

# FUNDAMENTOS DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL COLOMBIANO

*Leonardo Fabián Cruz Bolívar\**

**Resumen:** La contribución se ocupa de analizar en concreto los principios que rigen la privación preventiva de la libertad en el procedimiento penal, desde el punto de vista constitucional, legal y de instrumentos internacionales, buscando armonizar los criterios que utilizan los jueces de garantías al momento de resolver la solicitud del fiscal en esta materia. El principio de proporcionalidad constitucional, los elementos desarrollados legalmente y los pronunciamientos del sistema interamericano de derechos humanos dan base a las interpretaciones que se proponen en el artículo, buscando proteger la libertad, sin renunciar a las necesidades básicas de la justicia y la sociedad que requieren un proceso penal eficiente y que responda a la realidad nacional.

**Palabras clave:** detención preventiva; principio de proporcionalidad constitucional aplicado al proceso penal; límites del juez para privar de la libertad.

---

\* Abogado, especialista en Derecho Penal y Criminología y magíster en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia. Candidato a doctor por la Universidad de León, España. Docente de Derecho Penal de la Universidad Externado de Colombia. Contacto: cruzbabogados@etb.net.co Fecha de recepción: 14 de noviembre de 2012, fecha de modificación: 4 de diciembre de 2012, fecha de aceptación: 17 de diciembre de 2012.

## FOUNDATIONS OF THE PREVENTIVE DETENTION IN THE COLOMBIAN CRIMINAL PROCESS

**Abstract:** This contribution attempt to analyze in a specific way, the principles that rule the criminal process preventive detention focused in a constitutional, legal and international regime sense, looking for a conceptualization of the judges criteria at the moment to decide the prosecutors claim in order to issue an arrest warrant. The constitutional principle of proportionality, the legal elements and decisions made for the interamerican system of human rights justice, build the foundations of the viewpoints expressed, looking for the freedom protection, with no resignation of the justice and society needs, and focused in an efficient criminal procedure that gives real answers to the Colombian particular situation.

**Keywords:** preventive detention; proportionality principle related to the criminal process; judge's legal and constitutional guidelines to issue a warrant in a criminal process.

El abordar el análisis de la privación de la libertad<sup>1</sup> en el vigente procedimiento penal involucra en primer término aspectos de orden constitucional, mientras que desde otra perspectiva se torna necesario encarar aspectos procedimentales más concretos al ocuparse de las facultades que otorga el ordenamiento a los jueces penales. Por lo anterior, si bien no es el objeto del presente estudio realizar un análisis pormenorizado de todas las variantes e implicaciones constitucionales que surgen de la afectación de dicho derecho fundamental en el proceso penal, se abordarán las diferentes variables a tener en cuenta, para que un juez de garantías quede legitimado para ejercer el principio de reserva judicial<sup>2</sup> privando de la libertad a una persona.

### 1. EL PRINCIPIO DE LIBERTAD PERSONAL EN EL PROCEDIMIENTO PENAL

De antaño se ha tratado de lograr que en la persecución penal la protección a la libertad no sea simple enunciación formal, y se ha tenido como constante objetivo limitar el uso judicial de la detención<sup>3</sup>. En tiempos más recientes la libertad en el entorno del proceso

1 Incluso, resulta arduo definir el concepto de “libertad personal” puesto que este tiene una amplia extensión en el ordenamiento, como lo hace explícito CIFUENTES MUÑOZ. “Libertad personal”, en *Ius et Praxis*, p. 122. De otro lado, como lo indica SANGUINÉ, la privación de la libertad afecta muchos otros derechos fundamentales como la intimidad, el ámbito familiar y el relacionado indirectamente con la libertad ambulatoria: *Prisión provisional y derechos fundamentales*, p. 74, 2003.

2 El principio de reserva judicial ha sido ampliamente desarrollado por la jurisprudencia constitucional colombiana, y en la doctrina, por solo citar un ejemplo, por BERNAL y MONTEALEGRE. *El proceso penal*, 5ª ed., p. 154.

3 En la doctrina colombiana, a título de ejemplo, Londoño Jiménez, entre otros, planteaba: “La libertad

penal ha tenido una nueva visión y amplitud desde la Constitución Política de 1991, donde conceptualmente sobresale el triple carácter de la libertad en el ordenamiento al ser entendida como valor, principio y derecho<sup>4</sup>.

A pesar de este rango superior, existe simultáneamente en el ordenamiento la posibilidad de que dentro del proceso penal se restrinja el derecho fundamental a la libertad de las personas de manera preventiva. En este sentido, es ampliamente reconocido que, por más garantismo que se quiera admitir en el orden jurídico, la privación de la libertad en casos puntuales y excepcionales termina siendo admisible para la correcta administración de justicia<sup>5</sup>; esto, se insiste, a pesar de que la privación de la libertad idealmente concebida solo sería viable con fundamento en la sentencia condenatoria ejecutoriada y siempre que no proceda el otorgamiento del subrogado penal consagrado en el artículo 63 CP.

No se discute hoy el carácter preponderante de la libertad personal en el ordenamiento jurídico, que lleva al ser humano a mantener un saldo a favor frente a cualquier conflicto de orden formal o interpretativo que surja al interior de un proceso penal<sup>6</sup>, lo que lleva a que incluso pueda mantenerse incólume cuando entra en conflicto frente a afectaciones de derechos de menor entidad<sup>7</sup>. En esta misma línea de pensamiento se debe

---

individual de toda persona sometida a un proceso penal, debe mantenerse al máximo, respetarse en grado sumo, protegerse por parte de los funcionarios que en un momento dado puedan restringirla. Por eso podemos afirmar que si bien es cierto que el código de procedimiento penal es un instrumento jurídico que traza pautas para el esclarecimiento del hecho punible –la individualización de su autor, autores y partícipes, la determinación de la respectiva responsabilidad penal–, también es cierto que debe considerarse como un vigoroso estatuto legal protector de las libertades individuales, escudo de la seguridad personal y fuente de muchos y muy sagrados derechos del hombre que es sometido a un proceso penal”: LONDOÑO JIMÉNEZ. *Derecho Procesal Penal*, 1982, p. 39.

- 4 Tras este trípode existe todo un desarrollo jurisprudencial, que confluye en la sentencia C-879 de 2011. Para BERNAL y MONTEALEGRE el principio de libertad tiene la doble connotación de principio y de derecho: *El proceso penal*, cit.
- 5 Indica sobre este punto ROXIN: “entre las medidas que aseguran el procedimiento, la prisión preventiva es la injerencia más grave en la libertad individual; por otra parte, ella es indispensable en algunos casos para una administración de justicia penal eficiente”: *Derecho Procesal Penal*, p. 257. De otro lado, GIMENO SENDRA, MORENO CATENA y CORTÉS DOMÍNGUEZ advierten también, en un sentido similar, que “si el juicio oral pudiera realizarse el mismo día de la incoación del procedimiento penal [...] no sería necesario disponer a lo largo del procedimiento medida cautelar alguna”: *Derecho Procesal*, p. 335. En nuestro medio existen posturas que consideran inadmisibles constitucionalmente el aseguramiento preventivo por privación de la libertad, como en el caso de CAMILO SAMPEDRO ARRUBLA, quien considera que la detención no resiste análisis frente al principio constitucional de presunción de inocencia: en *XXIV Jornadas Internacionales de Derecho Penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012, pp. 292 y 296, entre otras.
- 6 Adicional a lo que se indicará en referencia al caso concreto de las medidas de aseguramiento, el procedimiento penal muestra la “preponderancia” de la libertad en relación con instituciones como la del *habeas corpus*, las libertades por vencimiento de términos, etc.
- 7 Como ejemplo de lo dicho está el que en algunos delitos, por ejemplo, los de injuria o calumnia, que atentan contra el honor de las personas, que es sin duda un derecho fundamental reconocido por la

reafirmar que las autoridades de la República tienen la función de que esa libertad sea la *constante* que consagra la Carta Política. Las autoridades públicas, en principio, se encuentran instituidas para mantener ese *status quo* del ser humano, no para limitarlo o eliminarlo total o parcialmente. Así pues, la libertad es un estado natural del ser humano que no puede ser limitado salvo que se ejerzan las atribuciones constitucionales entregadas excepcionalmente a las autoridades públicas, y además estas han venido mostrando nuevos contenidos a partir de la vigencia de la Constitución de 1991, del Acto Legislativo 02 de 2004, del bloque de constitucionalidad y de la normatividad específica del sistema penal acusatorio.

De lo expuesto emerge hoy que tanto el régimen de la captura como el de las medidas de aseguramiento han tenido sustanciales modificaciones que van mucho más allá de lo formal, y que ante el paulatino asentamiento del sistema penal acusatorio, se van haciendo más relevantes los conflictos entre el derecho fundamental a la libertad y la intervención que sobre ella realiza el Estado a iniciativa de la Fiscalía y la resolución del conflicto por medio del juez de garantías, o incluso, como lo ha dispuesto la Ley 1453 de 2012, mediando activamente la intervención de la víctima.

Cualquier análisis acerca de la libertad en el procedimiento penal debe partir del artículo 28 de la Constitución en la dimensión que se ha entendido por la Corte Constitucional, es decir, como principio, derecho y valor constitucional. En la señalada disposición superior se estatuye un imperativo: “Toda persona es libre...”. Este enunciado lleva implícito un mensaje al Código del Procedimiento Penal, como ley, y al sistema penal en general: está advirtiendo la Constitución que detener a una persona es un hecho de máxima preocupación constitucional, pues comporta la afectación de un derecho fundamental, de un principio que debe mantenerse en el Estado Social, y de un valor que ha de ser defendido por las autoridades. Al lado del artículo 28 indicado, el llamado bloque de constitucionalidad refuerza cualquier aspecto que pueda ser considerado como insuficiente, mediante los tratados de derechos humanos suscritos por Colombia. En concreto, el desarrollo que la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han dado a los tratados es hoy una fuente cada vez menos anecdótica y de más envergadura en nuestra realidad jurídica<sup>8</sup>.

---

Constitución y los tratados internacionales, el procesado, salvo casos muy extremos, no será privado de la libertad, muy probablemente, aun en el caso de que se emita un fallo condenatorio en su contra. En esa ponderación del legislador prevalece la libertad del autor del hecho, por encima de la ofensa al honor y de las necesidades del procedimiento judicial que se sigue a la comisión de un delito de estas características.

- 8 Entre otros, sobresalen como instrumentos internacionales: la Convención Interamericana de Derechos Humanos, conocida como “Pacto de San José de Costa Rica”, Ley 16 de 1972, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles, Ley 74 de 1968, ley en la que se aprobó también un protocolo facultativo. Un aspecto importante en relación con la Convención Interamericana es el reconocimiento de competencia que hizo el Estado colombiano en 1985. Otro referente se encuentra en las conocidas como “Reglas de Mallorca”, que son en esencia principios mínimos para la Administración de Justicia Penal, desarrolladas por la Organización de las Naciones Unidas y que fueran tenidas en cuenta por la Corte Constitucional

La mencionada estructura constitucional se ha dinamizado en el plano de la ley a partir del artículo 2° CPP, cuando bajo el enunciado de un principio rector la Ley 906 de 2004 hace unas específicas exigencias *para todo estado de privación de la libertad*, concretando así la prevalencia de la libertad como exigencia constitucional y la posibilidad de revocatoria de la privación preventiva.

## 2. LA POSIBILIDAD DE PRIVAR DE LA LIBERTAD

La contrapartida jurídica que permite la limitación del derecho a la libertad se encuentra en la propia Constitución, partiendo del mismo artículo 28 en su inciso 2°, y en el 32 cuando se refiere a la captura en flagrancia. Más en concreto, el artículo 250 numeral 1 otorga dinamismo a las facultades de detención cuando faculta al fiscal general o a su delegado a solicitar al juez las medidas para que el procesado comparezca ante la justicia; dentro de estas facultades sobresale especialmente la solicitud de privación de la libertad<sup>9</sup>.

La norma fundamental permite la privación de la libertad de una persona en Colombia, previo el análisis de la necesidad de comparecencia, protección probatoria y protección de la comunidad y las víctimas. El artículo 250 superior traza la definición de las reglas del procedimiento de privación de libertad actual y ha brindado un mejor entendimiento de la dimensión de este principio frente al ordenamiento punitivo<sup>10</sup>. De esta manera la Constitución Política y su desarrollo en este aspecto, el Código de Procedimiento Penal, *no solo consolidan los criterios para emitir una orden de captura, sino que dan estructura a imperativos generales para cualquier forma legítima de privación de la libertad provisional de una persona, exceptuando solo algunas hipótesis en las que el ordenamiento omite el análisis indicado en casos diferentes al desarrollo del proceso penal*<sup>11</sup>.

---

en el fallo 1198 de 2008, precisamente en el análisis referido a la privación de la libertad, en relación con la Ley 142 de 2007.

- 9 Aunque es verdad, como lo anota SAMPEDRO, que la facultad de asegurar no puede ser tratada como sinónimo de facultad de detener, y precisamente esa posibilidad de asegurar al imputado solo excepcionalmente es el cometido del principio de proporcionalidad, entendido como una figura instrumental para el respeto de los derechos fundamentales: cfr. ob. cit., p. 293.
- 10 En este nuevo entendimiento, salta a la vista el conflicto entre los embates mediáticos, por esencia facilistas y sin perspectivas reales de justicia, a pesar de los cuales se han mantenido en algunos casos los parámetros de privación de la libertad respetando los presupuestos de este derecho fundamental; aunque, de otro lado, no han faltado las audiencias grandilocuentes y sensacionalistas que ningún bien le han dejado a la justicia, y por el contrario han generado una peligrosa mediatización de las decisiones judiciales que tienen más el tinte de linchamiento anticipado que de decisión sobre una medida preliminar basada en criterios constitucionales y legales definidos.
- 11 Tal sería el caso de la captura con fines de extradición, que se desarrolla en el artículo 528 CPP el cual establece que el Fiscal General de la Nación decretará la captura de la persona requerida mediando la solicitud del Estado requirente y el requisito formal de la emisión de una sentencia condenatoria, acu-

Por ello, se llega a un principio general que hoy tiene un indiscutible carácter vinculante, consistente en que al interior del proceso penal no habrá privación de la libertad que no sea fundada en el análisis de la necesidad de la comparecencia de la persona al juicio, sin el examen de la posibilidad de que la persona altere la prueba, o sin un estudio a fondo que permita inferir que la persona puede llegar a repetir comportamientos que afecten a la comunidad o las víctimas<sup>12</sup>. Mas estos requisitos son posteriores al primer límite constitucional de la privación de la libertad, que es en esencia la aplicación del principio de proporcionalidad.

La estructura interna de toda orden de afectación de la libertad en el ámbito judicial que se desarrolla en el proceso penal apunta hacia un análisis de sus fines constitucionales. En este preciso punto debe advertirse un aspecto de relieve, y es que este enfoque no solo ha impregnado a la medida de aseguramiento, como acto razonado del funcionario judicial que existe desde hace tiempo en nuestra legislación, sino que ha arribado ese análisis teleológico a la orden de captura emitida por el juez de garantías, que antaño no consultaba sino requisitos de “pleno derecho”: así en el caso de la temible “captura para indagatoria”, la cual se cumplía con la sola constatación de que el delito por el que se procedía era, por ejemplo, de competencia de los jueces especializados, supuesto en el que podía emitirse una orden con independencia de la determinación de sus fines. Esta modalidad de captura es hoy inconstitucional, pues no existe un fundamento superior que la respalde<sup>13</sup>.

En el actual sistema, que además se erige sobre la exigencia de una captura rogada, salvo el caso de las capturas excepcional y en flagrancia, que a su vez tienen control posterior, esta situación tiene como efecto que el fiscal *debe*, al momento de solicitar la privación de la libertad, argumentar de forma suficiente en lo que concierne a desarrollar el principio de proporcionalidad demostrando la adecuación, idoneidad y pro-

---

sación o equivalente, etc. Esta modalidad de captura fue declarada constitucional por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-700 en donde analizó ampliamente el desarrollo de esa particular forma de privación de la libertad.

- 12 No implica lo dicho que, con anterioridad, al interior de los procesos penales no se hubiese desarrollado ya lo relativo a los fines. Concretamente, frente al Código de 2000, el artículo 355 establecía: “la medida de aseguramiento procederá para garantizar la comparecencia del sindicado al proceso, la ejecución de la pena privativa de la libertad, o impedir su fuga o la continuación de la actividad delictual o las labores que emprenda para ocultar, destruir o deformar elementos probatorios importantes para la instrucción, o entorpecer la actividad probatoria”. En la doctrina, BERNAL y MONTEALEGRE. *El proceso penal*, cit., p. 223, 4ª ed., analizaban, con base en el Código de Procedimiento Penal de 2000, la problemática en torno a los fines, a partir del desarrollo de la norma procesal, tomando como base tanto ordenamientos europeos como latinoamericanos, lo que permitía plantear ya para ese momento que la necesidad de comparecencia, la protección probatoria y la protección a las víctimas necesariamente debería analizarse por parte del juez. En materia jurisprudencial, sobresale como inicio de este movimiento la sentencia C-034 de 2000, en la que comienza a consolidarse el criterio de medida de aseguramiento fundamentada en fines estrictamente procesales.
- 13 Lo insólito es que dicha clase de órdenes surgidas en procesos de la Ley 600 de 2000 se haya ejecutado en procesos aún en vigencia de la Constitución de 1991 y del Acto Legislativo 02 de 2004.

porcionalidad concreta de la medida; para de allí derivar en concreto alguno de los tres elementos exigidos por la Constitución y la ley, esto es, la necesidad de comparecencia, el riesgo probatorio o la afectación a la comunidad y la víctima. De no hacerse así, la orden puede ser denegada por el juez con fundamento en que no están acreditados de parte del ente acusador los requisitos mínimos para fundamentar una injerencia en el derecho fundamental a la libertad.

Lo anterior muestra que el sistema procesal penal se ha movido paulatinamente hacia una concepción de la privación de la libertad con una sistemática exigente que establece que el fiscal tiene la carga argumentativa frente a las exigencias de los artículos 250 numeral 1 superior y 2° de la Ley 906 de 2004; y en donde el juez, como garante de la libertad en su dimensión de derecho constitucional, tiene la competencia privativa, basada en el principio de reserva judicial, para decidir sobre la afectación del derecho a instancias del convencimiento que respecto de esta situación le debe proveer el fiscal; aspectos estos que desembocan en los artículos, 295, 296 de la Ley 906 de 2004.

### **3. PRINCIPIOS A TENER EN CUENTA COMO LIMITANTES EN EL EJERCICIO DE LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD**

De todo el trasfondo constitucional, internacional y legal indicado, se tiene que la principal limitante de la injerencia procesal penal en la libertad personal se encuentra en el sistema de derechos fundamentales que emana de las estructuras normativas antes mencionadas, las que a su vez constituyen el reflejo de la ideología más o menos garantista del Estado en cuanto a la protección de los derechos fundamentales. Este argumento ha llevado a pensar que existe una relación estrecha entre la regulación de la detención preventiva y el grado de democracia de un Estado<sup>14</sup>.

Desde otra perspectiva, la instrumental, tenemos que la posibilidad de hacer realidad todos estos derechos fundamentales, y más concretamente la libertad personal, frente a la posible intervención del Estado, hoy se dinamiza mediante el principio de proporcionalidad constitucional<sup>15</sup>; mientras que, de conformidad con la ley procesal, surgen en plena conjunción con este principio los de excepcionalidad e interpretación restrictiva, según lo estatuido por los artículos 295 y 296 CPP.

Así, cabe afirmar hoy que todo el entorno de la privación de la libertad está “acorralado” por un entorno constitucionalizado que busca que este derecho fundamental no pueda ser objeto de injerencia por fuera de los estrictos límites que la Carta Política y su

---

14 SANGUINE, ODOÑO. *Prisión provisional y derechos fundamentales*, 2003, p. 31, atribuye la cita a ASENCIO MELLADO. *La prisión provisional*, 1987, p. 26.

15 Así se ha entendido también respecto del régimen procesal penal español cuando, en concreto sobre la detención, se ha dicho: “Al incidir sobre uno de los derechos fundamentales más preciados, la detención está sometida al principio de proporcionalidad”: GIMENO SENDRA, p. 340.

desarrollo jurisprudencial han hecho en las últimas décadas en nuestro país. En lo que sigue se desarrolla una aproximación a ese entorno con el fin de brindar instrumentos útiles en la discusión sobre la privación de la libertad en nuestro medio.

### A. Principios de primer nivel

Se les denomina “de primer nivel” pues son directa consecuencia del círculo constitucional aplicable a cualquier intervención del Estado en un derecho fundamental<sup>16</sup>. Al respecto ya se ha sostenido atrás que el artículo 2º CPP inicia el camino de la concreción de los derechos fundamentales para evitar cualquier desbordamiento en el ejercicio de la privación de la libertad, y a él se une el artículo 295 que reafirma en un plano metodológico qué criterios debe utilizar el juez de garantías para determinar cualquier tipo de privación de la libertad. En primer lugar está el carácter excepcional, en segundo término la interpretación restrictiva, y, finalmente, se tiene la invocación del principio de proporcionalidad, con el uso de la expresión: *Todo estado de privación de la libertad tiene que ser necesario, adecuado, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales*.

#### i. *La interpretación restrictiva y la aplicación excepcional de la restricción a libertad*

##### a. La excepcionalidad

El Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, desarrolla en diversas normas de un alto contenido sustancial lo relativo a las exigencias para la privación de la libertad. De acuerdo con esta comprensión, las normas que tratan de la restricción del derecho fundamental no pueden ser consideradas como una regla general para todos los casos, sino que siempre debe ser, dentro del abanico de posibilidades existentes para lograr los fines de un proceso penal, “la última opción que seleccione el operador jurídico”<sup>17</sup>.

Son muchas las fuentes que permiten tomar en cuenta este aspecto, entre ellas, de manera sobresaliente, en primer lugar el artículo 28 constitucional que, como se analizó, impone una afirmación a cualquier sector del ordenamiento: “toda persona es libre”, lo

16 APONTE desarrolló desde tiempo atrás, al inicio del sistema acusatorio, la idea de que los artículos 295 y 296 de la Ley 906 de 2004 se encuentran en la senda de la conexión constitucional del principio de proporcionalidad con el entramado interno de la privación de libertad en el proceso penal: cfr. APONTE, ALEJANDRO. “Captura y medidas de aseguramiento: El régimen de libertad en la nueva estructura procesal penal en Colombia”, p. 36.

17 BERNAL y MONTEALEGRE. *El proceso penal*, cit. En la doctrina internacional se reconoce también con frecuencia el principio de excepcionalidad, y se ha desarrollado tanto en el Tribunal Constitucional español como en la doctrina de ese país, de la que se puede citar: “para la adopción de la medida cautelar ha de partirse de que la situación normal del sometido al proceso penal ha de ser la plena libertad y [el] pleno disfrute de sus derechos; por ello, será excepcional la adopción de medidas cautelares”: DEL LAMO RUBIO y otros. “El proceso penal”, p. 421.



cual constituye una premisa general del ordenamiento, es decir un principio, luego toda variación de esa situación debe entenderse como excepcional. Aunado a lo anterior, la doctrina ha elaborado otra interpretación igualmente válida, con fundamento en la cual la excepcionalidad de la privación de la libertad está fundamentada en una combinación entre el derecho a la libertad ambulatoria y la presunción de inocencia<sup>18</sup>; a lo que corresponde agregar que son variados los instrumentos internacionales ratificados por Colombia que fundamentan la excepcionalidad<sup>19</sup>: así, a título de ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su apartado 9.3<sup>20</sup>.

En la doctrina internacional se reconoce ampliamente este principio de excepcionalidad, derivado tanto de la prevalencia del principio de libertad como del ordenamiento internacional de los derechos humanos en su vertiente europea, normalmente coincidente con las posturas interamericanas. Adicional a lo anterior, según la doctrina invocada este principio de excepcionalidad explica también el subsiguiente de interpretación restrictiva<sup>21</sup>.

#### b. La interpretación restrictiva

El carácter restrictivo significa que no pueden hacerse analogías *in malam partem*, dirigidas a fundamentar la privación de la libertad<sup>22</sup>.

Un ejemplo importante de la dinámica de la interpretación restrictiva se encuentra en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, cuando recién entraba en vigencia el actual sistema procesal y se hizo necesario enfrentar la contradicción entre los artículos 313 y 315 de la Ley 906 de 2004 originaria<sup>23</sup>, que regulan las medidas de aseguramiento

---

18 BIGLIANI y BOVINO, quienes se fundamentan en cita de Maier (*Derecho Procesal Penal*), en *Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano*, p. 36.

19 Ubica también la excepcionalidad desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, GONZÁLEZ NAVARRO. *La detención preventiva en el procedimiento penal acusatorio*, 2009, p. 455.

20 En armonía con todo lo citado, APONTE plantea la excepcionalidad como un imperativo, al indicar que “la restricción de la libertad tiene que ser siempre excepcional”: “Captura y medidas de aseguramiento”, cit., p. 35.

21 SANGUINE. *Prisión provisional y derechos fundamentales*, cit., p. 379.

22 En la doctrina nacional, ANTONIO LUIS NAVARRO enfoca la restrictividad como una emanación del principio *pro homine*, el cual a su vez conecta con los subprincipios de la proporcionalidad: *La detención preventiva en el proceso penal acusatorio*.

23 No está de más recordar que el punto de examen en dicho fallo surge con fundamento en la aplicación del principio de favorabilidad procesal, ya que la Sala Penal de la Corte Suprema estaba conociendo de los hechos por el régimen de la Ley 600 de 2000. En el aparte pertinente indicó la sentencia en relación con el artículo 295: “Esta norma entrega herramientas de suma importancia para concluir que, por ejemplo, situaciones en las que se llegue a la conclusión motivada, justificada y, especialmente, razonable acerca de qué pasajes legales puedan ser oscuros o contradictorios, es necesario que se interpreten de manera restrictiva”: auto de 10 de octubre de 2006.

privativas y no privativas de la libertad respectivamente. En tal episodio, la Sala Penal realizó un primer desarrollo de la interpretación restrictiva siguiendo un análisis de las ideas fundamentales que dan sentido a toda la privación de la libertad en la Ley 906, dando una interesante proyección a los artículos 295 y 296, al posicionarlos como guía fundamental para determinar cualquier antinomia o situación oscura dentro de la ley procesal. Dicho razonamiento concluyó en que ante la posible contradicción de dos normas en materia de restricción de la libertad prevalece aquella más beneficiosa para la libertad de la persona.

Esta decisión de la Corte marcó un importante hito en el asentamiento de los principios orientadores establecidos en los dos artículos antes mencionados, que resultan un puente o hilo conductor entre los derechos constitucionales y legales admitidos y la aplicación concreta de la limitación a la libertad que se deberá hacer en el día a día de la justicia, para mantener dicha privación en su más alto nivel de excepcionalidad y subsidiariedad al interior del procedimiento penal.

ii. *El principio de proporcionalidad: necesidad, adecuación, proporcionalidad concreta y razonabilidad*

Esta enunciación corresponde a los llamados subprincipios del principio de proporcionalidad<sup>24</sup>; mientras que la razonabilidad puede ser abordada desde diversas perspectivas: en cuanto principio general que se confunde con el principio mismo de proporcionalidad<sup>25</sup> o, ampliamente, en cuanto evitación de la arbitrariedad, en cuanto contrapartida de lo irreflexivo o impulsivo<sup>26</sup>, e incluso en cuanto una parte del juicio de idoneidad, tal como lo entiende BERNAL PULIDO<sup>27</sup>, o también, según lo plantea otro sector de la doctrina más enfocada hacia el procedimiento penal, en el sentido de que el principio mencionado es en esencia prohibición de exceso, lo que es completamente coincidente con la postura del autor antes citado<sup>28</sup>.

En lo que se refiere concretamente al principio de proporcionalidad, debido a la amplitud del tema, resulta especialmente complejo analizar su total implicación frente

24 La doctrina contemporánea así lo reconoce. Cfr., por todos, BERNAL PULIDO, CARLOS. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, pp. 37, 688 y ss., y AGUADO CORREA, TERESA. *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*, pp. 111 y ss.

25 Así lo muestra MARÍA DEL CAMINO VIDAL FUEYO en un interesante análisis sobre los orígenes de la aplicación de principio de proporcionalidad en España titulado “El principio de proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad de la actividad del juez”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2005; disponible en la Biblioteca Jurídica Virtual de la UAM: [http://www.juridicas.unam.mx].

26 César LONDOÑO AYALA enuncia diversos criterios a analizar, siguiendo la tendencia predominante de la doctrina actual que desarrolla diversos criterios para dar fundamento a la razonabilidad: “Principio de proporcionalidad en el derecho procesal penal”, pp. 69-71.

27 *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 691.

28 BIGLIANI y BOVINO. *Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano*, cit., p. 54

a la privación de la libertad, y ello aun sin perder de vista que en su esencia no está concebido el indicado principio para que un juez resuelva casos concretos de intervención del Estado en los derechos fundamentales, habiendo surgido de los criterios que debían tener en cuenta los tribunales constitucionales para confrontar con la Constitución las normas que disponían la intromisión del Estado en ciertos derechos, no solo los fundamentales. En la actualidad se hace evidente un amplio tratamiento de este principio; pero no por ello puede decirse que está total y pacíficamente desarrollado el concepto de proporcionalidad en el ámbito de aplicación de la ley a casos concretos; considero que esta práctica de invocar la proporcionalidad para hechos ocurridos en una hipótesis fáctica y frente a un ciudadano concreto no deja de estar aún en desarrollo<sup>29</sup>. De otro lado, como lo indica LONDOÑO, en realidad el principio de proporcionalidad debe ser enfocado a la totalidad del proceso penal y a su efecto, la pena, y no solo a una parte de él<sup>30</sup>.

A pesar de estas variadas posibilidades, lo cierto es que este principio viene gestándose y evolucionando desde las propias raíces del ordenamiento constitucional, y sobre él encontramos una gran cantidad de referencias jurídicas de amplísimas fuentes. En efecto, en cuanto principios del constitucionalismo actual, la proporcionalidad y la razonabilidad son base para todo el ordenamiento<sup>31</sup>, llegando lentamente al derecho penal, del cual perfectamente pudo haber partido<sup>32</sup>, y siendo su desarrollo de gran extensión<sup>33</sup>, si se tiene en cuenta que se aplica a toda medida limitadora de derechos fundamentales. En cualquier caso la doctrina, ya a mediados de los años noventa del siglo XX, vaticinaba el papel protagónico del principio de proporcionalidad en el ámbito general de las medidas restrictivas al interior del proceso penal<sup>34</sup>. Por ello nos centraremos en la aplicación concreta de los principios, más que en su desarrollo teórico constitucional que, sin duda, sería una tarea completamente diferente a la aquí propuesta.

Baste decir entonces a este respecto, frente a la Ley 906 de 2004, que mediante el artículo 295 ha recurrido abiertamente al principio de proporcionalidad, el cual ha tenido

---

29 Se aborda esta situación por AGUADO CORREA, ob. cit., pp. 105 y ss. De otra parte, BERNAL y MONTEALEGRE plantean que en la adopción de medidas el juez de garantías debe realizar el test de proporcionalidad cuando la Fiscalía afecte derechos fundamentales: *El proceso penal*, 4ª ed., pp. 35 y 161.

30 LONDOÑO AYALA. *Principio de proporcionalidad en el derecho procesal penal*, cit., p. 59.

31 Así lo reconoce LONDOÑO AYALA, ob. cit., p. 57.

32 Esto en referencia a la eterna obra de BECCARIA, *De los delitos y las penas*, en donde este propuso la proporcionalidad de la pena en momentos en que ello era algo innovador: cfr., allí, cap. 6.

33 La proporcionalidad comienza a hacerse visible en nuestra tradición jurídica hacia mediados de los años noventa, luego de un amplísimo desarrollo en el ámbito europeo: cfr. VIDAL FUEYO, ob. cit.

34 FIGUEROA DÍAS, "Una perspectiva funcional teleológica sobre las medidas cautelares en el proceso penal", en *Derecho Penal y Criminología*, Universidad Externado de Colombia, n.º 57/58, 1995/1996. Sobresale en su artículo la siguiente cita: "¿No es verdad –se puede concluir– que, de este modo, la última palabra en la materia ha de pertenecer a principios como los de adecuación o proporcionalidad, de necesidad y de subsidiariedad, de concordancia práctica y de preservación del núcleo fundamental de los derechos fundamentales?" (pp. 182 y 183).

cierto desarrollo tanto en nuestro país como en diferentes sistemas afines al nuestro. Este principio en general se ha basado en fuentes del Derecho Constitucional alemán, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y en general la doctrina iusconstitucional. En lo que se refiere al Derecho Penal y Procesal Penal, el principio de proporcionalidad ha tenido importante desarrollo en Europa. En Colombia, si bien se desarrolló de forma no muy uniforme desde los primeros pasos de la Constitución de 1991, tal como lo expone LOPERA<sup>35</sup>, a comienzos del siglo XXI se consolida el principio, sobresaliendo en esa evolución inicial el fallo C-093 de 2001 y más tarde el C-022 de 2006 como referentes<sup>36</sup> de importancia<sup>37</sup>.

De esta manera, y con las salvedades mencionadas, era de esperarse que la Ley 906 de 2004 estuviera más cercana al principio de proporcionalidad, pues en diferentes fuentes de Derecho, tanto en la ley como en la jurisprudencia y la doctrina, se había ya consolidado la aplicación del principio en cuanto a la limitación de derechos fundamentales, y de alguna manera así lo reconoce la sentencia C-591 de 2005, que expresamente analiza la aplicación de la proporcionalidad en relación con la actividad del juez de garantías.

Toda esta transformación a la que se viene haciendo referencia muestra la inclusión legal del principio de proporcionalidad de la misma forma como se ha venido asentando en varios de los esquemas de privación de la libertad de los países democráticos; e incluso resulta esencial resaltar que el principio está instituido, insistiendo en lo mencionado líneas atrás, no solo respecto de este derecho fundamental, lo cual sería en sí algo contradictorio, sino en lo que concierne a todas las intromisiones que afectan al individuo y para las cuales excepcionalmente se autoriza a las autoridades públicas en general. Como indica AGUADO CORREA refiriéndose a la proporcionalidad, “se trata de requisitos intrínsecos de toda medida procesal penal restrictiva de derechos fundamentales”<sup>38</sup>.

De lo dicho hasta ahora surge, en consecuencia, que el principio de proporcionalidad resulta el instrumento operativo fundamental para la legitimación de la privación de la libertad en nuestro ordenamiento, y que su estudio resulta obligado<sup>39</sup>, o, como lo menciona SANGUINÉ, es presupuesto, criterio interpretativo y límite de la prisión provisio-

---

35 LOPERA, PATRICIA. *Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales. Una comparación entre las experiencias de Chile y Colombia*, pp. 128 y ss. Aunque su aporte más extenso sobre el tema está contenido en *Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control constitucional de las leyes penales*, 2006.

36 Citada por PEDRAZA JAIMES, MIGUEL, 2010, p. 13.

37 LONDOÑO AYALA enuncia también su propia evolución mencionando diversos fallos de la Corte Constitucional colombiana: *Principio de proporcionalidad y proceso penal*, cit., pp. 283-287.

38 AGUADO CORREA. *El principio de proporcionalidad*, cit., p. 97.

39 Así lo indica la doctrina mayoritaria: cfr. BERNAL y MONTEALEGRE, ob. cit., cita 20, y PEDRAZA JAIMES, ob. cit., p. 14. En la doctrina internacional sobresale ROXIN. *Derecho Procesal Penal*, pp. 258 y 263.

nal<sup>40</sup>. Adicional a lo anterior, debe tenerse presente que el ordenamiento internacional hace imperativo el recurrir a este principio por vía del bloque de constitucionalidad<sup>41</sup>.

Pero en lo que se refiere concretamente al análisis que se propone, resulta necesario dejar de lado aspectos no del todo claros de nuestra legislación, como el referido a si es un acierto del legislador enunciar expresamente en la ley principios que parecen más de perfil jurisprudencial que legal, o el atinente a si fue acertado incluirlos exclusivamente en desarrollo de la limitación a la libertad y no frente a cualquier limitación de los derechos fundamentales en el proceso penal<sup>42</sup>, de acuerdo con lo que es en realidad, como se viene insistiendo, la esencia y ubicación del principio de proporcionalidad<sup>43</sup>.

Lo que termina siendo tangible es que el artículo 295 pretende plantear la vigencia del principio de proporcionalidad, y que este viene siendo una importante herramienta desarrollada a nivel nacional por la jurisprudencia de la Corte Constitucional<sup>44</sup>.

Planteados estos aspectos introductorios sobre los principios que rigen la privación de la libertad, es necesario analizar en concreto cada uno de los elementos enunciados por la ley en relación con el principio de proporcionalidad, que debe deslindarse de las restricciones a la libertad emitidas como consecuencia de una sentencia condenatoria, las cuales, al estar basadas en un fallo definitivo, corresponden tanto procesal como sustancialmente a instituciones diferenciadas mas no por ello excluyentes, esto en la medida que tanto la privación de la libertad como consecuencia de una medida de aseguramiento, como aquella que se origina en un fallo, son básicamente intromisiones del Estado en el derecho fundamental enunciado, y por ello existen aspectos comunes<sup>45</sup>.

---

40 SANGUINÉ. *Prisión provisional y derechos fundamentales*, cit.

41 En el caso “López Alvares vs. Honduras” se manifestó por la Corte Interamericana (1º de febrero de 2006): “la detención preventiva está limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática”.

42 El principio de proporcionalidad debe aplicarse como límite constitucional en allanamientos, interceptación de comunicaciones, inspecciones corporales y toma de muestras a personas, así como en toda clase de situaciones en que se afecten derechos, incluso no fundamentales, de las personas, luego no es un acierto del legislador hacer el enunciado solo en materia de libertad, pues el mensaje es equivocado. Pero en realidad el carácter acaso ya universal del principio de proporcionalidad obvia estos frecuentes desaciertos del legislador colombiano, y el principio debe hacerse presente en toda intervención relevante con independencia de las formulaciones legales. Al respecto AGUADO CORREA. *El principio de proporcionalidad*, cit., p. 94. En el mismo sentido, cfr. LONDOÑO AYALA, ob. cit.

43 El principio de proporcionalidad no suele estar enunciado en los textos legales, ni siquiera en las constituciones, luego nuestra normatividad no deja de ser un tanto exótica al incluir las expresiones concretas del principio en pleno Código de Procedimiento.

44 Las sentencias C-417 de 2009 y C-575 del mismo año son tenidas en cuenta como punto de referencia concreto sobre el desarrollo más específico y determinante de la proporcionalidad constitucional, considerando que ambos fallos surgen del ámbito de la ley penal aunque no precisamente del concreto desarrollo de las medidas de aseguramiento.

45 Sobre este claro paralelismo entre la privación de la libertad como pena y como medida de seguridad

iii. *El principio de proporcionalidad y su dinámica en la privación de la libertad. Los subprincipios en el procedimiento penal*

a. La adecuación o idoneidad

La denominación es aceptada en cualquiera de las dos versiones en la doctrina<sup>46</sup>, y pretende que toda intervención en los derechos fundamentales debe ser aceptable, efectiva o concebida, cuando menos, para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo<sup>47</sup>.

Aquí surge la necesidad de sistematizar, como lo ha hecho la Ley 906 de 2004, en el sentido de reiterar y dar desarrollo legal al supuesto de que los fines legítimos son básicamente los contenidos en el artículo 250 numeral 1 superior; es decir, que la medida de aseguramiento ha de observar la necesidad de comparecencia, la protección probatoria y la protección de la comunidad y en especial de las víctimas. Lo anterior no debe conducir a que estos fines se analicen de forma aislada respecto de lo que se suele conocer como la “parte dogmática de la Constitución”, pues ello sería una contradicción manifiesta que llevaría a que en un caso concreto, para perseguir uno de los tres fines antes mencionados, se violentara alguno de los derechos intangibles enunciados por la Carta Política, tales como la dignidad, la integridad personal o cualquier otro<sup>48</sup>.

Desde luego, la búsqueda de los fines constitucionales legítimos debe entenderse sobre las bases de un amplio sistema democrático en el que prevalecen los derechos fundamentales y en el cual los diferentes instrumentos del Estado han de estar acordes con la prevalencia de aquellos. El anterior razonamiento no lleva necesariamente a que toda limitación de derechos tenga que justificarse para hacer prevalecer otro derecho fundamental<sup>49</sup>, pues ello dejaría sin justificación constitucional la necesidad del Estado

---

puede citarse como ejemplo el artículo 3º del Código Penal, Ley 599 de 2000, al indicar que las sanciones penales obedecen a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad.

46 BERNAL PULIDO. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 689.

47 *Ibíd.* Esta definición supone un extenso análisis, pues se exigen diversos elementos para su concreción, por ejemplo para determinar si ese fin legítimo realmente es tal, y el grado de idoneidad para conseguir la finalidad, etc. De otro lado, algunos mencionan circunstancias especiales, como que las injerencias garanticen un éxito adecuado en lo cualitativo y cuantitativo frente a las injerencias procesales. Cfr. AGUADO CORREA. *El principio de proporcionalidad*, cit., p. 97.

48 BERNAL y MONTEALEGRE. *El proceso penal*, 4ª ed., cit., p. 28.

49 En este aparte se suele ubicar a RAWLS, cuando afirma que “la libertad solo puede ser restringida por causa de la propia libertad”, tal como lo hace BERNAL PULIDO, *ob. cit.*, p. 692. Sin embargo es necesario tener en cuenta que realmente los constitucionalistas no llegan a las orillas del proceso penal para analizar estos problemas. Como mucho, se analiza la pena como institución del Estado, pero en realidad el análisis de la privación de la libertad preventiva, frente a los fines procesales concretos que son más necesarios socialmente para la convivencia, esto es, la protección de la eficacia de la justicia y la búsqueda de la eficacia del Derecho, no suele ser muy amplio. Sin embargo, BERNAL PULIDO, *ob. cit.*, p. 693, advierte acertadamente que no puede centrarse la limitación de derechos en el concreto beneficio

de limitar la libertad con fines de eficacia de la administración de justicia, fin que está implícito en muchas de las medidas procesales, no solo en las que afectan la libertad. En todo caso, los fines constitucionales conducen a que las medidas, y especialmente las que afectan la libertad, se expliquen respecto de la persecución penal de aquellos a quienes razonablemente se les ha imputado la realización de los delitos más graves que atentan contra los entes más fundamentales de la sociedad, y además de ello con la exigencia de que tal detención se lleve a cabo con el objetivo de lograr dichos fines constitucionales concretos y con pleno respeto de esos derechos fundamentales que han sido posiblemente violentados por el imputado o acusado.

#### b. Principio de necesidad

Siguiendo el camino propuesto por el principio de proporcionalidad, si la medida que se pretende adoptar, está justificada con la búsqueda de un fin constitucional, además de ello debe garantizarse que esta sea la menos lesiva al derecho fundamental, en nuestro caso la libertad, entre las varias posibilidades que la ley consagra y que son admisibles de conformidad con la competencia del juez de garantías. En este aparte son de especial importancia las medidas alternativas a la prisión<sup>50</sup> o, por lo menos, que el derecho a la libertad sea afectado en el menor grado posible.

De la estructura de este subprincipio surge en la dinámica del proceso penal una problemática en el caso de que el ente acusador haya solicitado medida de privación intramural, sin realizar petición alguna en relación con la detención domiciliaria: en ese supuesto se pregunta si el juez puede concederla *motu proprio*, de forma independiente a la posición de las demás partes, o si, por el contrario, ante el carácter rogado de la solicitud de medida de aseguramiento, no deberá hacer el juez ninguna consideración al respecto, centrandó su pronunciamiento en la imposición o no de la restricción solicitada por el fiscal<sup>51</sup>.

Para tomar posición frente a este problema es necesario tener en cuenta que debido a que se encuentra en juego la mayor o menor intensidad en la afectación de un derecho fundamental, situación altamente trascendente para el orden del Estado, el juez sí tiene la facultad autónoma de no ceñirse estrictamente a la petición del ente acusador, por

---

de otros derechos, pues ello impediría a los legisladores trazarse objetivos propios de la comunidad en general y de la sociedad. Ejemplo de lo anterior, agregamos, es precisamente la situación de las medidas de aseguramiento preventivas e incluso no preventivas de la libertad, en cuanto sus limitaciones a derechos no apuntan específicamente a la protección de los derechos fundamentales de otros, sino a la eficacia de la justicia penal, que desde luego busca la realización de los fines de la sociedad democrática y de la Constitución, pero en principio dichas medidas persiguen un beneficio abstracto de justicia.

50 SANGUINÉ. *Prisión provisional y derechos fundamentales*, cit., p. 652.

51 A este respecto sostiene Aguado Correa: “el principio de proporcionalidad rige cuando se trata de las condiciones y el lugar de cumplimiento de la prisión provisional”: *Principio de proporcionalidad en Derecho Penal*, cit., p. 107.

ejemplo, cuando este solicita detención intramural en contra de una persona que ha realizado un delito cuyos requisitos formales se cumplen pero respecto del cual, analizadas las circunstancias, los fines pueden cumplirse con la reclusión domiciliaria. Ello no afecta al principio acusatorio, pues se trata de hacer prevalecer la proporcionalidad constitucional, en el marco de una petición que ha hecho la Fiscalía esgrimiendo sus argumentos en cuanto ente acusador.

Precisamente, en el principio de proporcionalidad, en el ámbito del subprincipio de necesidad, se plantea que el juez tiene un abanico de posibilidades entre las cuales debe prevalecer la más benigna que permita cumplir los demás fines constitucionales sin afectar severamente el principio acusatorio.

Así pues, teniendo siempre el juez de garantías la posibilidad de la detención domiciliaria, no solo *puede*, sino que *debe* optar por esta medida siempre que los fines constitucionales de la restricción no sean afectados, bajo el entendido de que esta medida es menos restrictiva y por ello más acorde con el principio de proporcionalidad en su fase concreta de necesidad<sup>52</sup>.

En favor de esa postura habla también la doctrina enfocada hacia el sistema interamericano, al expresar que deben considerarse siempre las medidas menos lesivas para el cumplimiento de los fines procesales, teniendo en cuenta las conocidas como “Reglas de Tokio” que hacen referencia a las medidas alternativas a la prisión que deben promover los Estados<sup>53</sup>.

Los constantes esfuerzos del legislador movido por impulsos mediáticos que han llevado a variadas reformas frente a la detención domiciliaria, han limitado el ámbito de acción del juez de garantías en esta materia, mas no por ello están cerradas sus posibilidades para actuar en consonancia con el entorno constitucional a él exigible.

### c. Principio de proporcionalidad concreta

Se busca, con este subprincipio, garantizar que la injerencia en el derecho fundamental esté justificada con la importancia del fin legislativo que se busca<sup>54</sup>. También se agrega en la doctrina que este subprincipio busca evitar sobrecargas o cargas exageradas en materia de injerencia en los derechos fundamentales<sup>55</sup>. En materia procesal penal sería

---

52 Artículo 43 C. Política, Ley 82 de 1993 y artículo 314 numeral 15 de la Ley 906 de 2004, que fue objeto de la reforma de la Ley 1142 de 2007 y sobre la que hizo un interesante pronunciamiento la Corte Constitucional en la sentencia C-154 de 2007.

53 Cfr. BIGLIANI y BOVINO. *Encarcelamiento preventivo*, cit., p. 37, aunque el enfoque en este caso va direccionado a una forma de entender la excepcionalidad.

54 BERNAL PULIDO. *El principio de proporcionalidad*, cit., p. 759.

55 AGUADO CORREA. *El principio de proporcionalidad*, cit., p. 69.



un razonamiento de las siguientes características: la privación de la libertad de la persona, con miras a que se proteja la seguridad probatoria, la necesidad de comparecencia, y la seguridad de la comunidad y las víctimas, es una situación extrema que solo se explica por la importancia de la institución de la administración de la justicia penal en la sociedad, pues de no tomarse esta clase de medidas podría perder trascendencia el procedimiento penal: ello en la medida que sin la posibilidad de detener y ante el advenimiento de una posible sentencia de privación de la libertad, no se lograría la efectividad del procedimiento y sus fines, tales como la obtención de la verdad material y la reparación a las víctimas. Lo anterior explica que la medida de aseguramiento tenga una fundamentación exclusivamente intraprocésal, lejos de cualquier consideración diferente a las necesidades de la administración de justicia.

Por las anteriores razones es que el legislador ha dejado la imposición de medida de aseguramiento para investigaciones del máximo interés para la justicia, es decir que la afectación de la libertad procede solo para los casos en que la persecución penal es de la más alta trascendencia, o sea en aquellos procesos por delitos de especial gravedad para la sociedad.

Como puede notarse, para el juez de garantías es un subprincipio que debe ceñirse al sistema diseñado por la ley, pues una interpretación incongruente de los valores que prevalecen en la ponderación podría llevar a aquel, peligrosamente, a la anticipación de la pena, cuestión que debe rechazarse.

Lo que se advierte en nuestro sistema penal, frente a este subprincipio, es que el legislador ya ha andado buena parte del camino en la ponderación al limitar estrictamente los eventos de imposición de medida de aseguramiento, luego el juez ya tiene el sendero previamente diseñado por el legislador, como pasa a analizarse.

En primer término es importante recordar que en legislaciones anteriores el procedimiento penal colombiano contemplaba más posibilidades de detención; existía, como en la actualidad, un primer referente, el criterio del *quantum punitivo*, y de allí se recurría a aquellos casos en donde se enlistaban los delitos que, a pesar de no tener ese mínimo punitivo, podrían ser considerados como graves, y como consecuencia de ello el sindicado podía llegar a ser afectado por una orden de captura para indagatoria, y también por una medida de aseguramiento posterior. Más adelante, el procedimiento de la Ley 600 de 2000 fue marcando la tendencia de que solo los delitos más graves tenían *necesidad* de resolver situación jurídica, es decir, se avanzó hacia criterios de una ponderación más clara, proporcionados a aquellas infracciones consideradas de especial gravedad.

De esta breve exposición de instituciones de los regímenes procesales anteriores se ha llegado hoy a una estructura modular, más ponderada, en donde solo los delitos que el legislador ha considerado de especial impacto en la comunidad pueden ser considerados como susceptibles de una orden de captura con fines de imputación y posteriormente

una medida de aseguramiento privativa de la libertad; mientras que en los demás casos no puede entrarse a discutir una medida de afectación de la libertad, solo medidas sustitutivas para cumplir los fines de la justicia, y ello siempre y cuando la Fiscalía así lo solicite al juez de garantías.

Incluso, la previsión del artículo 302 inciso 5°, según la cual el fiscal debe de inmediato otorgar la libertad cuando luego de la captura en flagrancia constate que esta es abiertamente ilegal o no se produjo por un delito respecto del cual, de acuerdo con las condiciones objetivas, no procedía medida de aseguramiento, es una muestra de que el legislador en su ponderación excluye toda posibilidad de prolongación de la privación por fuera de los requisitos estrictamente dispuestos en la ley; en consecuencia, no se previó ninguna audiencia para que el juez analizara esa decisión del fiscal, pues la prevalencia del principio de libertad está ya impuesta por el legislador en este caso.

Todos los aspectos expuestos pueden catalogarse como evolutivos hacia un esquema de proporcionalidad constitucional concreta, en materia de privación preventiva de la libertad, al cual se arriba en la normatividad de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal.

Sin embargo, no faltan las involuciones, como por ejemplo la constante intención de restringir la detención domiciliaria por parte del legislador, y la creencia de que ampliar la detención intramural es una labor que beneficia a la sociedad, lo que llevó a que se agregara un párrafo al artículo 314 CPP restringiendo la posibilidad de otorgar este beneficio.

No obstante, estas restricciones aisladas y asistemáticas, pero ante todo carentes de una proporcionalidad concreta, no excluyen la aplicación de los principios fundamentales y menos de la proporcionalidad, por lo que su poder vinculante está claramente reducido.

En efecto, estos principios hacen que el párrafo del artículo 314 sea en esencia una alerta para el juez, quien en caso de que se proceda por un delito de los allí indicados ha de tener en cuenta su especial connotación en la sociedad, pero de allí en adelante no puede tenerse más referencia, pues la norma carece de una sistemática y una lógica que permitan pensar en una razón político-criminal clara del legislador para la conformación del listado; y al carecer la norma de esa razonabilidad mínima exigible, no estaría habilitado el juez para realizar un juicio de proporcionalidad concreta suficientemente fundamentado.

Lo que debe seguir de la mano del principio de proporcionalidad concreta es la ausencia de esta clase de listados restrictivos, permitiendo que el juez en cada situación que se le pone de presente en audiencia realice las ponderaciones que sean suficientes frente a los fines de la medida; esto es, contraponiéndolos, por ejemplo, al interés superior del menor, de las personas de la tercera edad, al derecho a la educación de los jóvenes o de las personas en situación de indefensión, desplazamiento forzado y otras situa-

ciones, en donde es necesario hacer, al mejor estilo de la proporcionalidad concreta, una ponderación entre derechos en conflicto.

Resumiendo, lo que resulta acorde al principio fundamental de la libertad que se relaciona con el principio de proporcionalidad se encuentra ya estatuido en el artículo 314 al que se hace referencia, pero en su numeral 1: “Cuando para el cumplimiento de los fines previstos para la medida de aseguramiento sea suficiente la reclusión en el lugar de residencia...”. Los listados restrictivos carecen de razonabilidad suficiente y por tanto son apenas un criterio auxiliar del juez para analizar los casos concretos, teniendo aquel su horizonte marcado por el camino de los principios de necesidad, adecuación y proporcionalidad concreta.

En desarrollo de este análisis, el juez siempre tendrá la posibilidad de analizar a fondo si existen intereses superiores a los fines constitucionales inicialmente planteados, e incluso así estos se cumplan puede no ser procedente la medida por ser contraria a un interés superior (p. ej., el de un menor en situación de abandono) que prevalece en la ponderación y permite la concesión de una detención domiciliaria, o aun la no imposición de la medida.

De esta forma, se tiene que la proporcionalidad concreta no puede ser entendida como una excusa para que el juez pueda ponderar la necesidad de la medida por el “impacto social de la conducta” o la “peligrosidad del delincuente”, pues esos elementos son extraños a la esencia de la detención preventiva, como se verá a continuación, en el análisis concreto de los fines de la medida de aseguramiento.

## **B. Principios de segundo nivel**

Los principios de segundo nivel están compuestos por el desarrollo concreto del subprincipio de idoneidad, es decir, por la dinámica legal de la necesidad de comparrecencia, la protección probatoria y la protección de la comunidad, en especial a las víctimas<sup>56</sup>; sin embargo, en la doctrina encontramos al respecto dos interpretaciones enfrentadas.

### *i. Medida de aseguramiento como anticiación punitiva*

Los principios de segundo nivel han de ser tenidos en cuenta desde la perspectiva consistente en que la medida de aseguramiento debe apuntar exclusivamente fines procesales, y si bien, como lo ha considerado la doctrina, la detención preventiva

---

56 Como es ampliamente conocido, la llegada a estos tres elementos por el camino del Derecho Procesal Penal colombiano tiene un interesante desarrollo, a partir de la sentencia C-774 de 2001, seguida por pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia. Una interesante descripción de ese desarrollo en HARTMANN, MILDRED y MARTÍNEZ, WILSON. “La detención preventiva y la reforma procesal en Colombia”, en *Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina*, RIEGO y DUCE (dirs.).

sobrepasa lo intraprocesal para llegar a escenarios diferentes a una actuación penal dado su alto impacto en la comunidad<sup>57</sup>, no por ello puede admitirse la tesis doctrinal y jurisprudencial que ve en las medidas de aseguramiento una acción que debe tener ya un impacto previo a la efectividad de la pena o, incluso, debe anticipar directamente uno de los fines de ella como es la prevención general.

Este planteamiento, defendido en el escenario nacional por varios sectores, puede resumirse en que, además de los fines exclusivamente procesales, la detención preventiva, principalmente en su versión intramural, busca fines extraprocesales como la “defensa social” o la “prevención general”<sup>58</sup>.

La versión más visible de esta postura se encuentra en el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de 23 de octubre de 2000<sup>59</sup>, donde dicho tribunal, con base en la Ley 600 de 2000, pero teniendo en cuenta ya para ese momento los tres elementos teleológicos de la medida que estaban en pleno desarrollo, planteó que había coincidencia entre los fines de la medida de aseguramiento y la pena, concretamente en el ámbito de la prevención general.

En tal decisión, consideró el máximo tribunal penal que la exigencia para la concesión de la detención domiciliaria, consistente en acreditar aspectos subjetivos como los vínculos con la comunidad y las características personales y familiares del procesado, remiten directamente a un análisis “razonable” que permitiría garantizar la eventual resocialización, y agrega que la exigencia de no poner en peligro a la comunidad lleva a que se busque en la medida de aseguramiento un criterio de prevención general evitando a la comunidad la realización de nuevos delitos.

En la doctrina nacional hay quienes siguen esta posición con algunos matices, como en el caso de MARTÍNEZ RAVE, quien aún en vigencia de la Ley 906 de 2004 plantea que además de los fines procesales existen fines de protección social, o también que la sociedad no puede aceptar que el imputado no sea objeto de una respuesta “inmediata” por su conducta<sup>60</sup>. Este último argumento es desde luego de anticipación punitiva y sigue de cerca la posición de la Corte en el fallo ya citado.

---

57 Así lo enfatiza FIGUEIREDO, citando a NIESE, quien identifica las medidas con la “existencia de actos procesales cuya función no se agota en el espacio procesal en la conformación del proceso, ya que asume un significado fuera del proceso, en el espacio material, o social”: ob. cit., p. 183 (cita de NIESE, *Doppelfunktionelle Prozesshandlungen*, 1950).

58 En la doctrina colombiana se ha denominado esta vertiente como “legitimación sustantivista”, y tal doctrinante no se muestra de acuerdo con esta tesis y la critica tildando la medida de aseguramiento como “medida popular”: NAVARRO. *La detención preventiva en el proceso penal acusatorio*, cit., pp. 243 y 244.

59 Rad. 16997, MP: GÓMEZ GALLEGÓ.

60 MARTÍNEZ RAVE, GILBERTO. *Procedimiento Penal colombiano*, 13ª. ed., Bogotá, Temis, 2006, cap. XXI: “Privación de la libertad”, pp. 329-331.

La posición antes enunciada, según nuestro criterio, resulta contraria al ordenamiento colombiano en su conjunto, comenzando por el constitucional, así como el internacional, y desde luego no resiste hoy la fundamentación ofrecida por la Ley 906 de 2004; ahora bien, es necesario hacer algunas precisiones al respecto: veamos.

ii. *La privación de la libertad debe obedecer a razones procesales*

Las tesis de la privación de la libertad intraprocesal como anticipación punitiva consideran razonable que dado el compromiso delictivo de una persona al momento de resolver sobre la detención preventiva, se inicie con la ejecución penal desde ese mismo momento. Estos planteamientos, de claro perfil inquisitivo, pretenden desconocer flagrantemente el principio de presunción de inocencia y la prevalencia del principio de libertad. Nótese que se pasa por encima de dos derechos fundamentales y principios constitucionales, por medio de ejercicios argumentativos basados en meras consideraciones de orden general, sin soporte en el desarrollo de la Constitución Política o de los derechos fundamentales.

Contrario a lo anterior, es hoy generalmente aceptado, más si se tiene un proceso acusatorio, que la medida de aseguramiento es de carácter preeminentemente procesal y ajena a cualquier clase de pretensión punitiva.

La doctrina actual, y las decisiones interamericanas, muestran cómo se ha ido avanzando en este aspecto, hasta llegar a la consideración general de que solo es admisible en nuestro Estado Social de Derecho un régimen de detención basado en las necesidades procesales concretas y demostradas en la actuación.

La justicia internacional de los derechos humanos, tanto en el área interamericana como en sede del Tribunal Europeo, ha enfatizado constantemente que es el ámbito procesal el que determina la necesidad o no de imposición de la medida de privación de la libertad, excluyendo por completo la anticipación punitiva, la defensa social o cualquier otro criterio que sea diferente a las necesidades propias del proceso penal; ello, desde luego, unido al componente de vinculación racional del imputado con el hecho investigado y la excepcionalidad<sup>61</sup>.

Así lo admite también ROXIN, quien, siguiendo la ley de procedimiento penal alemana, lo más lejos que llega es a admitir que la medida de aseguramiento sea necesaria para garantizar la futura sanción penal<sup>62</sup>, o que se evalúe el riesgo de reiteración, como en

---

61 BOVINO y BIGLIANI. *Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano*, cit., pp. 20 y ss., citando en su fundamentación el ya mencionado caso “López Álvarez vs. Honduras”, decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

62 El reconocido autor plantea tres objetivos: asegurar la presencia del imputado en el procedimiento penal, garantizar la investigación de los hechos, y asegurar la ejecución penal. Luego sintetiza los que llama

el caso de ciertos imputados de delitos sexuales cuyo comportamiento haga inferir fundadamente que antes de la condena en firme puedan realizar otro comportamiento delictivo.

Como puede notarse, un análisis amplio de la doctrina muestra que el planteamiento indicado está lejos de la resurrección del peligrosismo por medio del procedimiento, como pudiera hacerlo temer lo ocurrido en actuaciones judiciales en las que se ha indicado que la oportunidad de las medidas privativas de la libertad responde al hecho de que el procesado es un peligro para la sociedad; por el contrario, para imponerlas se exige algo muy lógico, como es que exista una alta probabilidad de que el imputado realizará de nuevo un comportamiento delictivo, caso de no ser adoptada por el juez la detención preventiva.

En síntesis, el llamado peligro procesal o fin procesal exclusivo es lo que explica la verdadera necesidad de la medida, y no una prognosis punitiva dirigida a efectivizar la justicia por medios que terminan siendo engañosos para la sociedad, como el de desnaturalizar la privación de la libertad preventiva, conduciendo luego, en caso de que el juez no encuentre mérito en la acusación y no sancione a quien fuera imputado, a un mayor descrédito a la justicia penal.

La necesidad de comparecencia, o el peligro de fuga y la necesidad de protección probatoria, son en esencia los riesgos procesales a proteger con la medida de aseguramiento, pero nuestra Constitución Política ha agregado a esos principios el peligro para la comunidad y las víctimas, lo cual pone de relieve una cierta ampliación del criterio más allá de lo intraprocesal que resulta obligado para nuestros operadores jurídicos, siempre sobre la base de una verdadera interpretación restrictiva para no llegar a consideraciones de anticipación punitiva. A continuación se plantean algunos criterios sobre los dos elementos más problemáticos en lo que se refiere a fundamentar la medida de privación de la libertad, esto es, la gravedad del hecho y la ya indicada protección a la comunidad y las víctimas, bajo el entendido de que el primero es un elemento no incluido expresamente en los fines constitucionales, si bien su desarrollo legal pretende erigirlo a un criterio rector.

a. El criterio de la gravedad del hecho

Es tan acentuada la incidencia del factor gravedad del hecho que, luego de la expedición de la Ley 906 de 2004, las leyes 1142 de 2007, 1098 de 2004 y 1453 de 2011, de una manera u otra, intentaron evitar que este factor fuera “un criterio más” a tener en cuenta por el juez de garantías para imponer o no la detención preventiva; por el contrario, se buscó acentuarlo, de tal manera que se evitara cualquier interpretación que no lo tomara

---

“motivos de detención”, que son en su planteamiento el peligro de fuga, el peligro de entorpecimiento, la gravedad del hecho y el peligro de reiteración: *Derecho Procesal Penal*, cit., pp. 260 y 261.

en cuenta, llegando incluso el artículo 24 de la Ley 1142 de 2007 a tratar de unir los dos elementos en uno solo, al establecer en el artículo 310 de la Ley 906 de 2004, que trata de la protección a la comunidad: “será suficiente la gravedad y la modalidad de la conducta punible, además de los fines constitucionales de la detención preventiva”.

Si bien lo anterior es extraño, no lo es menos que de nuevo el legislador haya tratado de incluir el mismo criterio de gravedad del hecho, también como fundamento de la no comparecencia, al añadir en el artículo 25 de la Ley 1142 la expresión “se tendrá en cuenta en especial la gravedad de la conducta y la pena imponible”. Riñe con la lógica que el mismo criterio sea fundamento de dos hipótesis diversas: de un lado el peligro para la comunidad y de otro la necesidad de comparecencia. Es como si el criterio del legislador en este aparte fuera el de que para imponer medida de aseguramiento el juez deberá analizar solo la gravedad del hecho y el riesgo probatorio, planteamiento que contradice a la Constitución en la estructura analizada a lo largo de este artículo.

Por fortuna, la primera reforma a la Ley 906 de 2004, como es ampliamente conocido, fue moderada por el fallo C-1198 de 2008, el cual mostró a las claras la manera contradictoria como obró el legislador en este caso, al mencionar que este invocó tratados internacionales y jurisprudencia constitucional para fundamentar la reforma a la Ley 906 de 2004, pero que en realidad la propuesta legislativa remaba contra la corriente marcada tanto por el sistema internacional como por el máximo tribunal, lo que se tradujo tanto en la inconstitucionalidad de algunos preceptos como en los condicionamientos de que fueron objeto otros, entre ellos la imposición “a golpe de reforma” del criterio de gravedad del hecho.

La conclusión, en consecuencia, fue que la gravedad del hecho no es un criterio, en palabras de la Corte en el fallo C-1198 de 2008, “prevalente” al momento de resolver sobre la imposición de la medida de aseguramiento, y, por el contrario, se deberá analizar los demás elementos establecidos en el artículo 308 de la Ley 906 de 2004; a lo que hay que agregar que dichos elementos, conforme el principio de proporcionalidad, no son nada diferente de los fines constitucionales que, de acuerdo con la idoneidad de la medida, debe buscar el juez al momento de decidir sobre la detención preventiva; y en ellos la gravedad juega un papel auxiliar de interpretación, siendo el primero la protección procesal diseñada por el artículo 250 superior.

Así, el intento del legislador por dejar atrás los fines constitucionales y poner por encima de todo el criterio de la gravedad del hecho sin duda fracasó, pero sería una ingenuidad pensar que el mismo no guía con especial intensidad las decisiones de los jueces de garantías.

Ahora bien, no es solo el entorno constitucional nacional el que excluye el criterio de la gravedad del hecho como elemento rector: también lo hace el ordenamiento internacional, tal como se hace expreso en el Informe 35 de 2007 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que en las consideraciones 81 y 82 concluye,

siguiendo criterios de la misma Corte Interamericana, que no existen fundamentos para la detención intraprocesal,

... basados, por ejemplo, en fines preventivos como la peligrosidad del imputado, la posibilidad de que cometa delitos en el futuro o la repercusión social del hecho, no sólo por el principio enunciado sino, también, porque se apoyan en criterios de derecho penal material, no procesal, propios de la respuesta punitiva. Esos son criterios basados en la evaluación del hecho pasado, que no responden a la finalidad de toda medida cautelar por medio de la cual se intenta prever o evitar hechos que hacen, exclusivamente, a cuestiones procesales del objeto de la investigación y se viola, así, el principio de inocencia. Este principio impide aplicar una consecuencia de carácter sancionador a personas que aún no han sido declaradas culpables en el marco de una investigación penal.

Así pues, la gravedad del hecho es un criterio que no puede tener más peso que el que la misma ley le atribuye desde el punto de vista estructural, esto es, que solo en los delitos más graves procede la medida de aseguramiento de detención preventiva, y más allá de ello se deben concretar los demás fines constitucionales de forma particularmente clara<sup>63</sup>.

Queda sin embargo la sensación de que, por ejemplo, ante el execrable crimen contra menores, ante la masacre o ante la actuación de alguien de manera desafiante frente a la sociedad, la consecuencia del criterio antes expuesto sea, como lo mencionan los defensores de la medida de aseguramiento-pena, el descrédito de la justicia penal.

Lo primero en este aspecto es que resulta ser un grave error, tradicional entre nosotros, el descargar la credibilidad del sistema en una medida pre-procesal y no en la verdadera respuesta del sistema que consiste en condenar ejemplarmente al culpable y liberar al inocente. En segundo lugar, la necesidad de ver una respuesta punitiva en la detención preventiva es un efecto reflejo del mal endémico de nuestra justicia que consiste en la lentitud, la congestión y la ausencia de contundencia probatoria de quienes se encargan de la persecución penal; pues, dado que los procesos son inacabables y endebles probatoriamente, por más que la promesa de la tierra prometida del sistema acusatorio en su momento haya dicho otra cosa, de forma refleja los jueces tratan de anticipar la pena. Lo cierto es que cuando el verdadero efecto del proceso llega, con la absolución o la condena, y, en el caso de esta, con el cumplimiento de las funciones de la pena, la opinión pública ya ni recuerda el caso que tanto dio de qué hablar en un momento lejano<sup>64</sup>.

---

63 ÓSCAR GUERRERO PERALTA plantea adicionalmente que la gravedad del hecho se debe enfocar hacia la justicia restaurativa, rechazando de esta manera la interpretación extensiva que de este criterio se ha hecho: "Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal", pp. 480 y ss. En similar sentido se expresa APONTE, ob. cit., p. 109.

64 En el país se han presentado constantes decisiones contra funcionarios públicos, ya destituidos o por fuera de la Administración, que han sido considerados "peligro para la sociedad", entre otras razones,



Sin duda, si una persona es imputada, pero no se le detiene preventivamente por no ser necesario y el proceso en un tiempo razonable culmina con una decisión de fondo justa, generará seguridad en la comunidad en torno al sistema penal en su conjunto, y no solo frente a su capacidad de imponer medidas provisionales.

Adicional a lo anterior, un aspecto en el que el legislador se separó de los estándares internacionales en frente a la detención preventiva es el de dotar al juez de garantías de elementos alternativos para la comparecencia del imputado y demás fines constitucionales de la medida<sup>65</sup>, pues en la actualidad la tesis predominante en la judicatura es la de imponer medida de detención preventiva cuando ella es procedente de conformidad con los criterios objetivos o no imponer medida alguna, sin que se permita otra opción<sup>66</sup>. Ello cierra las posibilidades a una dinámica procesal más amplia, sobre todo en el ámbito de la caución, que podría haber entrado a mediar en casos de cierta gravedad.

Finalmente, en ocasiones queda la percepción de falta de rigurosidad del ente acusador cuando de demostrar el posible riesgo de fuga se trata, en el marco de la comparecencia, así como una ausencia de argumentación suficiente sobre las posibilidades de que se atente contra las víctimas. En otras palabras, se puede visualizar en el comportamiento de la Fiscalía como parte acusadora una posición de inercia al querer sustentar cualquier medida en la gravedad del hecho y así evitarse la carga de aportar al juez de garantías elementos que respalden ampliamente los fines constitucionales propiamente dichos.

#### b. El criterio del peligro para la comunidad y las víctimas

Se trata de un fin que sin duda muestra algún rasgo cercano a la tesis de la medida de aseguramiento-pena, que como se ha visto es defendida por algunos sectores.

En primer término ha de tenerse en cuenta que se trata de un criterio complejo pues entraña dos objetos totalmente diferenciables respecto del fin constitucional perseguido,

---

y si bien la gravedad de los hechos investigados y su impacto social no se pone en duda, los sus paquidémicos macroprocesos llevan tiempos de aplazamientos y dilaciones. Este segundo aspecto tiene un impacto más negativo para la comunidad que el haber impuesto una medida alternativa a la privación de la libertad al *aún* presunto corrupto. Interesante planteamiento el de NAVARRO, quien denuncia la mentira de las funciones protectoras de las medidas preventivas, y afirma con razón que a la comunidad se le protege con “realidades” como la vivienda, la educación o la salud: *Detención preventiva en el proceso penal acusatorio*, cit., p. 130.

65 Como lo plantean las reglas comúnmente llamadas “Reglas de Tokio”, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad, que desarrollan las opciones que deberían tenerse en cuenta por parte del legislador, si bien en nuestro caso no se dejó la opción a una dinámica más abierta en cuanto a las medidas.

66 Esta posición se fundamenta en que el artículo 315 establece expresamente: “cuando se proceda por delitos cuya pena principal no sea privativa de la libertad, o por delitos querellables, o cuando el mínimo de la pena señalada en la ley sea inferior a (4) años...”, luego la redacción de la norma no deja mucha opción, salvo que se plantee la supremacía de los tratados internacionales.

porque una cosa es buscar la protección a las víctimas y otra, que puede diferenciarse claramente de la anterior, buscar la protección de la comunidad: la primera puede ser determinada claramente, mientras que la segunda es de una abstracción preocupante.

### 1. Peligro para la víctima

En cuanto a la protección a la víctima, su necesidad de sistematización puede observarse solo formulándose algunas preguntas básicas que hacen tambalear la aparente solidez del término: ¿aplica esa protección cuando la víctima es el Estado? ¿Qué enfoque se genera en el evento de delitos de peligro abstracto? ¿Es necesario hacer alguna estratificación de los bienes jurídicos para encontrar niveles de protección, como por ejemplo delitos de lesa humanidad, delitos contra el patrimonio etc.? ¿El peligro probatorio se combina con el riesgo para la víctima cuando esta será testigo ante el perpetrador del hecho, luego prima alguno de los dos criterios o son en tal caso idénticos? En lo que sigue, solo a alguno de estos interrogantes se hará referencia, pero lo que se demuestra es sin duda que este aspecto aún está en pleno desarrollo, y que en realidad el artículo 311 no es amplio en cuanto a los criterios que contempla, si bien ello es algo que no se debería reprochar.

Como se puede notar, la forma como está planteada la finalidad constitucional clama por un debate judicial y doctrinal, nunca legal, pues, tal como se ha analizado, el legislador pretende centralizar cualquier argumento en la peligrosidad del hecho y con este argumento circular pretende explicar cualquier restricción de las medidas preventivas en el proceso penal.

Desde la aparición de la triple dimensión del rol de la víctima en el proceso penal, con los aspectos de justicia, verdad y reparación, desarrollados por la Corte Constitucional<sup>67</sup>, se avanzó en el tratamiento del afectado por la posible conducta punible; sin embargo, ello no releva al ente acusador de establecer este riesgo procesal y evitar convertirlo en una reiteración de la gravedad de la conducta.

Lo anterior no es un postulado solo en lo que hace al riesgo para la víctima sino respecto de la totalidad de los fines constitucionales; es decir, se debe tener por regla general que los riesgos procesales exigen una carga demostrativa del ente acusador sin llegar al extremo de los llamados “minijudicios”. El pretender deducir el peligro para la víctima de aspectos no acreditados específicamente por el fiscal representa una lesión al derecho a la presunción de inocencia.

Debe existir una eficiente ponderación entre los principios de presunción de inocencia del imputado y la protección a la víctima, pues cualquier desnivel en este aspecto no es nada diferente que la lesión a un principio constitucional. Así lo ha considerado la

---

67 Sentencia C-228 de 2002.

doctrina interamericana cuando ha analizado esta problemática: en efecto, este argumento sobresale en el ya citado Informe 35 de 2007 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que en su consideración 85 analiza la necesidad de tener elementos suficientes por parte de los jueces para acreditar los riesgos procesales; y ello es apoyado así mismo por consideraciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al considerar que “las autoridades judiciales deben, en virtud del principio de inocencia, examinar todos los hechos a favor o en contra de la existencia de los peligros procesales y asentarlos en sus decisiones relativas a las solicitudes de libertad”.

Según lo expresado hasta ahora, la solicitud de imposición de medida de aseguramiento debe avanzar en una dinámica en donde, además de los requisitos constitucionales que surgen del principio de proporcionalidad, se ha de centrar la actividad del solicitante en el subprincipio de idoneidad, demostrando efectiva y fehacientemente alguno de los peligros procesales existentes, para el aparte que se analiza, el peligro para la víctima.

El peligro para la víctima se debe acreditar a lo menos como probable o posible en términos tangibles allegados por el ente acusador. Situaciones como la pertenencia a una organización armada que realiza actos con un *modus operandi* identificado, en una zona igualmente delimitada, por medio de intimidación y amenaza a personas civiles o a instituciones, desde luego serán, si se acreditan estos hechos de forma convincente ante el juez de garantías, elementos que pueden justificar un riesgo procesal suficiente para la imposición de la medida intramural por riesgo para la víctima.

En otro frente del análisis de este fin previsto por la Constitución y la ley, cuando se presente la situación en la que la víctima sea a la vez declarante y denunciante, o cuando de cualquier otra manera su presentación en el juicio se haga necesaria, así sea como testigo de acreditación, y se establezca un riesgo probable para ella, deberá el ente acusador entrar a analizar la situación desde las dos perspectivas, porque siempre está obligado a la protección en ambas dimensiones de la persona, con fundamento en los numerales 6 y 7 del artículo 250 superior, y luego en el artículo 13 de la Ley 906 de 2004.

## 2. El peligro para la comunidad

La adecuación de este criterio a los estándares del propio principio de proporcionalidad, como también a la tesis de la licitud de justificar la imposición de la medida de aseguramiento solo con fundamentos de riesgo procesal, es una tarea difícil, pues, como surge de su propia denominación, es el criterio más general y abstracto que existe en nuestro medio, y por ende el riesgo de que el juez tome caminos poco acordes con las verdaderas finalidades es muy alto, al punto que ello ya ocurrió con el criterio de que la persona es peligrosa para la sociedad.

Lo primero que debe dejarse en claro es que un criterio de aseguramiento preventivo con base en que una determinada persona es considerada un *peligro para la sociedad*

es algo que no está contemplado de manera expresa ni en la Constitución ni en la ley, como tampoco es viable a la luz del principio de proporcionalidad constitucional.

Las expresiones textuales de la Constitución nunca han consagrado ese sentido tan restrictivo, pues establece el artículo 250 numeral 1: “y la protección a la comunidad, en especial las víctimas”, y así lo reiteran el principio rector del artículo 2º y el artículo 295 de la Ley 906 de 2004. Es solo en el artículo 308 de esta última, que no es norma constitucional ni es principio rector, que se utiliza la expresión “peligrosidad para la comunidad”, la cual aparece de nuevo en el artículo 310 que contiene ya en el título de la norma esta denominación, y luego insiste en ella, como se ha dicho, fusionando en una sola hipótesis dos situaciones diferentes al prescribir que el imputado es peligroso para la comunidad cuando el hecho imputado es grave.

Para aproximar una solución debe partirse de que el criterio de la gravedad del hecho no puede ser el fundamento de la decisión para imponer medida de detención, conforme se ha sostenido por la Corte Constitucional en la sentencia C-1198 de 2008.

Queda entonces verificar que si bien el artículo 310 establece un listado de criterios, práctica común y poco conveniente de La ley 906 de 2004, ellos son guías y enunciados para el funcionario, más que imperativos, además de que la enunciación no es del todo ordenada; baste observar que el criterio de pertenencia a una organización delictiva está repetido en los numerales primero y último.

Por lo demás, los criterios pueden ser fácilmente rebatibles en cuanto a su capacidad de rendimiento, como el que indica que se entiende que existe peligro para la comunidad cuando se ha realizado el hecho utilizando armas de fuego o armas blancas. ¿Podría ese criterio indicar que la persona es un peligro para la comunidad cuando el arma de fuego está legalmente amparada y se discute en el proceso un exceso en legítima defensa? Estos criterios, que más parecen sacados de los titulares de prensa que de verdaderas reflexiones político criminales, no llevan más allá de ejemplificaciones aisladas, tal como se indicó en el parágrafo del artículo 314.

Sobre este aparte, resulta revelador lo que en su momento indicó APONTE, al observar, en los inicios del sistema penal acusatorio, que existía una tendencia constante de los fiscales a recurrir al concepto de peligro para la comunidad, como argumento general para sustentar la detención preventiva. Puede notarse en consecuencia que no existe evolución en cuanto a la capacidad del ente acusador para fundamentarse en criterios intraprocesales al momento de tomar la decisión de solicitar o no la privación de la libertad en contra de una persona<sup>68</sup>.

Analizado todo lo anterior, se establecerán algunos criterios garantistas para dotar a este fin de la medida de un alto nivel de proporcionalidad, es decir, la prohibición de

---

68 APONTE. “Captura y medidas de aseguramiento”, cit., p. 114.

exceso y la adecuación a fines de la parte dogmática de la Constitución, sobre la base real de que en efecto la Carta Política y la ley procesal establecen la protección de las víctimas y la comunidad; así este aspecto, como se puede concluir, está en contravía de las tesis predominantes en el sistema interamericano y de la doctrina, que lo ataca desde diferentes frentes, como representativamente lo indica GUERRERO, quien hace relevante el carácter de anticipación de punibilidad del que adolece este criterio de imposición de medida<sup>69</sup>.

El primer aspecto a tener en cuenta dentro de la protección a la comunidad y las víctimas es que no puede fundarse en una peligrosidad individual o especie de estado predelictual que haga recordar un derecho penal de autor, sino que ha de hacerlo en la existencia del llamado *riesgo de reiteración*, esto es, *la probabilidad razonable de que el imputado realice nuevamente un delito, si su libertad se mantiene*. Este criterio, como nuevamente lo indica GUERRERO, aún no llega a ser respetuoso de la presunción de inocencia, y en estricto sentido sería rechazable en un sistema completamente armónico con la presunción de inocencia<sup>70</sup>.

Este fundamento de detención tampoco es aceptado del todo por ROXIN, en el marco de la legislación germana, en consonancia con la doctrina antes citada, al considerar que es “un cuerpo extraño en el sistema de los presupuestos de la detención” y un “caso problemático en el Estado de Derecho porque aquí se impone una privación de la libertad en razón de una sospecha no probada, tanto en lo que se refiere al hecho punible cometido como al hecho punible que se espera”<sup>71</sup>.

Pero este riesgo de reiteración con sus objeciones está vigente en la legislación germana y ha pasado el tamiz constitucional de ese país, con la claridad, como lo indica el mismo autor apenas citado, de que ha de ser el criterio más excepcional y restringido posible<sup>72</sup>.

Lo anterior, indica ROXIN, lleva inexorablemente a que el criterio de riesgo de reiteración sea subsidiario, precisamente con fundamento en que la ley<sup>73</sup>, partiendo claramente del principio de proporcionalidad, establece que en ciertos casos puede suspenderse la

---

69 GUERRERO PERALTA, ÓSCAR JULIÁN. *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo Proceso Penal*, p. 479.

70 *Ibíd.*, p. 480.

71 ROXIN. *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 262.

72 *Ibíd.* Es de anotar que la Constitución alemana en su artículo 2º establece: “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física. *La libertad de la persona es inviolable. Solo podrán ser afectados estos derechos en virtud de la ley*”. La referencia específica a la privación de la libertad en Alemania, que no es tan particularizada como en nuestra Constitución y en algunas otras de Latinoamérica, se encuentra en el artículo 104. El § 112º StPo (Código Procesal Penal alemán) establece: “y si determinados hechos fundamentan el peligro de que antes del juicio cometerá más delitos relevantes del mismo tipo o continuará el delito, es necesaria la detención para la prevención del peligro amenazador, y, en otros casos del Núm. 2, se debe esperar una pena privativa de la libertad de más de un año”.

73 § 116 StPo.

orden de detención fundamentada en el riesgo de reiteración, si “está suficientemente fundamentada la expectativa de que el inculpado observará determinadas instrucciones, y que de esa forma se alcanzará el objetivo del arresto”.

Es decir que mientras existan elementos adicionales que puedan cumplir las finalidades de la detención, deberá procederse, en términos de la legislación alemana, a la suspensión de la detención preventiva.

El anterior ejercicio doctrinal y de derecho comparado nos lleva a analizar nuestra propia situación, ya que si bien se ha criticado aquí al legislador, no debe dejar de reconocerse que uno de sus aciertos al emitir Acto Legislativo de 2004 fue precisamente “afinar” instituciones del procedimiento penal colombiano con estándares internacionales, lo que permite comparar y analizar en mejor manera la legislación nacional frente a ejemplos foráneos, sin que ello implique copiar por fuera del contexto social las figuras jurídicas.

Y el análisis de nuestra realidad jurídica muestra que para admitir el criterio esgrimido desde la Constitución y la ley, en el sentido de peligro para la comunidad y las víctimas, el riesgo de reiteración es el único discernimiento medianamente admisible, estando esa admisibilidad limitada por el entorno constitucional, que no es otro que el de la aplicación “dura” del principio de proporcionalidad constitucional, lo cual implica que bajo ningún concepto se puede mantener la detención, intramural principalmente, pero también domiciliaria, si existen métodos alternativos para el cumplimiento de los fines de la medida. Lo contrario sería desconocer el principio de necesidad estatuido en el mismo Código de Procedimiento Penal, y qué decir de la Constitución, su desarrollo jurisprudencial y los tratados internacionales.

Queda el vacío de ley, que se podría solventar *in bonam partem* mediante las llamadas Reglas de Tokyo<sup>74</sup>, en el sentido de que para evitar el extremo de la detención el juez pueda asegurar los objetivos de la medida con adicionales exigencias, como la presentación ante la Fiscalía, las garantías prendarias o la prohibición de realizar determinadas actividades, aspecto respecto del cual ya hemos analizado los problemas interpretativos, pero que, se insiste, *in bonam partem*, puede ser una herramienta útil.

## BIBLIOGRAFÍA

AA.VV. MILDRED HARTMANN, WILSON MARTINEZ, CRISTIAN RIEGO y MAURICIO DUCE (dirs). *La detención preventiva y la reforma procesal en Colombia. Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina*, Santiago, CEJA-JSCA, Santiago, 2009.

---

74 En relación con estas reglas, es importante tener en cuenta que admiten que la detención preventiva tenga finalidades preventivas para la sociedad y la víctima: cfr. 6.6.2.

AGUADO CORREA, TERESA. *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*, Madrid, Edersa, 1999.

APONTE, ALEJANDRO. *Captura y medidas de aseguramiento: El régimen de libertad en la nueva estructura procesal penal en Colombia*, 2ª ed., Bogotá, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2008.

APONTE, ALEJANDRO. *El régimen de libertad en la nueva estructura procesal penal en Colombia*, 2ª ed., Bogotá, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2008.

ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA. *Derecho Procesal Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

BERNAL CUÉLLAR, JAIME y EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. *El proceso penal*, 5ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.

BERNAL CUÉLLAR, JAIME y EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. *El proceso penal*, 4ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.

BERNAL PULIDO, CARLOS. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPCC, 2005.

BIGLIANI, PAOLA y ALBERTO BOVINO. *Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano*, Buenos Aires, Editores Del Puerto, 2008.

CIFUENTES MUÑOZ, EDUARDO. “Libertad personal”, en *Ius et Praxis*, vol. 5, n.º 1, Chile, 1999.

DE LAMO RUBIO et al. *El proceso penal*, Barcelona, Bosch, 2000.

FIGUEIREDO DIAS, JORGE. “Una perspectiva funcional teleológica sobre las medidas cautelares en el proceso penal”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, vol. XVIII, n.º 57/58, septiembre de 1995/abril de 1996, Universidad Externado de Colombia.

GIMENO SENDRA, VICENTE; VÍCTOR MORENO CATENA y VALENTÍN CORTEZ DOMÍNGUEZ. *Derecho Procesal Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993.

GONZÁLEZ NAVARRO, ANTONIO LUIS. *La detención preventiva en el procedimiento penal acusatorio*, Bogotá, Leyer, 2009.

GUERRERO PERALTA, ÓSCAR. *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal*, 2ª ed., Bogotá, Nueva Jurídica, 2007.

LONDOÑO AYALA, CÉSAR. *Principio de proporcionalidad en el derecho procesal penal*, Bogotá, Nueva Jurídica, 2012.

LONDOÑO JIMÉNEZ, HERNANDO. *Derecho Procesal Penal*, Bogotá, Temis, 1982.

LOPERA, PATRICIA. “Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales. Una comparación entre las experiencias de Chile y Colombia”, en *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, XXIV, 2011.

LOPERA, PATRICIA. *Principio de proporcionalidad y Ley Penal. Bases para un modelo de control constitucional de las leyes penales*, Madrid, CEPC, 2006.

MARTÍNEZ RAVE, GILBERTO. *Procedimiento penal colombiano*, 13ª ed., Bogotá, Temis, 2006.

PEDRAZA JAIMES, MIGUEL. *La detención preventiva en el sistema acusatorio*, Bogotá, Andrés Morales, 2010.

ROXIN, CLAUS. *Derecho Procesal Penal*, 25ª ed. alemana, trad. CÓRDOBA/PASTOR, Buenos Aires, Del Puerto.

SAMPEDRO ARRUBLA, CAMILO. Detención preventiva y seguridad ciudadana, en *XXIV Jornadas Internacionales de Derecho Penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012.

SANGUINÉ, ODOÑO. *Prisión provisional y derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

VIDAL FUEYO, MARÍA DEL CAMINO. “El principio de proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad de la actividad del juez”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2005, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx>