sana crítica. (Navarro, 2010)

Ello quiere significar que, cuando el legislador ordena que a partir de los elementos materiales probatorios y evidencia física recolectados o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, estamos ante una exigencia de realización de una inferencia lógica que permita que, a partir de tales medios de convicción, se realice un juicio lógico y razonable que pueda asegurar que de su análisis se desprenden determinados hechos que indican que el procesado es autor o partícipe de los mismos.

Adviértase que lo anterior es un mero juicio lógico pero que se acompaña razonablemente con los medios cognoscitivos de los que se desprende o fundamenta, grado de conocimiento que ascenderá a una probabilidad de verdad en estancos procesales posteriores como lo sería la acusación.

1.1.2. La probabilidad de verdad.

Ahora bien, posterior a la inferencia razonable de autoría o participación, el legislador obliga continuar escalando en los grados de conocimiento para

determinar la responsabilidad del procesado, de forma pues que abandonada la inferencia razonable, se posea una probabilidad de verdad que permita ser el cimientamiento de la acusación: algunos autores la explican como:

(...) señalar la existencia de una conducta punible y la autoría o participación del encartado en la misma como una verdad probable conlleva al ascenso a un nivel más elevado en el conocimiento, al superar la mera inferencia razonable, de cara a obtener al final del juicio, la comprobación de la hipótesis eje de la acusación; esto es, el lograr en el juzgador un convencimiento más allá de toda duda razonable frente a la responsabilidad penal del procesado. Así pues; desde la estructura del sistema penal oral acusatorio colombiano tenemos el concepto de probabilidad de verdad, como un concepto intermedio entre la simple inferencia razonable y el convencimiento más allá de toda duda razonable. (Ramírez, 2016)

En este sentido, probabilidad de verdad puede ser entendida, como lo explica el autor (Ramírez, 2016) citando al autor (Mittermaier, 2005), como:

(...) cuando la razón, apoyándose en motivos graves, tiene por verdadero un hecho, pero solo en el caso de que los motivos poderosos en contrario no hayan completamente desaparecido. Resulta la probabilidad, o de que las pruebas que debieron por si mismas establecer la verdad no se presentan a primera vista con las condiciones necesarias, o de que, en oposición a los motivos suministrados por ella, existen otros también, muy fundados, en sentido contrario, o de que la convicción no descansa sino en ciertos datos, que a pesar de su reunión no son todavía bastante poderosos para producir la certeza. (Mittermaier, 2005)

Es decir, la probabilidad de verdad se presenta, aterrizando al proceso penal, cuando los medios de conocimiento permiten fundar un hecho como cierto, pero cuando aún existe un esbozo de duda, pues ellos pueden no ser suficientes para

producir una aproximación a la certeza; en esta medida, se presenta la probabilidad de verdad como el sustento de la hipótesis acusatoria que la Fiscalía endilgará al procesado, siendo probable que la verdad procesal corresponda con lo acusado e investigado, pero aún sin convertirlo en un conocimiento más allá de toda duda razonable.

Es por ello que este grado de conocimiento se predica en la acusación, pues “como estanco procesal que da inicio a la etapa de juicio, se origina con una hipótesis susceptible de ser comprobada o declarada verdadera” (Ramírez, 2016), dado que, lo explica este mismo autor, en este punto el ente acusador ya no está señalando como posible la inferencia en la que fundamentó la imputación, sino que resalta que tal inferencia puede ser comprobable, pues en este estanco procesal, los fiscales ya no presentan la existencia del delito y la participación del procesado en este como una opción a escoger, sino como la única opción cierta.

1.1.3. El conocimiento más allá de toda duda razonable.

Luego, en la escala de conocimiento que hemos abordado, posterior a la probabilidad de verdad, encontraremos el conocimiento más allá de toda duda razonable, el cual está en cabeza del Juez de Conocimiento del proceso, pues mientras los 2 grados anteriores -inferencia razonable y probabilidad de verdad- corresponden a la Fiscalía, este estadio comporta al fallador pues resulta como requisito inescindible para construir su fallo.

En este grado, el conocimiento más allá de toda duda razonable implica que:

(...) del plexo probatorio el fallador tendrá que afirmar que conoce que se presentó un delito y que el llamado a juicio fue su autor o partícipe; pero además, que el trípole que estructura la conducta punible ha sido demostrado por la parte acusadora de tal forma, que resiste la duda. (Ramírez, 2016)

En otros términos, ello quiere significar que el Juez, a partir de los argumentos realizados por el ente acusador ha encontrado un conocimiento que vence la duda y con base en el cual puede fundamentar su determinación.

Sin embargo, ha de reconocerse que el actual Código de Procedimiento Penal Colombiano refiere al conocimiento más allá de toda duda razonable, pues la anterior codificación exigía la certeza para condenar, no obstante, es preciso advertir que:

No se predica la Certeza en tanto es un imposible epistemológico en clave de un proceso penal adelantando por seres humanos evidentemente falibles. En este aspecto, el código deja de ser pretensioso al considerar que puede darse el caso de presentarse dudas, pero si aquellas no son del peso suficiente para morigerar el convencimiento del Juez, nos hallamos en presencia de un verdadero conocimiento, por lo menos, un conocimiento exigido en el marco del proceso penal, en el escenario forense o judicial. (Ramírez, 2016)

Es por ello que, en esta última etapa procesal, el Juez debe cimentar sus decisiones en el entendido de que, el caudal probatorio practicado en sede de juicio le ha permitido reconocer que hay una conducta con una adecuación típica, es decir, que corresponde a una conducta punible descrita en el Código Penal y que, a su turno, la persona llevada a juicio es la responsable de la misma, de allí que los medios de conocimiento se correspondan con la hipótesis de probabilidad de verdad que planteó la Fiscalía en la acusación, pues de lo contrario, de no suplirse la misma y no acreditarse el conocimiento más allá de toda duda razonable, siendo la duda más invasiva en el terreno del fallador, reinaría la presunción de inocencia y saldría avante la hipótesis defensiva que, asimismo, se haya planteado en juicio.

1.2. La inferencia razonable en sede de la causal para imposición de medida de aseguramiento: “peligro para la comunidad o la sociedad”.

En consideración de que la pregunta de investigación y los objetivos propuestos corresponden exclusivamente al análisis de la causal peligro para la comunidad como requisito para la imposición de medidas de aseguramiento, solo nos centraremos en el grado de conocimiento -inferencia razonable-, por ser este el estadio de conocimiento que se precisa en el procedimiento penal a la hora de solicitud de estas cautelas.

Sea lo primero resaltar que desde el artículo 308 de la Ley 906 de 2004 se ordena:

El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga (...).

Es decir, “(...) se exige un juicio lógico de inferencia, pero no cualquier tipo de inferencia sino que ésta debe ser además “razonable” frente a la autoría o participación de un delito.” (Ramírez, 2016), misma que debe corresponder, como se anotó en líneas antecedentes, a una construcción lógica que provenga del análisis de los medios de convicción recolectados por la Fiscalía en su investigación.

Es así como, dejando claro que en la etapa de solicitud de medida de aseguramiento, dentro del proceso penal, tan solo nos enfrentamos con un grado de conocimiento referido a una -inferencia razonable- y descartamos una -probabilidad de verdad- y un -convencimiento más allá de toda duda razonable-, procederemos a realizar un análisis de cada una de las circunstancias que

contempla el artículo 310 del Código de Procedimiento Penal, con el fin de constatar si con un grado de conocimiento tan vago, el legislador puede exigir estos requisitos como criterio de evaluación del Juez con Función de Control de Garantías para el decreto de medida de aseguramiento en consideración del fin constitucional peligro para la comunidad.

Reza el artículo 310 en cuestión lo siguiente:

ARTÍCULO 310. PELIGRO PARA LA COMUNIDAD. <Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley 1760 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> Para estimar si la libertad del imputado representa un peligro futuro para la seguridad de la comunidad, además de la gravedad y modalidad de la conducta punible y la pena imponible, el juez deberá valorar las siguientes circunstancias (...)

CIRCUNSTANCIA	¿CUMPLE UNA FINALIDAD PROCESAL CONSTATABLE A PARTIR DE LA “INFERENCIA RAZONABLE DE AUTORÍA O PARTICIPACIÓN”?
1. La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales.	<p>En consideración de este enunciado, debemos indicar que el ente acusador no posee la forma de demostrar, a partir de los medios de convicción recolectados y de su argumentación, que la persona procesada y frente a la cual se solicita la medida de aseguramiento pueda continuar con su actuar delictivo ni muchos menos que pueda presentar una probable vinculación con organizaciones criminales.</p> <p>Bajo este criterio, estaría usándose la inferencia razonable conforme a una argumentación falaz, pues se incurriría en afirmar que por la posible comisión de</p>

x delito, automáticamente se va a continuar en esa misma actividad delictiva o se va a producir la adhesión del procesado a grupos criminales, es decir, el Fiscal no podría predecir el futuro a partir de los medios de convicción que posee, pues aunque haga un juicio lógico que permita suponer que el procesado es autor o partícipe del ilícito, le es imposible, con este grado de conocimiento, afirmar que el individuo incurrirá en estos eventos futuros.

De ahí que surja la pregunta: ¿cómo podría el fallador sustentar su decisión bajo este criterio aún cuando no posee un convencimiento de algo que no ha sucedido y no se sabe si va a suceder?

Vemos entonces que esta circunstancia de proceder para el decreto de la cautela estaría castigando al procesado por algo que no ha realizado, consiguientemente, violando sus derechos fundamentales al debido proceso y a la presunción de inocencia, al turno de desdibujar los fines procesales de las medidas cautelares.

Lo anterior en consideración de que la protección de la comunidad mediante este criterio no corresponde a ningún objeto procesal, por el contrario, estamos hablando en términos de probabilidad de eventos que, como pueden acaecer, pueden nunca tener lugar, de manera que el legislador plantea un diseño procedimental errado que, incluso, implica violaciones a derechos fundamentales.

<p>2. El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos.</p>	<p>En este caso, debemos indicar que la primera parte de este enunciado corresponde a una falacia⁵, pues afirma el legislador que por el número de delitos cometidos, la persona, lógicamente, constituye un peligro para la comunidad o la sociedad, de forma que cabe preguntarnos: ¿cómo podemos afirmar, mediante un juicio lógico, que la comisión de determinado número de delitos corresponde, ineludiblemente, a que la persona constituirá un peligro para la comunidad?</p> <p>Ejemplificándolo, cómo podríamos afirmar que una persona que comete la conducta punible de injuria en 7 ocasiones puede resultar como peligrosa para la comunidad, a la par de una persona que ha cometido 1 solo delito como el terrorismo, es decir, estamos ante 2 procesados frente a los cuales el legislador, con tal diseño procedimental, exigiría que el fallador aceptara como -el más peligroso- al sujeto que haya incurrido en el ilícito de injuria, por ser este cometido en mayor cantidad de veces en comparación con la única ocasión de comisión del delito de terrorismo.</p> <p>Por otra parte, no se puede obviar que en el caso de la naturaleza de los delitos sí nos estaríamos enfrentando ante una forma de protección de la sociedad buscada por el poder legislativo, pues es claro que si el juzgador conoce de ilícitos como genocidio, terrorismo, trata de personas, entre otros, ello constituye el enfrentamiento</p>
---	--

⁵ Premisa mayor: si x ciudadano comete x número de delitos resulta peligro para la comunidad o la sociedad.

Premisa menor: y comete x número de delitos.

Conclusión: y resulta peligro para la comunidad o la sociedad.

	<p>ante un peligro para la comunidad, no obstante, aún estamos en un grado de conocimiento muy vago, una mera inferencia razonable que no permite poseer una aproximación a la verdad sobre la responsabilidad del procesado en los hechos, de forma que, muchos menos, podrá predicarse que resulte “peligroso” para la comunidad.</p> <p>Asimismo, valga resaltar que estas circunstancias siguen sin contemplar un fin procesal, pues aunque su objeto sea encaminado a proteger el núcleo social, en nada conlleva a un análisis procesal de eficiencia como el que se realiza en sede de medidas cautelares.</p>
<p>3. El hecho de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional.</p>	<p>En el caso de esta circunstancia, estaríamos ante la protección de la comunidad frente a la reincidencia, protección que se buscaría con la resocialización de la que se encargan presuntamente las penas, sin embargo, ¿cómo podemos aseverar, lógicamente, a través del silogismo que exige una inferencia razonable, que por el procesado estar disfrutando de un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional, y estar vinculado a un nuevo proceso penal, conlleva a que represente un peligro para la comunidad?</p> <p>Si incluso estamos en un grado de conocimiento tan escueto como lo es la inferencia razonable y enfrentándonos en el trasegar del proceso penal en el que la regla general de asunción del mismo es la presunción de inocencia, ¿cómo podremos afirmar, lógicamente, que una persona que haya accedido a</p>

este mecanismo pueda constituir un peligro para la comunidad llanamente?

En este caso, nuevamente, nos estaríamos enfrentando ante una falacia, pues indistintamente el legislador le brinda un criterio auxiliar de interpretación al Juez en el que le señala: si x cometió un delito doloso o preterintencional y accedió a un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, cuando x sea imputado como posible autor o partícipe de otro delito, consecuentemente x constituiría un peligro para la comunidad.

Solo planteemos el ejemplo de una madre cabeza de familia que fue condenada por hurto, quien posee una mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad por su misma condición de ser la única garante de sus hijos menores, si la misma madre vuelve a cometer este delito estando bajo el subrogado penal concedido, ¿estaríamos ante una persona que represente un peligro para la comunidad o estaríamos ante las deficiencias de las políticas públicas y la débil presencia del Estado en sociedad?

Es así como el diseño del legislador sigue resultando erróneo, máxime cuando, como para las demás circunstancias ya abordadas y para las siguientes, la protección de la comunidad debe ser garantizada en sede del proceso penal, pero no institucionalizada como causal para imposición de medida de aseguramiento, pues en nada cumple un fin procesal.

<p>4. La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional.</p>	<p>Al igual que el evento anterior, estaríamos ante un caso de reincidencia que se perseguiría como finalidad de la pena mediante la resocialización.</p> <p>De modo que, idéntico al argumento anterior, nos cuestionamos cómo la existencia de una sentencia condenatoria vigente puede asegurar que la persona que es imputada constituye un peligro para la comunidad, apenas con una construcción lógica como lo exige la inferencia y en concordancia con los medios de conocimiento allegados, ¿podría ser criterio para el fallador la existencia de estas sentencias como factor para la determinación de un potencial riesgo futuro para la sociedad?</p> <p>No hay ni siquiera en el diseño legislativo término de “probabilidad”, aquí meramente estamos castigando a la persona, aún cuando reina su presunción de inocencia, por estar vinculada a una nueva investigación y poseer una sentencia condenatoria vigente, asunto que, contrario a una finalidad procesal, implicaría una trasgresión al principio de legalidad, por el cual un individuo no puede ser castigado 2 veces por la comisión del mismo hecho, pues solo por esta condición el Juez podría cimentar su determinación indicando que, a partir de la existencia de tal condena se estaría ante un individuo potencialmente peligroso para la comunidad.</p>
<p>5. <Numeral modificado por el artículo 21 de la Ley 2197 de 2022.></p>	<p>En sede de este criterio, debo indicar que aunque comparto el uso de armas como una actividad peligrosa, el factor de protección que el legislador</p>

<p>Cuando se utilicen armas de fuego; armas convencionales; armas de fuego hechizas o artesanales; armas, elementos y dispositivos menos letales; o armas blancas definidas en la presente ley.</p>	<p>pretende con la inclusión de esta circunstancia resulta inocuo a un fin procesal, pues se retira, aunque he afirmado que la protección a la comunidad sí debe tener especial lugar en el proceso penal, no puede institucionalizarse como una medida procesal que coadyuve a la eficacia del proceso, pues en nada contribuiría al curso de los trámites procedimentales.</p> <p>No obstante, es menester afirmar que estamos ante el estado de conocimiento mínimo en el proceso penal y es ello lo que aquí se está planteando y resaltando en punto al análisis constitucional realizado por la Corte Constitucional, dado que, aunque el uso de armas sí represente una actividad peligrosa para la comunidad, estamos apenas ante una inferencia razonable de autoría o participación, es decir, el procesado es presentado presuntamente como responsable, pues en tal estanco procesal ni siquiera se ha ascendido a la probabilidad de verdad.</p> <p>De allí que se cuestione ampliamente cómo el Tribunal Constitucional ampara la causal peligro para la comunidad, cuando la misma está desarrollada mediante múltiples eventos que responden al castigo del procesado aún sin la resolución de su situación jurídica, es decir, desconociendo su presunción de inocencia y sin contribución alguna a una finalidad procesal.</p>
<p>6. Cuando el punible sea por abuso sexual con menor de 14 años.</p>	<p>Igual a los argumentos planteados en precedencia, debe de recalcarse que en este evento, si bien se busca proteger a población con especial protección</p>

	<p>constitucional, como lo representan los niños y adolescentes, es claro que, se reitera, el grado de conocimiento en el que se encuentra el proceso al solicitar la medida de aseguramiento es mínimo, de ahí que no se tenga probabilidad de verdad de que el imputado es el responsable de la comisión de la conducta delictiva, consecuentemente, sancionarlo en tal estanco procesal mediante la plena injerencia a su garantía fundamental a la libertad personal represente una trasgresión a la presunción de inocencia y al derecho fundamental al debido proceso.</p> <p>A su vez, se reproduce el argumento esbozado en los análisis anteriores: la protección de la comunidad no encuentra en el diseño procedimental de medidas de aseguramiento lugar alguno, pues aunque el legislador pretenda brindar medidas para su seguridad, su institución como requisito para imposición de medida de aseguramiento desnaturaliza, en su totalidad, la eficacia operativa que estas normas procesales representan en el trámite penal.</p>
<p>7. Cuando hagan parte o pertenezcan a un grupo de delincuencia organizada.</p>	<p>Si bien la pertenencia a un grupo de delincuencia organizada efectivamente representa un peligro para la comunidad o sociedad por el tipo de conductas punibles que una organización dedicada a fines ilícitos pueda cometer, recálquese lo dicho en antecedencia: la protección que busca el legislador no puede emanar de una cautela que solo está orientada a un objetivo procesal, cual es lograr la eficacia del procedimiento, si bien la protección es necesaria, como lo ordena el artículo 250 superior al ordenarle a la Fiscalía General</p>

	<p>de la Nación la protección de la comunidad, ello no puede ser garantizado mediante normas procesales que en nada aportan al curso eficiente del trámite judicial y por el contrario desconocen plenamente prerrogativas fundamentales de las personas procesadas.</p> <p>A su turno, pese a aceptar que esta circunstancia constituya un riesgo para la comunidad, es menester resaltar que el procesado aún está ante la inferencia razonable de autoría o participación que plante el ente acusador, siendo un presunto autor o partícipe, aún ni siquiera con probabilidad de verdad, de ahí que siga siendo un análisis mínimo para solicitar una medida de aseguramiento con ocasión del fin constitucional peligro para la comunidad.</p>
<p>8. <Numeral adicionado por el artículo 21 de la Ley 2197 de 2022 - corregido por el artículo 9 del Decreto 207 de 2022-.> Además de los criterios previstos en el presente artículo, las autoridades judiciales deberán tener en cuenta, al momento de realizar la valoración autónoma del peligro para la</p>	<p>De conformidad con el análisis que está siendo realizado, se efectuará lo referente al numeral 8 descrito, sin embargo debe de indicarse que este evento fue adicionado al artículo 310 de la Ley 906 de 2004 apenas este año, mediante Ley 2197 de 2022 y corregido por el artículo 9 del Decreto 207 de 2022.</p> <p>En idéntico sentido a lo esbozado en los criterios 3 y 4, reitero que el legislador ha condensado una serie de circunstancias que permiten la trasgresión al principio de legalidad, pues castiga a los procesados 2 veces por el mismo hecho.</p> <p>De la sola redacción del artículo devienen múltiples trasgresiones constitucionales, pues adviértase que, el</p>

<p>comunidad, si la persona fue o ha sido imputada por delitos violentos, ha suscrito preacuerdo, aceptado cargos u otorgado principio de oportunidad en los últimos tres (3) años por la comisión de delitos contra la vida y la integridad personal o contra el patrimonio económico.</p>	<p>legislador, a la fecha, continúa utilizando el fin constitucional peligro para la comunidad o la sociedad como la forma de cumplimiento de fines de la pena mediante castigos desproporcionados a procesados de quienes ni siquiera se ha acreditado su culpabilidad.</p> <p>Obsérvese que este evento, incluso, establece como criterio orientador el hecho de que la persona haya sido imputada, es decir, trae a colación otros procesos en los cuales el individuo puede estar involucrado mediante el mismo grado de conocimiento que el proceso en el que se está solicitando la medida cautelar, en otros términos, el procesado está siendo señalado como presunto autor o partícipe, aseveraciones aún muy vagas que ni siquiera permiten predicar una probabilidad de verdad.</p> <p>Es así como con meros supuestos el legislador impone la obligación al Juez de construir su decisión bajo criterios falaces e inconstitucionales, pues considerar que una persona por el solo hecho de haber sido imputada, haber celebrado preacuerdo, aceptar cargos o ser beneficiaria de principio de oportunidad, puede constituir un peligro para la comunidad, desconoce, primero, la finalidad procesal de una medida cautelar, segundo, garantías fundamentales como el principio de legalidad y la presunción de inocencia y tercero, factores tales como el excesivo represamiento en la administración de justicia que conlleva a escenarios como la suscripción de preacuerdos y el aceptamiento a cargos con el fin de lograr descuentos en la pena en</p>
---	---

	búsqueda de una resolución pronta de su situación jurídica.
--	---

Una vez realizado el análisis de cada una de estas circunstancias, podemos realizar las siguientes conclusiones que, a su vez, permitirán condensar las críticas al análisis de constitucionalidad realizado por el Tribunal Constitucional Colombiano:

- La totalidad de estos criterios se ubican en el escenario del grado mínimo de conocimiento en el proceso penal, pues como fue indicado, la inferencia razonable de autoría o participación es el grado de conocimiento exigido en sede de audiencias preliminares donde se solicita la medida de aseguramiento.

A partir de tal consideración, resulta desidioso y desproporcionado que la Corte Constitucional, garante de la materialidad de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico colombiano, avale que con el grado mínimo de conocimiento exigido en el proceso penal, se construyan criterios auxiliares de interpretación del operador judicial que le permitan determinar si el procesado constituye un peligro para la comunidad o no, criterios que, por demás, como fue señalado, responden a eventos futuros o a trasgresiones a los principios de legalidad y presunción de inocencia de las personas inmersas en los trámites penales, recreando el legislador escenarios falaces que lógicamente no pueden concurrir a la conclusión de que un individuo, a partir de las circunstancias enlistadas y ante el grado de conocimiento mínimo pueda efectivamente ser catalogado como peligroso para la comunidad.

- Adicionalmente, una crítica particular que cabe en punto a los numerales que conforman el artículo 310, corresponde a lo contemplado en el parágrafo 1 del artículo 308 del Código de Procedimiento Penal, el cual indica que “La calificación jurídica provisional contra el procesado no será, en sí misma,

determinante para inferir (...) el peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima (...)", de modo que "El Juez de Control de Garantías deberá valorar de manera suficiente si en el futuro se configurarán los requisitos para decretar la medida de aseguramiento, sin tener en consideración exclusivamente la conducta punible que se investiga."

En otros términos, el mismo legislador ha ordenado que la sola calificación jurídica endilgada a los procesados, en un estanco procesal con un grado de conocimiento tan vago como lo es la inferencia razonable, no puede constituirse simplemente como un criterio determinante para inferir que el individuo constituirá un peligro para la comunidad, es decir, el legislador ha aceptado que se está ante un conocimiento tan escueto que la sola vinculación como posibles autores o partícipes de x delitos no se erige como criterio esencial para la decisión del Juez con Función de Control de Garantías.

De este modo, si para este estadio procesal el legislador ha decidido brindar una garantía a la persona vinculada al trámite penal, ¿qué sentido posee que ante una determinación tan vaga de su criterio jurídico se analice si el mismo constituirá peligro futuro para la sociedad o la comunidad? Dicho de otro modo, el legislador propicia el mismo desgaste del aparato judicial, pues acepta que apenas el conocimiento es mínimo y no logra ser decisivo para una decisión, de ahí que lógicamente no pueda castigarse a una persona a la cual, en el presente, persiste la duda sobre su participación en un actuar delictivo en consideración a si posiblemente, en un futuro, pueda llegar a ser considerada como un peligro para la comunidad; ni siquiera tenemos probabilidad de verdad del conocimiento presente, pero, aún así, se exige que se visualice un imaginativo futuro.

- Si bien la finalidad del legislador es asegurar la protección de la comunidad o la sociedad, como lo dicta el artículo 250 de la Constitución Política

Colombiana, esta garantía a la colectividad no puede ser otorgada en perjuicio y desconocimiento de los mínimos debidos a los procesados, máxime mediante la institucionalización de esta protección vía instrumentos procesales, pues no debe de olvidarse el carácter excepcional de una medida cautelar, máxime en un proceso penal donde, con su decreto, se procederá a la restricción al derecho a la libertad personal.

Las cautelas cumplen finalidades eminentemente procesales, como lo ha afirmado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de allí que múltiples privaciones injustas de la libertad devengan en casos como estos, cuando mediante institutos procesales se ejerce una facultad castigadora desproporcionada y arbitraria que desconozca un derecho humano de tal raigambre como la libertad.

Nótese la complejidad del asunto, cuando esta Corporación Internacional solo ha aceptado, contrario a lo que afirma la Corte Constitucional Colombiana, en sólida línea jurisprudencial, que los únicos requisitos aceptados, dentro de los trámites penales, para la procedencia de la medida de aseguramiento sean 2: la posible obstrucción a la justicia por parte del procesado y el riesgo de no comparecencia o fuga del mismo.

De tal forma, no se comprende cómo el Tribunal Constitucional Patrio pretenda avalar un fin constitucional que ataca directa y explícitamente las garantías mínimas debidas a los procesados, pues como fue advertido, los criterios analizados comportan trasgresiones tales como el desconocimiento pleno de la presunción de inocencia, el principio de legalidad y el debido proceso, queriendo constituirse en castigos prematuros que cumplan los fines de la pena, en estadios procesales que aún se encuentran bastante lejanos a la emisión de una sentencia condenatoria o absolutoria.

En otros términos, la Colegiatura Nacional está permitiendo que desde el albor del proceso, la facultad castigadora del Estado sea tan amplia e invasiva que posterior a la condición de imputada de una persona, basada en una inferencia razonable de su posible autoría o participación en un ilícito, se permita afirmar que la misma es potencialmente peligrosa para la comunidad, aún sin acreditar su culpabilidad y otorgándole la máxima sanción penal: el límite a su libertad personal.

2. CRÍTICAS A LOS CRITERIOS ORIENTADORES DEL ARTÍCULO 310 DE LA LEY 906 DE 2004 DE CONFORMIDAD CON EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD Y LOS FINES DE LA PENA: ¿PELIGRO PARA LA COMUNIDAD COMO FIN PROCESAL O FIN EXTRAPROCESAL?

2.1. Principio de culpabilidad.

El principio de culpabilidad puede ser definido, de acuerdo al autor (Velásquez, 2017), como un axioma que implica que no exista pena sin culpabilidad, de modo que la sanción únicamente puede tener lugar bajo la seguridad de que el hecho que ocasiona un daño puede serle exigido a determinado sujeto.

De esta forma, el principio de culpabilidad constituye como un verdadero ejercicio al límite del *ius puniendi*, esto es, de la facultad castigadora del Estado, toda vez que ordena como presupuesto de la imposición de la pena “que pueda «culparse» a quien la sufra del hecho que la motiva” (Mir Puig, 2016).

En este sentido, este mismo principio implica que, para la consecución de su naturaleza, como lo indica (Mir Puig, 2016):

- (i) El sujeto destinatario de la sanción no se haga responsable por delitos ajenos, ello constituye el principio de responsabilidad de las penas.

- (ii) Se proscriban castigos fundados en las formas de ser y las personalidades de los individuos, “puesto que la responsabilidad de su configuración por parte del sujeto es difícil de determinar, sino sólo conductas, hechos” (Puig, 2016), ello constituye el principio de responsabilidad por el hecho.
- (iii) El hecho haya sido deseado/querido por el autor o se deba a su imprudencia, de modo que no se limita el mismo a su materialidad, ello constituye el principio de dolo o culpa.
- (iv) Y, finalmente, “para que pueda considerarse culpable del hecho doloso o culposo a su autor ha de poder atribuírsele normalmente a éste, como producto de una motivación racional normal” (Puig, 2016), ello constituye el principio de imputación personal.

Cada uno de los principios que componen el principio general de culpabilidad conllevan a la efectividad del respeto a la dignidad humana dentro de los Estados democráticos, pues permitirán que el ciudadano posea certeza de que si actúa conforme a las normas del ordenamiento jurídico que habita, no habrá lugar alguno para la sanción penal.

Particularmente, cada uno de estos cumple las siguientes funciones, las cuales son explicas por (Mir Puig, 2016) en los términos descritos a continuación:

- (i) El principio de personalidad representa un límite a la responsabilidad colectiva, pues, hoy en día, no se puede castigar a alguien por un hecho ajeno.
- (ii) El principio de responsabilidad por el hecho que implica un derecho penal del hecho, se opone a cualquier castigo basado en la personalidad o carácter del individuo, de manera que:

Enlaza este principio con el de legalidad, y su exigencia de «tipicidad» de los delitos: el «mandato de determinación» de la ley penal reclama una descripción diferenciada de cada conducta delictiva. Ello se negó por el «Derecho penal de autor» y la teoría de los «tipos de autor» que propusieron los penalistas nacionalsocialistas: en lugar de castigar el homicidio, el hurto, las falsedades, etc. (tipos de conductas), el Derecho penal debía castigar al «homicida», al «ladrón», al «falsificador», etc... (tipos de autor). (Mir Puig, 2016)

- (iii) El principio de dolo o culpa “considera insuficiente la producción de un resultado lesivo o la realización objetiva de una conducta nociva para fundar la responsabilidad penal” (Mir Puig, 2016), ello contrario al derecho primitivo donde reinaba la responsabilidad por el resultado, es decir, solo bastaba la causación del daño para que el autor fuese considerado responsable, sin tomar en consideración si la acción fue querida o no por el autor o devino de su imprudencia.
- (iv) El principio de imputación personal “impide castigar con una pena al autor de un hecho antijurídico que no sea capaz de conocer su antijuridicidad y no alcance unas determinadas condiciones psíquicas o situacionales de normalidad motivacional.” (Mir Puig, 2016)

De forma que, en los casos en que efectivamente se encuentre a una persona como responsable penalmente y haya lugar a una sanción, el principio de culpabilidad servirá como límite o medida ante la actuación avallasadora del Estado dado que:

La pena (...) no puede considerarse como una medida coactiva de valor neutro, sino como un juicio de desvalor ético-social y, por tanto, una censura pública al autor por su delito culpablemente cometido. El principio de culpabilidad sirve también como una protección necesaria del ciudadano

contra cualquier exceso en la intervención represiva del Estado y se preocupa de que la pena quede limitada estrictamente a conductas que merecen un juicio de desvalor ético-social. (Jescheck, 1995)

Bajo estos presupuestos, corresponde ahora continuar con la explicación referente a la pena que limita dicho principio de culpabilidad y los fines que esta enmarca una vez es otorgada al ciudadano condenado.

2.2. Fines de la pena.

La pena, para algunos autores, es considerada como instrumento estatal para “el mantenimiento del orden social” (Jakobs, 1992), pues sin esta función “sería a su vez un mal inútil” (Jakobs, 1992), de ahí que la utilidad que representa en el ejercicio castigador del Estado es considerada como fin o fines de la pena.

Dentro de tales fines, autores como (Jescheck, 1995) han referido en sus obras dos fines particulares para la pena: (i) fines de prevención especial, tendientes a la resocialización del condenado con miras a su posterior integración, nuevamente, a la vida en sociedad y (ii) fines de prevención general, de forma que la sanción, que debe ser emitida y cumplida como actos de conocimiento público, pueda producir una repercusión en la colectividad.

Para otros autores, los fines de prevención especial abarcan esferas más amplias, específicamente 3 estadios: “Por medio de la pena, se debe proteger a la comunidad del delincuente; disuadir al delincuente de cometer nuevos delitos; y durante el proceso de ejecución de la misma, resocializar al delincuente en términos tales que permita evitar su reincidencia (...)” (Ambos & Steiner, 2003)

En términos de (Roxin, 2010), la prevención especial puede actuar, como para los autores anteriores, en 3 formas: “asegurando a la comunidad frente a los delincuentes, mediante el encierro de éstos; intimidando al autor, mediante la pena,

para que no cometa futuros delitos; y preservándole de la reincidencia mediante su corrección.” (Roxin, 2010)

Por otro lado, en sede de la prevención general, se habla detalladamente de:

(...) un efecto preventivo frente a la comunidad. Por una parte, la amenaza de una pena disuadiría a los potenciales delincuentes que integran una comunidad de cometer ilícitos penales (prevención general negativa); y por otra, fortalecería la confianza de quienes integran dicha comunidad en la capacidad de ejecución y vigencia del orden jurídico, y con ello, la fe de la misma en el Derecho (prevención general positiva). (Ambos & Steiner, 2003)

Teoría de la prevención general que, a su turno, es definida por (Roxin, 2010) como:

(...) la tercera de las teorías penales tradicionales no ve el fin de la pena en la retribución ni en su influencia sobre el autor, sino en la influencia sobre la comunidad, que mediante las amenazas penales y la ejecución de la pena debe ser instruida sobre las prohibiciones legales y apartada de su violación. También aquí se trata, pues, de una teoría que tiende a la prevención de delitos (y con ello preventiva y relativa), como consecuencia de lo cual la pena debe, sin embargo, actuar no especialmente sobre el condenado, sino generalmente sobre la comunidad. (Roxin, 2010)

Y aquí se denota algo especial en las consideraciones de este autor, pues el mismo habla de tres teorías tradicionales concernientes a los fines de la pena, pues indica que la teoría de prevención general es la tercera, siendo las dos antecedentes la teoría de la prevención especial, ya descrita, y la teoría de la retribución (de la justicia, de la expiación), la cual se procederá a explicar de acuerdo a su argumentación:

La teoría de la retribución no encuentra el sentido de la pena en la persecución de fin alguno socialmente útil, sino en que mediante la imposición de un mal merecidamente se retribuye, equilibra y expía la culpabilidad del autor por el hecho cometido. (...) La concepción de la pena como retribución compensatoria ya es conocida desde la antigüedad (...) la pena debe ser justa y eso presupone que se corresponda en su duración e intensidad con la gravedad del delito, que lo compense. (Roxin, 2010)

En otros términos, la teoría de la retribución corresponde a la demanda histórica de la pena, refiriéndonos incluso a la Ley del Tali3n, donde se afirmaba: ojo por ojo, diente por diente. El objetivo de esta responde, entonces, a la sed de venganza privada que siempre ha quedado en cabeza del sujeto que ha soportado el da1o, de manera que tales actuaciones se abandonan y se desplazan a autoridades estatales competentes que se encargan de restaurar el equilibrio que se ha perdido mediante la comisi3n de un da1o y la imposici3n de una sanci3n que permita reparar lo cometido.

Tales objetivos son logrados, se itera, cuando la imposici3n y cumplimiento de la pena se realiza de forma “p3blica y expl3cita” (Ambos & Steiner, 2003), pues de esta manera no solo es destinatario de la sanci3n el ciudadano condenado sino toda la comunidad o sociedad que evidencia su decreto, pues el mensaje que llega a todos estos individuos es la legitimaci3n del Estado cumpliendo su facultad para castigar, as3, como lo explican (Ambos & Steiner, 2003), de su confianza en el andamiaje institucional, en cuanto corroboran que ning3n delito quedar3 impune, de forma que “(...) la pena es considerada como un mal que debe ser aceptado en nombre de la eficiencia.” (Ambos & Steiner, 2003)

No obstante, aunque se argumenta que la pena posee una prevenci3n general que se puede traducir en una “utilidad p3blica” (Jakobs, 1992), se espera que esta solo permanezca dentro del marco de culpabilidad del autor, pues es este

el límite mediante el cual “puede evitarse la instrumentalización de la persona al imponerle una pena.” (Jakobs, 1992),

De ahí que el punto de convergencia del apartado anterior y este, conforme a lo que importa a este trabajo es, como lo explica (Jakobs, 1992), que el principio de culpabilidad deviene de la obligación de respeto y estricta observancia a la dignidad humana, pues este valor y principio no puede ser vulnerado por el solo hecho de optimizar la utilidad y eficiencia que la pena puede representar en sociedad.

En nuestro ordenamiento jurídico, las funciones o finalidades de la pena se establecen desde el artículo 4 del Código Penal, el cual preceptúa:

ARTÍCULO 4o. FUNCIONES DE LA PENA. La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado.

La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión.

A partir de tal consagración, la Corte Constitucional Colombiana se ha referido en punto al tema, puntualizando en la prevención general, la cual cataloga como positiva y negativa, y la prevención especial la cual califica, igualmente, como positiva y negativa.

Para el caso de la prevención general ha particularizado:

La función de *prevención general* de la pena, está orientada a evitar el cometimiento de conductas delictivas, es decir, se actúa antes del nacimiento de los mismos.

(...) puede ser vista de dos formas, la primera como *prevención general negativa*, la cual pretende que las personas se abstengan de realizar una conducta delictiva por miedo a una amenaza punitiva.

(...) En segundo lugar, encontramos, la *prevención general positiva*, que equivale a la certeza jurídica que se genera al demostrar que el derecho penal opera, puesto que castiga a los responsables, imponiéndoles penas acordes a su grado de culpabilidad, esto con la finalidad que los ciudadanos tengan conocimiento de la gravedad de las sanciones penales y de la efectividad de las sentencias judiciales. (Corte Constitucional, 2017)

Por otro lado, en cuanto a la prevención especial ha sostenido que:

La *prevención especial* pretende con la imposición de la pena que el individuo desista de la comisión de nuevas infracciones al ordenamiento jurídico, es decir, busca impedir la reiteración de la conducta punible.

(...)

La *prevención especial negativa* (...) hace alusión a la neutralización del condenado para que no vuelva a delinquir.

La *prevención especial positiva* tiene como fin reeducar, resocializar y corregir a quien cometió la conducta punible, para que de esta manera pueda ser reinsertado a la sociedad nuevamente (...). (Corte Constitucional, 2017)

Lo anterior nos conlleva a afirmar la finalidad de un Estado Social de Derecho como el colombiano, pues la búsqueda de la sanción del individuo no solo responde a las garantías de la colectividad y al afincamiento de la confianza institucional que esta posea, sino que, a su turno, lo ordena la Máxima Guardiana de la Constitución, la prevalencia es la dignidad del individuo condenado y la búsqueda de su

reinserción social mediante vías que lo disuadan del delito y le permitan retornar a una vida en normalidad en sociedad.

2.3. Peligro para la comunidad o sociedad: ¿trasgresión al principio de culpabilidad? ¿Finalidad procesal o finalidad de la pena?

Las acotaciones anteriores fueron realizadas con el objetivo de responder a las siguientes preguntas: (i) ¿represente el requisito peligro para la comunidad o la sociedad una trasgresión al principio de culpabilidad dentro del ordenamiento jurídico colombiano? y (ii) ¿el fin constitucional de peligro para la comunidad o la sociedad, como requisito para la imposición de medidas de aseguramiento, corresponde a una finalidad procesal o una finalidad de la pena?

2.3.1. Trasgresión al principio de culpabilidad.

Como respuesta a la primera de las cuestiones planteadas, debe de anotarse que, efectivamente, el fin constitucional de peligro para la comunidad o la sociedad representa una verdadera trasgresión al principio de culpabilidad.

Lo anterior es fácilmente constatable con ocasión del principio de responsabilidad por el hecho, pues, como fue mencionado en anterioridad, este principio implica un derecho penal del hecho, es decir que se opone a cualquier castigo basado en la personalidad o carácter del individuo.

Sin embargo, tal determinación que implica la proscripción de un derecho penal de autor, donde se castigaban a los sujetos de conformidad con su carácter y modo de ser, es la piedra angular del artículo 310 de la Ley 906 de 2004, pues la composición de sus numerales en nada atiende al análisis del presunto hecho cometido por el presunto autor o partícipe, es decir, en nada obedecen al hecho en sí, pues su función es la evaluación de las condiciones personales anteriores, presentes y futuras del procesado.

De esta forma, el análisis de tales circunstancias del sujeto, como establecer una probable vinculación a organizaciones criminales, la continuidad de una actividad delictiva, el poseer sentencias condenatorias vigentes, la suscripción de preacuerdos o principios de oportunidad, en nada denotan una constatación del hecho delictivo que se investiga, pues están encaminadas, llanamente, al análisis de las condiciones personales o calidades del presunto autor o partícipe, condiciones mismas que procesalmente en nada contribuyen al curso normal del procedimiento.

Apenas con un juicio lógico como la inferencia razonable de autoría o participación, es plenamente inconstitucional solicitar ante un Juez con Función de Control de Garantías que se decrete una medida de aseguramiento de acuerdo a la potencialidad del peligro que puede constituir un individuo para la sociedad, pues desde la misma denominación de este fin constitucional, se dilucida el desidioso trabajo del legislador encaminado a castigar anticipadamente al procesado por sus condiciones personales y no por el análisis de la presunta comisión del hecho delictivo que se investiga.

De este modo, contrario a su misión, el poder legislativo se ha encargado de trasgredir el principio de responsabilidad por el hecho y, consecuentemente, ha logrado revivir la existencia de un derecho penal de autor, proscrito por cualquier codificación penal moderna.

2.3.2. Finalidad de la pena.

Por otro lado, la respuesta al segundo de los interrogantes es que tal fin constitucional corresponde, netamente, a una finalidad de la pena.

En virtud del análisis realizado desde el apartado número 1 del presente acápite, fue señalado, para la totalidad de criterios o numerales que desarrollan el artículo 310 del Código de Procedimiento Penal Colombiano, que la constitución de

estos como criterios orientados para que el Juez con Función de Control de Garantías se encargue de resolver si una medida cautelar es procedente o no, de conformidad con el requisito peligro para la comunidad, en nada constituyen factores que permitan construir una decisión en tal sentido.

Lo anterior por cuanto las medidas cautelares, como fue explicado desde el capítulo I de este instrumento, se erigen como “normas instrumentales de eficacia operativa del proceso” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2019), es decir, su finalidad está plenamente orientada a que el curso procedimental pueda desarrollarse sin alteraciones.

De tal suerte, es diáfano que una cautela debe estar encaminada, entonces, a la consecución de los estadios procesales y a la continuidad de los mismos, de ahí que pueda aceptarse que la Ley 906 de 2004 enliste como fines constitucionales para la procedencia de medidas de aseguramiento la posible obstrucción de la justicia por parte del procesado o el riesgo de no comparecencia o fuga, en idéntico sentido a como lo establece la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

No obstante, incluir dentro del catálogo de fines constitucionales que permiten la solicitud de una medida de aseguramiento al peligro para la comunidad o la sociedad, con una serie de guías para que el fallador reduzca su discrecionalidad y pueda poseer una línea de orientación que le permita fundamentar su decisión, entre las cuales se destaca -la continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales-, -el número de delitos que se imputan y la naturaleza de los mismos-, -el hecho de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional-, -la existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional- o la consideración -de si la persona fue o ha sido imputada por delitos violentos, ha suscrito preacuerdo, aceptado cargos u otorgado principio de oportunidad en los últimos tres (3) años por la comisión de delitos contra

la vida y la integridad personal o contra el patrimonio económico.-, resulta claramente como un diseño diametralmente opuesto a una institución procesal.

Si bien los 2 criterios aceptados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos pueden generar igualmente duda sobre la probabilidad de que el imputado efectivamente concurra en ellos o no, su objetivo sí responde a fines procesales, como lo son el mantenimiento incólume del material probatorio, evitando posibles manipulaciones de este por parte del procesado, así como el aseguramiento de la permanencia del imputado para la comparecencia del proceso, con el fin de que atienda las disposiciones del mismo y no afecte el curso normal de este, pues ello acarrearía amplios desgastes en el aparato judicial; contrario a ello, en nada está llamado el peligro para la comunidad o la sociedad a cumplir con un fin procesal.

Si detallamos el diseño del legislador en sede del desarrollo del artículo 310 procedimental, podemos advertir que las circunstancias allí plasmadas, contrario a encaminarse como instrumentos para dotar de eficacia al proceso, corresponden, particularmente, a las finalidades de la pena.

Como fue referido, la pena cumple una finalidad que puede enmarcarse en 2 vertientes: una prevención general y una prevención especial. En atención a la primera de estas, con la sanción, cumplida pública y explícitamente, se busca que la comunidad afiance la confianza legítima que posee en el Estado, de forma que pueda constatar que las conductas consideradas como punibles sí son efectivamente castigadas, así como que se cree en la colectividad la concepción de que si delinquen, podrían estar en la misma situación de los condenados. Por su parte, la prevención especial busca alejar al delincuente de una nueva comisión de ilícitos y, al mismo tiempo, concurrir en su resocialización para entregarlo nuevamente a la convivencia en sociedad.

Bajo estos presupuestos, podemos evidenciar que los numerales contenidos en el artículo 310 en cita, distantes de ser criterios orientadores para la determinación de una finalidad procesal, obedecen a las finalidades de la pena, pues ellos pueden ser enmarcados en objetivos de prevención general y especial.

Tómese como ejemplo los numerales 3⁶, 4⁷ y 8⁸, los mismos están castigando la reincidencia, de forma que están incurriendo en un fin de prevención especial de la pena, pues están sancionando al delincuente por estar en un nuevo trámite procesal penal aún cuando posee sentencias condenatorias vigentes, suscripción de preacuerdos, entre otros.

Por su parte, los numerales 1⁹, 2¹⁰, 5¹¹, 6¹² y 7¹³ corresponden a finalidades de prevención general, pues los mismos afincan en la sociedad la confianza legítima en las instituciones estatales al dilucidarse que el uso de armas, la pertenencia a grupos delincuenciales organizados, los punibles relacionados con la integridad sexual de una población de especial protección constitucional, como lo son los niños y adolescentes, la multiplicidad de delitos presuntamente cometidos y su naturaleza, entre otros aspectos, corresponden a factores que inmediatamente serán castigados por el Estado, mediante la privación del derecho fundamental a la libertad personal, paralelo a que permiten que la misma comunidad se aparte de la posible comisión de ilícitos al reconocer que los mismos no quedan impunes.

⁶ “3. El hecho de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional.”

⁷ “4. La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional.”

⁸ “8. Además de los criterios previstos en el presente artículo, las autoridades judiciales deberán tener en cuenta, al momento de realizar la valoración autónoma del peligro para la comunidad, si la persona fue o ha sido imputada por delitos violentos, ha suscrito preacuerdo, aceptado cargos u otorgado principio de oportunidad en los últimos tres (3) años por la comisión de delitos contra la vida y la integridad personal o contra el patrimonio económico.”

⁹ “1. La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales.”

¹⁰ “2. El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos.”

¹¹ “5. Cuando se utilicen armas de fuego; armas convencionales; armas de fuego hechizas o artesanales; armas, elementos y dispositivos menos letales; o armas blancas definidas en la presente Ley.”

¹² “6. Cuando el punible sea por abuso sexual con menor de 14 años.”

¹³ “7. Cuando hagan parte o pertenezcan a un grupo de delincuencia organizada.”

Sin embargo, lo aquí alarmante no corresponde esencialmente al errado y deficiente diseño del legislador, el cual, en lugar de proferir disposiciones normativas que se cimienten como verdaderos instrumentos procesales, cumplió con la protección de la comunidad mediante un castigo anticipado de los imputados en los procesales penales, sancionándoles mediante la privación de su libertad con ocasión al cumplimiento de fines de la pena con antelación a un eventual fallo condenatorio, ello no constituye el pilar que más preocupa en esta situación, lo más grave aquí es que esta sanción, que se rotula como procesal y que cumple objetivos que concurren cuando una persona es efectivamente condenada, es aplicada a sujetos permeados por su presunción de inocencia, sin determinación de su responsabilidad penal y en trasgresión al principio de culpabilidad, de forma que este último criterio no permite, en estos casos, moderar la sanción.

En este sentido, es palmario que la Corte Constitucional, en la decisión aquí reprochada, convalida diseños legislativos inconstitucionales, pues si bien es deber de la totalidad del Estado concurrir a la protección de la comunidad o la sociedad ante la comisión de delitos, la vía de consolidación de tal salvaguarda no puede obedecer a la consagración de un instrumento procesal de tal envergadura e injerencia como una medida cautelar sobre el individuo en sí, pues ello coadyuva a la instrumentalización de la persona, en la medida que ninguna autoridad institucional está respetando su dignidad humana.

Lo anterior es tan grave y desproporcionado que se evidencia en las cifras de hacinamiento del país, los establecimientos de reclusión y estaciones de policía se encuentran repletos bajo personas cobijadas por medidas de aseguramiento sin graduación alguna, pues ¿cómo podría buscarse la proporcionalidad en estas si no se ha determinado la responsabilidad penal y, por el contrario, se están usando criterios que obedecen a un derecho penal de autor que en su totalidad contraviene el principio de culpabilidad?

¿Cuál es la traducción de tal realidad social? La inmensa falla en los compendios procedimentales diseñados, en cabeza del poder legislativo, y en la materialidad de los derechos que emanan de la Carta Política, en cabeza del poder judicial.

El mismo Tribunal Constitucional representa una clara vulneración a la efectividad de los derechos de los procesados, pues lo único que parece importar con estas determinaciones procedimentales son las víctimas y el conjunto social, obviando que parte de él son, también, las personas inmersas en el marco de un proceso penal en el cual se enfrentan ante la violencia institucionalizada que ejerce el Estado, es decir, aún estando en la posición más débil, la Corporación no conoce de proporcionalidad o prelación de derechos fundamentales, pues pareciera más importante convalidar el defectuoso imaginativo del legislador plasmado en leyes inconstitucionales, que proteger el derecho humano y constitucional a la libertad personal.

3. ANÁLISIS AL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y EL USO DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EJERCICIO POR LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA EN SENTENCIA C-469 DE 2016.

3.1. Artículos 1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos: control de convencionalidad.

La Convención Americana de Derechos Humanos, instrumento debidamente ratificado por el Congreso Colombiano, establece en sus artículos 1 y 2 las obligaciones de los Estados Partes de respetar los derechos y libertades contenidos en su cuerpo normativo, aunado al compromiso de estos para adoptar, dentro de su ordenamiento interno, las medidas necesarias para garantizar la efectividad de tales prerrogativas, al siguiente tenor:

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

En razón de las prescripciones en cita, ha explicado el autor (Ramírez M. F., 2009) que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha realizado una consolidada interpretación de la Convención Americana, particularmente del artículo 2, en búsqueda de unificar y actualizar la interpretación y aplicación de la Convención, en cuanto al deber de los Estados Partes de adoptar disposiciones de derecho interno que obliguen a los jueces de sus ordenamientos a no limitarse a un control legal y constitucional de sus decisiones, sino integrarlas con las normas contenidas en este cuerpo internacional, de allí que este Tribunal Internacional denomine esta función como “control de convencionalidad”.

Al respecto, desde el año 2006, esta Corporación aseveró:

Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado

por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. (Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú, 2006)

En otros términos, cada Estado Parte debe garantizar que, a partir de su adhesión a la Convención Americana de Derechos Humanos, las disposiciones en ella dispuestas no resulten inocuas dentro de su ordenamiento interno, sino que, por el contrario, constituyan un verdadero respeto a los derechos humanos, de ahí que sus funcionarios judiciales deban aplicar un control de convencionalidad a sus decisiones, es decir, un análisis que corrobore que sus determinaciones no son contrarias a estos preceptos ni a las interpretaciones de los mismos.

Este control de convencionalidad, en cabeza de los jueces de cada ordenamiento en específico se denomina difuso o interno, pues el control de convencionalidad concentrado o externo es el catalogado para lo realizado por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos. Al respecto, puntualizaré, en el ordenamiento interno colombiano, qué ha precisado la Corte Constitucional en sede de este.

3.2. Control de convencionalidad en el ordenamiento jurídico colombiano.

La Corte Constitucional Colombiana ha indicado, en punto al control de convencionalidad ordenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, conocido como control de convencionalidad interamericano -CCI-, que este comporta como un deber general de acatamiento de cada Estado Parte “que implica “controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados”” (Corte Constitucional, 2021), con el fin de que los

prescripciones de la Convención no resulten vulneradas por cada ordenamiento interno al aplicar normas contrarias a estas.

Agrega este Juez Plural, citando la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, en ejercicio del control de convencionalidad todos los Estados Partes deben tener en cuenta no solamente el texto de estos tratados, “sino también la interpretación que de estos ha hecho la Corte Interamericana” (Corte Constitucional, 2021).

Es decir, el control de convencionalidad no se limita a la mera constatación de que las determinaciones internas no contraríen el cuerpo normativo de la Convención sino que, a su turno, deben contemplar la interpretación que de este articulado haya realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

De esta forma, la Máxima Guardiana de la Constitución Colombiana recalca la importancia de la jurisprudencia de este Organismo Internacional en el ejercicio del control de convencionalidad interamericano, de manera que explica:

(...) la jurisprudencia interamericana resulta especialmente relevante, porque es el principal medio por el cual la Corte IDH interpreta la CADH. Al respecto, la Corte IDH ha sostenido que cuando la parte resolutive de una sentencia “[se] refiere expresa y directamente a la parte considerativa de las mismas [...], el razonamiento de la Corte es claramente parte integral de la Sentencia, a lo cual el Estado concernido también queda obligado de dar pleno cumplimiento”. De lo contrario, a juicio de la Corte IDH, “sería incongruente que la parte resolutive o dispositiva de la sentencia sea obligatoria sin que se tome en consideración la motivación y el contexto en que fue dictada, máxime cuando se tiene presente que, al tenor de lo dispuesto en los artículos 66 a 69 de la Convención, el fallo constituye un todo o una unidad”. (Corte Constitucional, 2021)

Bajo estos presupuestos, la Colegiatura patria condensa las características del control de convencionalidad en las siguientes:

- (i) Debe ser llevado a cabo por todas las autoridades estatales de manera oficiosa.
- (ii) Implica la confrontación entre normas nacionales, de un lado, y la CADH, los tratados internacionales sobre derechos humanos de los cuales es parte el Estado junto con la interpretación que ha efectuado la Corte IDH sobre estos instrumentos, de otro lado.
- (iii) No existe un modelo único de CCI, porque opera en el marco de las competencias de cada autoridad estatal y de las regulaciones procesales correspondientes. (Corte Constitucional, 2021)

Todo ello con el fin de indicar que bajo el control de convencionalidad se puede lograr alguno de los siguientes eventos: “inaplicar cierta ley en un caso concreto, retirarla del ordenamiento jurídico, anular un acto administrativo o modificar una Ley, entre otros”. (Corte Constitucional, 2021)

3.3. La Corte Constitucional Colombiana y el “control de convencionalidad”.

Los anteriores apartados cumplieron con el cometido de contextualizar al lector en punto al control de convencionalidad que se exige a los jueces del ordenamiento jurídico colombiano.

Bajo esos presupuestos, procederé a explicar, someramente, de qué forma ejerce el control de convencionalidad la Corte Constitucional Colombiana en sus decisiones.

Sea lo primero anotar que este Tribunal Constitucional ha afirmado que no ejerce un control convencional sino meramente constitucional, pues aduce que:

De manera expresa, la Corte Constitucional ha sostenido que “*no es juez de convencionalidad*”. Esto, por cuanto esta Corte “*no está llamada a verificar la concordancia abstracta de la legislación nacional con los tratados internacionales que obligan al Estado*” y “*la confrontación de una ley con un tratado internacional no puede dar lugar a una declaratoria automática de constitucionalidad o inconstitucionalidad*”. Por el contrario, como se explicó, al efectuar el control (abstracto) de constitucionalidad de las leyes, la Corte Constitucional debe interpretar sistemáticamente las normas que integran el bloque de constitucionalidad y armonizarlas con la Constitución Política. (Corte Constitucional, 2021)

Lo anterior, por cuanto afirma la Colegiatura que el control de convencionalidad interamericano acepta la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como normas supranacionales, es decir, con supremacía jerárquica a la Constitución Política Colombiana, de manera que se afirma que esta “*tesis es incompatible con el ordenamiento jurídico colombiano, por cuanto desconoce la supremacía constitucional y transmuta la naturaleza de la Corte Constitucional, que pasaría de ser juez constitucional a ser juez convencional.*” (Corte Constitucional, 2021)

En esta medida, sostiene esta Corporación Constitucional que, en sus decisiones no se desconoce claramente el cuerpo normativo de la Convención Americana y la interpretación que de este ejerce la Corte Interamericana mediante su jurisprudencia, pues la labor de confrontación del Texto Constitucional con estas disposiciones se realiza mediante el análisis e integración del bloque de constitucionalidad.

Ello implica que las exigencias del control de convencionalidad interamericano se cumplan, en el caso de la Corte Constitucional Colombiana,

mediante la figura del bloque de constitucionalidad, pues en virtud de este y su rango constitucional, todos los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Congreso Colombiano serán, en igual medida, un criterio hermenéutico de estricta observancia en el refuerzo a la protección de derechos que realiza la Colegiatura para afincar dentro del ordenamiento interno los articulados constitucionales.

Bajo estas consideraciones, procederemos, finalmente, a realizar un análisis frente a la aplicación realizada por el Tribunal Constitucional del bloque de constitucionalidad en la providencia C-469 de 2016 que declare exequible el artículo 310 del Código de Procedimiento Penal, múltiples veces mencionado.

3.4. Bloque de constitucionalidad: ¿estricta observancia o flexibilidad? ¿Un criterio sesgado y discriminatorio?

Los apartados previos poseían el propósito de ilustrar cómo en el ordenamiento jurídico nacional la Corte Constitucional, órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, se aparta de una de las exigencias de los Estados Partes de la Convención Americana de Derechos Humanos, cual es el control de convencionalidad.

No obstante, debe de anotarse que este Tribunal Constitucional no desconoce la obligación que poseen todos los jueces parte de la judicatura, de ejercer un control de convencionalidad difuso en sus decisiones, pero siendo claro en indicar que su función, como máxima guardiana de la Constitución Política Colombiana, le impide facultarse como un juez convencional, pues estaría aceptando la existencia de normas con mayor jerarquía a la Bitácora Política.

De esta manera, vemos pues que si bien la Colegiatura no acepta ser un fallador convencional, asiente que mediante la figura del bloque de constitucionalidad traerá a colación, en la construcción de las consideraciones de sus decisiones, el articulado que compone la Convención Americana, al igual que

la jurisprudencia que de su análisis emana por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como guías y criterios hermenéuticos que solidifiquen la protección que este organismo está brindando a la garantía y materialidad de los preceptos constitucionales.

Es así como, aterrizando al caso en concreto, debo de señalar que el análisis que realiza la Corte Constitucional Colombiana, vía bloque de constitucionalidad, de la normativa de la Convención Americana y de las decisiones de la Corte Interamericana se produce como un concepto sesgado y discriminatorio del procesado dentro del trámite procedimental penal, el cual, pareciese, se limita, exclusivamente, a la protección de la víctima y de la comunidad.

Si bien mediante los acápites precedentes se materializó una crítica frente al errado diseño del legislador al institucionalizar, como fin constitucional, el peligro para la comunidad o sociedad para la imposición de medidas de aseguramiento, queda claro que la intención principal de este es buscar una protección a la comunidad, si bien no lo realiza de forma correcta, intenta cumplir el mandato del artículo 250 constitucional.

Sin embargo, resulta diáfano que la mirada legislativa solo responde a las garantías de las víctimas y de la colectividad, pues con un diseño de tal magnitud invasivo y arbitrario en punto a los derechos fundamentales de las personas procesadas, se está observando la realidad social exclusivamente desde el ángulo de las víctimas, desconociendo plena y tajantemente la realidad de las personas inmersas en el trámite penal.

Visión sesgada y discriminatoria que avala la Corte Constitucional, pues dentro de las consideraciones de su providencia exalta que el legislador, dentro de su facultad de configuración, debe poseer estricta observancia en cuanto a no desbordarse con medidas procesales que afecten prerrogativas fundamentales de tal raigambre constitucional, como lo son las libertades fundamentales.

Recuerda la Corte, incluso, que, el ciudadano está ante el poder punitivo del estado, un andamiaje institucional violento que está plenamente en contra de la persona vinculada al trámite penal, de forma que se exigen límites o medidas que puedan amparar las garantías fundamentales de estos sin olvidar las de las víctimas.

De esta forma, acepta que en virtud del artículo 250 constitucional, ya citado, el legislador deba proteger a la comunidad mediante su ejercicio legislativo, sin embargo, en mi criterio, la Corte entra en una amplia contradicción, pues si bien el legislador está llamado a configurar el diseño del artículo 250 superior y el Tribunal Constitucional a velar por su materialidad, ¿cómo se puede exigir que el fin de protección a la comunidad sea cumplido mediante el decreto de una institución procesal?

Recuérdese los conceptos previos anotados en el capítulo I de este trabajo, donde se explica la finalidad netamente procesal de una medida de aseguramiento, pues su objetivo es velar por la eficiencia del proceso, ello mismo se encuentra fundamentado, como se ha venido repitiendo, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien encuentra desproporcionado que, en trámites judiciales penales, el individuo sea coartado en su libertad personal en consideración de fines diferentes a una posible obstrucción de la investigación o un riesgo de fuga.

Si bien acompaño a la Corte Constitucional en la reafirmación de la protección de la comunidad, me aparto definitivamente de ella al avalar un diseño legislativo que, mediante finalidades procesales y flagrantemente inconstitucionales, busque proteger a una colectividad, pues el objetivo de las cautelas es meramente una instrumentalidad procesal, no un fin externo a ello como lo representa la protección a la comunidad, misma que efectivamente debe ser garantizada pero no bajo una figura que apunta directamente al trámite continuo de

un procedimiento y menos cuando su desarrollo implica un balance desproporcionado entre los derechos de la sociedad y el procesado.

Por otra parte, cuando la Corte efectúa el análisis del bloque de constitucionalidad, integrando la Convención Americana y la jurisprudencia de la Corte Interamericana como criterios hermenéuticos para su decisión, se encarga, por un lado, de afirmar que “las decisiones y órdenes que emite la Corte IDH en la resolución de casos contenciosos, en razón de su función de salvaguarda de los derechos humanos reconocidos en la Convención, son siempre vinculantes” (Corte Constitucional, 2016).”

Pese a ello, con el fin de apartarse de la amplia y sólida línea jurisprudencial que posee la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la materia explica que:

(...) la interpretación del derecho a la libertad personal sancionado en la CADH no ha sido completamente uniforme en las citadas instancias internacionales, en el sentido que la detención preventiva sólo esté justificada en la necesidad de evitar la obstrucción de la justicia y asegurar la comparecencia del imputado al proceso. Pero, en especial, las referidas decisiones muestran que, al interior de la doctrina de la Comisión y la Corte IDH, el criterio acabado de mencionar no puede leerse de forma cerrada y excluyente con la posibilidad de otras justificaciones de la privación preventiva de la libertad, como la protección de la comunidad contemplada en la Constitución Política. (Corte Constitucional, 2016)

De tales argumentos podemos concluir una lectura errada de la construcción sólida que posee el Tribunal Internacional en punto al tema, pues de conformidad con las múltiples decisiones citadas en el capítulo 2 de este instrumento, queda bastante claro que el criterio de este Organismo Internacional es bastante uniforme y dicente en rechazar la privación de la libertad arbitrariamente, la cual se efectuaría

mediante la adopción de medidas de aseguramiento que no correspondan a fines procesales, como lo sería el peligro para la sociedad o la comunidad.

La Corte Constitucional misma afirma que los fallos de la Corte Interamericana siempre son vinculantes para los Estados Partes y si bien maneja la concepción de que la Constitución es norma suprema y que a la par de esta, vía bloque de constitucionalidad, la Convención Americana y la jurisprudencia que de su interpretación provenga tienen la misma jerarquía de la norma superior, no puede realizar una lectura tan aislada y desproporcionada de lo que realmente emite el Juez Internacional, pues es claro que se está manifestando que las finalidades procesales que conlleven a la injerencia en la libertad personal deben ser tan cuidadosas y excepcionales que no es admitida una causal como el peligro para la comunidad.

Todo lo anterior nos conduce a una muy triste conclusión y ello deviene, además, de datos como el siguiente. El autor (Ramírez M. F., 2009) ha indicado que en sede de las decisiones de la Corte Constitucional Colombiana, el uso del bloque de constitucionalidad es decisivo en sus determinaciones, pues sostiene:

(...) todos los casos constitucionales complejos relacionados con derechos fundamentales, la variable del bloque de constitucionalidad resulta determinante en la decisión final. Prueba de ello es la Sentencia C-370 de 2006, que examinó la constitucionalidad de la Ley 975 de 2005, sobre beneficios a los paramilitares, donde la evaluación fue hecha desde los estándares de protección fijados por la Corte Interamericana; o la Sentencia C-355 de 2006, sobre penalización del aborto, en la que la normativa internacional y las recomendaciones del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas resultaron también determinantes. (Ramírez M. F., 2009)

A partir de ello, me permito cuestionar qué criterio maneja la Colegiatura para apartarse o adherirse plenamente a los organismos internacionales, vía bloque de

constitucionalidad, pues si se entiende que la Corte busca velar por la integridad de la Constitución Política Colombiana, de manera que su objeto sea armonizar esta con los tratados y convenciones sobre derechos humanos parte del bloque de constitucionalidad, ¿por qué existen decisiones de alta relevancia en sede de derechos humanos que sí son plenamente armonizados con tales instancias internacionales y consolidados plenamente dentro del ordenamiento jurídico y existen fallos donde se realiza una lectura y determinación conveniente de las disposiciones de estos jueces internacionales?

En algunos casos el bloque de constitucionalidad presenta una estricta observancia a materia de derechos humanos en ámbito internacional, mientras que en otras decisiones, como la aquí criticada, posee una flexibilidad tal que la Corporación es capaz de afirmar que sus disposiciones de derecho interno no son contrarias a la Convención Americana y a la jurisprudencia que profiere la Corte Interamericana, pues su línea jurisprudencial no es sólida ni unificada frente al tema, aún cuando desde hace más de 1 década, esta Colegiatura Internacional nunca ha variado su postura en sede de medidas de aseguramiento.

Ello, inevitablemente, nos conduce a pensar en una grave discriminación frente a los derechos y garantías fundamentales de las personas procesadas, pues como se ha demostrado en este capítulo, la inclusión de esta causal como requisito para imposición de medidas de aseguramiento y todos los criterios que la acompañan, acarrear flagrantes violaciones al debido proceso, la presunción de inocencia y el principio de legalidad con el objetivo de cumplir una finalidad procesal inexistente, pues la Corte nunca explica cómo el peligro para la sociedad decanta en una finalidad procesal propia que permita el mantenimiento correcto y eficiente del curso procesal penal.

Es tan flagrante la visión parcializada, que el mismo magistrado Linares Cantillo, en su salvamento de voto, señala que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sí es clara en indicar que la detención

preventiva solo tiene lugar cuando se busque la efectividad del proceso y no con ocasión de fines extraprocesales, como lo serían la protección de la comunidad y las víctimas.

A la par que sostiene que no existe contradicción entre el Texto Constitucional y la Convención Americana de Derechos Humanos, sino complementariedad en el tema o, visto de otra manera, favorabilidad, no para el procesado, sino en términos de favorabilidad a los derechos humanos de las víctimas, pues afirma que una interpretación aislada de los derechos de estos últimos arrojaría la conclusión de que no es válido detener provisionalmente a quien representa una amenaza para los derechos de terceros.

Ello permite constatar que la construcción de la decisión que realiza la Corte efectivamente desatiende los criterios obligatorios de la Convención Americana de Derechos Humanos, aún cuando en materia penal, la más invasiva en la esfera íntima de cada individuo, en las primeras disposiciones del articulado del Código de Procedimiento Penal, se establece expresamente la prelación de tratados internacionales.

Válgase señalar, a su turno, que la crítica aquí efectuada no refiere a la materialidad de los derechos de las víctimas y su acceso a la administración de justicia, la crítica aquí refiere a la conveniencia para el uso del bloque de constitucionalidad en materia de derechos humanos los cuales obligan una estricta observancia de lo dispuesto por organismos internacionales, pues de lo contrario, las decisiones de derecho interno podría acarrear la responsabilidad del Estado Colombiano por el no acatamiento de los mismos, pese a estar adheridos a ellos.

En este sentido, llámese la atención a los Jueces con Función de Control de Garantías del país, pues si bien el Tribunal Constitucional reviste en sus fallos una óptica excluyente y conveniente en punto al tema, el deber como Jueces Constitucionales en el marco de procesos penales, les exige que sus decisiones no

se limiten a un control legal y constitucional, sino que se integren con un control convencional que permita servir como fundamento a fallos realmente enmarcados con respeto a derecho humanos, de forma que sus determinaciones, como principales jueces llamados a proteger al procesado de la violencia institucionalizada, sea un aliciente para los futuros profesionales en derecho y para el logro de un cambio de precedente en la jurisprudencia nacional.

REFERENCIAS

- Ambos, K., & Steiner, C. (2003). Sobre los fines de la pena al nivel nacional y supranacional. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.^a Época, n.º 12.
- Atienza, M. (1989). Sobre lo razonable en el derecho. *Revista Española de Derecho Constitucional*.
- Avella Franco, P. O. (2007). *Estructura del Proceso Penal Acusatorio*. Bogotá D.C.: Fiscalía General de la Nación.
- Caso López Álvarez Vs. Honduras. (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2006).
- Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2006).
- Caso Bayarri Vs. Argentina (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2008).
- Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela. (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2009).
- Caso Pollo Rivera y otros Vs. Perú. (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2016).
- Caso Amrhein y otros Vs. Costa Rica., Serie C No. 354 356 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2018).
- Caso Romero Feris Vs. Argentina. (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2019).
- Código de Procedimiento Penal [CPP]. Ley 906 de 2004. 31 de agosto de 2004 (Colombia).
- Código Penal [CP]. Ley 599 de 2000. 24 de julio de 2001. (Colombia).
- Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. (s.f.). *Guía Judicial para Audiencias de Control de Garantías*. Bogotá D.C.: LEGIS S.A.
- Constitución Política de Colombia [Const]. 7 de julio de 1991 (Colombia).
- Convención Americana de Derechos Humanos. 22 de noviembre de 1969.
- Corte Constitucional. (1998). *Sentencia C-191 de 1998*. Bogotá D.C.
- Corte Constitucional. (2003). *Sentencia C-067 de 2003*. Bogotá D.C.
- Corte Constitucional. (2006). *Sentencia C-028 de 2006*. Bogotá D.C.

Corte Constitucional. (2005). *Sentencia C-202 de 2005*. Bogotá D.C.

Corte Constitucional. (2009). *Sentencia C-575 de 2009*. Bogotá D.C.

Corte Constitucional. (2010). *Sentencia T-1023 de 2010*. Bogotá D.C.

Corte Constitucional. (2012). *Sentencia C-121 de 2012*. Bogotá D.C.

Corte Constitucional. (2013). *Sentencia C-695 de 2013*. Bogotá D.C.

Corte Constitucional. (2014). *Sentencia C-390 de 2014*. Bogotá D.C.

Corte Constitucional. (2016). *Sentencia T280A de 2016*. Bogotá D.C.

Corte Constitucional. (2016). *Sentencia C-469 de 2016*. Bogotá D.C.

Corte Constitucional. (2017). *Sentencia C-342 de 2017*. Bogotá D.C.

Corte Constitucional. (2017). *Sentencia T-265 de 2017*. Bogotá D.C.

Corte Constitucional. (2019). *Sentencia C-276 de 2019*. Bogotá D.C.

Corte Constitucional. (2021). *Sentencia C-146 de 2021*. Bogotá D.C.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (s.f.). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Obtenido de Sitio Web de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: <https://www.corteidh.or.cr/historia.cfm>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (s.f.). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Obtenido de Sitio Web de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: https://www.corteidh.or.cr/que_es_la_corte.cfm

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (2011). *Sentencia Proceso No. 34022*. Bogotá D.C.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (2015). *SP1392-2015. Proceso 39.894*. Bogotá D.C.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (2015). *AP3401-2015*. Bogotá D.C.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2019). *AP2553-2019. Radicación No. 55374*. Bogotá, D.C.

Espinosa Acuña, D., & Peláez Reyes, A. F. (2021). *Lecciones de derecho procesal penal colombiano*. Bogotá D.C.: Tirant Lo Blanch.

Granados Peña, J. E. (2005). Antecedes y estructura del Proyecto de Código de Procedimiento Penal. *Vniversitas*, 14.

- Jakobs, G. (1992). *El principio de culpabilidad*. Anuario de derecho penal y ciencias penales, 45(3).
- Jescheck, H.-H. (1995). *El principio de culpabilidad como Fundamento y límite de la punibilidad en el derecho alemán y español*. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología N.º 9.
- Mir, J. C. (1979). *Culpabilidad y pena*. Caracas.
- Mir Puig, S. (2016). *Derecho Penal Parte General*. Barcelona: Editorial Reppertor.
- Mittermaier, C. (2005). *La prueba en material criminal*. Bogotá D.C.: Leyer.
- Navarro, A. L. (2010). *Efectos jurídicos de la imputación en el proceso penal acusatorio*. Bogotá D.C.: Leyer.
- Ramírez, M. F. (2009). El control de convencionalidad y el sistema colombiano. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 163-190.
- Ramírez, J. L. (2016). *Inferencia razonable, probabilidad de verdad y conocimiento más allá de toda duda razonable*. Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibañez.
- Roxin, C. (2010). *Derecho Penal Parte General Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Civitas, S.A.
- Saray Botero, N. (2017). *Procedimiento Penal Acusatorio*. Bogotá D.C.: Leyer Editores.
- Velásquez, F. V. (2017). *Fundamentos de Derecho Penal Parte General*. Ediciones Jurídicas Andrés Morales.