

D-11214  
OK

Honorables  
MAGISTRADOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL  
Bogotá D.C.  
E.S.D.-



Ref. Demanda de Inconstitucionalidad.

Yo, **SALUSTIANO FORTICH M.**, mayor de edad, domiciliado en el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias (Bol.), identificado con la C.C. No. 79.478.264 de Bogotá, abogado titulado y en ejercicio, portador de T.P. No. 66.225, otorgada por el Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi propio nombre y representación, de manera altamente respetuosa concurre ante su competente autoridad a fin de incoar la siguiente demanda de inconstitucionalidad, razón por la cual tendrán en cuenta los argumentos jurídicos que a continuación se exponen:

**a.- NORMA CUYA INCONSTITUCIONALIDAD SE DEMANDA.**

La norma objeto de la presente acción constitucional, está incluida en el Código de Procedimiento Penal, Libro II (Técnicas de Indagación e Investigación de la prueba y Sistema Probatorio), Título IV (Régimen de la Libertad y su restricción), Capítulo III (Medidas de Aseguramiento), artículo 310 de la Ley 903 de 2004, modificado por la Ley 1142 de 2007, artículo 24, modificado por la Ley 1453 de 2011, artículo 65, modificado por la Ley 1760 de 2015, artículo 3º, cuyo texto literal me permito transcribir así:

*“Peligro para la comunidad*

Art. 310.- Para estimar si la libertad del imputado representa un peligro futuro para la seguridad de la comunidad, además de la gravedad y modalidad de la conducta punible y la pena imponible, el juez deberá valorar las siguientes circunstancias:

- 1.- La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales.
- 2.- El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos.
- 3.- El hecho de estar disfrutando de un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de libertad, por delito doloso o preterintencional.
- 4.- La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional.
- 5.- Cuando se utilicen armas de fuego o blancas.
- 6.- Cuando el punible sea por abuso sexual con menor de 14 años.

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

El decreto de inconstitucionalidad pretendido con esta demanda, recaerá sobre los apartes subrayados de la norma en cita.

#### **b.- NORMAS CONSTITUCIONALES INFRINGIDAS.**

Las normas constitucionales que se consideran infringidas por la disposición procesal penal en comento son las siguientes:

b.1.- **El Preámbulo constitucional** en cuanto reza:

#### “EL PUEBLO DE COLOMBIA

En ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente...” (negrillas fuera de texto)

b.2.- **Carta Política, artículo 28**, modificado por el art. 3° del Acto Legislativo 02 de 2003, cuyo tenor es como sigue:

“**Toda persona es libre. Nadie puede ser** molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, **ni detenido**, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y **por motivo previamente definido en la ley.**”

**La persona detenida preventivamente** será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, para que este adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.

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

Una ley estatutaria reglamentará la forma en que, sin previa orden judicial, las autoridades que ella señale pueden realizar detenciones, allanamientos y registros domiciliarios, con aviso inmediato a la Procuraduría General de la Nación y control judicial posterior dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, siempre que existan serios motivos para prevenir la comisión de actos terroristas. Al iniciar cada período de sesiones el Gobierno rendirá informe al Congreso sobre el uso que se haya hecho de esta facultad. Los funcionarios que abusen de las medidas a que se refiere este artículo incurrirá en falta gravísima, sin perjuicio de las demás responsabilidades a que hubiere lugar”. (negrillas fuera de texto)

b.3.- Carta Política, Artículo 29. "El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él; o de oficio, durante la investigación y juzgamiento; a un debido proceso público y sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra, a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso". (negrillas fuera de texto)

b.4.- Carta Política, artículo 93. "Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

(Adicionado mediante Acto Legislativo 02/2001, art. 1º) El Estado colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la conferencia de Plenipotenciarios de la Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución.

La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la constitución tendrán efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada por él". (negrillas y subrayas fuera de texto)

b.5.- Carta Política, artículo 4º. "La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

Es deber de los nacionales y los extranjeros en Colombia acatar la constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades".

b.6.- **Carta Política, artículo 5º.** El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona...”.

b.7.- **Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 7º.** Derecho a la libertad personal.

1.- Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.

2.- Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

3.- Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

4.- Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.

5.- Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable o a ser puesto en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio...”.

b.8.- **Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 8.** Garantías Judiciales.

1.- Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella (...)

2.- Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad...”.

b. 9.- **Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 9.**

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

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

b.10.- Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos, artículo 14.

1.- Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella (...)

2.- Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley...".

c.- RAZONES DE LA VIOLACIÓN DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES.

Cargo Primero: Exclusión evidente del Bloque de Constitucionalidad, los Tratados y Convenios Internacionales (CADH, arts. 7 y 8, PIDCP, arts. 9 y 14) y la Carta Política (arts. 93, 4 y 5).

c.1.- Se tiene claro que la libertad personal es, entre otras cosas, un derecho fundamental, y como tal, susceptible de limitaciones<sup>1</sup>.

También está claro en la actualidad, que una de las formas, aceptadas por los Estados modernos de todas las latitudes, de limitar el derecho fundamental de libertad individual, la constituyen las medidas de aseguramiento, incluida, por supuesto, la ficción jurídica de la detención preventiva (también conocida como prisión preventiva), bien sea en establecimiento de reclusión ora de carácter domiciliario<sup>2</sup>.

En este sentido, en Colombia resulta enteramente válido privar de la libertad (encarcelar) de manera cautelar a una persona durante el proceso penal que se sigue en su contra, mediante la imposición de una de las medidas de aseguramiento consagradas en el art. 307 literal A numerales 1 y 2 de la Ley 906 de 2004.

<sup>1</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-774 de 2001, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil. "El derecho a la libertad personal, no obstante ser reconocido como elemento básico y estructural del Estado de Derecho, no alcanza dentro del mismo ordenamiento jurídico un carácter absoluto e ilimitado. Ha precisado esta Corte: "... Los derechos fundamentales, no obstante su consagración constitucional y su importancia, no son absolutos y, por lo tanto, necesariamente deben armonizarse entre sí y con los demás bienes y valores protegidos por la Carta, pues, de lo contrario, ausente esa indispensable relativización, la convivencia social y la vida institucional no serían posibles...".

<sup>2</sup> En virtud del principio de inocencia, en el marco de un proceso penal, el imputado debe permanecer en libertad, como regla general.

70. Sin perjuicio de ello, es aceptado que el Estado, sólo como excepción y bajo determinadas condiciones, está facultado para detener provisionalmente a una persona durante un proceso judicial aún inconcluso, con la atención de que la duración excesiva de la prisión preventiva origina el riesgo de invertir el sentido de la presunción de inocencia, convirtiendo la medida cautelar en una verdadera pena anticipada. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Organización de Estados Americanos, Informe No. 86/09, caso No. 12553, Jorge, José y Dante Peirano Basso contra República Oriental de Uruguay, 06 de agosto de 2009).

Sin embargo, no se trata éste de un ejercicio arbitrario ni libérrimo de las autoridades judiciales, sino sujeto a estrictos lineamientos constitucionales y legales cuyo respeto, observancia y cumplimiento se imponen con toda necesidad, toda vez que lo que está en juego es, nada más y nada menos, que el derecho fundamental de libertad de una persona, por cuya vigencia, en y por principio, debe velar el Estado, mientras que su restricción se efectuará, en su caso, de manera excepcional, tal y como lo prescribe el principio de interpretación de derechos humanos denominado *pro-hómíne*, impecablemente condensado en el art. 295 del C.P.P., en cuyo texto se lee: *Afirmación de la libertad*. "Las disposiciones de este Código que autorizan preventivamente la privación o restricción de la libertad del imputado tienen carácter excepcional, sólo podrán ser interpretadas restrictivamente y su aplicación debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales".

Debemos entender, entonces, que las medidas de aseguramiento conforman una especie del control social ejercido mediante el derecho penal, que tienen por objeto proteger al proceso penal mismo de unos riesgos que podrían ser inconvenientes para la correcta administración de justicia, empero, sin dejar de respetar los derechos humanos individuales de quien es objeto del enjuiciamiento, por lo que se hace indispensable no perder de vista lo que sobre la tensión entre la eficacia del derecho penal y el respeto por los derechos y garantías del procesado JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA advierte con estas palabras:

"Esta doble misión del derecho penal —controlar el crimen y proteger al individuo frente al poder penal que se instituye para controlarlo— se ha expresado bien con la idea de "control del control" (BUSTOS RAMÍREZ, AGUDELO BETANCUR), que en el fondo no traduce otra cosa que una modernización del concepto clásico liberal de poder controlado (CARRARA, MONTESQUIEU). La ley funge sin duda como control comunitario del crimen y como control o auto-regulación de este poder, pero ella también tiene que ser controlada y para hacerlo están los valores positivos supra-legales y los principios jurídicos de la sociedad moderna (derechos fundamentales, derechos humanos internacionales, dignidad y autonomía de la persona humana, principios generales del derecho, Estado de derecho, participación democrática, justicia social, etc.).

El derecho penal tiene que proteger a la comunidad contra las amenazas de guerra general y disolución que el mal del delito puede comportar —sobre todo en sus formas más graves de aparición—, pero debe asimismo tutelar al individuo contra el arrasamiento que puede acarrearle el mal de la pena en un derecho penal sin límites objetivos y efectivos controles. Dado que el derecho penal utiliza los medios más severos de protección social (que son las penas criminales), ha de servirse también constantemente de los más fuertes e

inflexibles controles en la tutela de la persona humana. La deontología mínima absoluta de estos controles (que suelen llamarse en general **garantías penales y procesales**) son los derechos humanos internacionales, *conditio sine qua non* y contenido mínimo absoluto de la justicia social y por tanto de la coexistencia pacífica. Sin esto la pena sólo sería opresión y, específicamente, represión o fuerza, y el derecho factor de dominación escueta y no de configuración de los límites supremos de la actuación social del individuo y del Estado (...)

...La seguridad y libertad de los ciudadanos —ha recordado no hace mucho **ÁLVARO ORLANDO PÉREZ**— no son amenazadas únicamente por los delitos, sino también, y generalmente en mayor medida, por las penas excesivas y despóticas, por los arrestos y los procesos sumarios, por los controles de policía arbitrarios e invasores, es decir, por aquél conjunto de intervenciones definidas como “Justicia Penal”, la que en la historia de la humanidad ha costado más dolores e injusticias que todos los delitos cometidos”, y, como agregan otros, probablemente también más sangre que todas las guerras juntas. Se vislumbra, entonces, que un mal derecho penal, aunque sea muy “nuevo”, apareja tanta o mayor nocividad que los delitos que pretende perseguir...”<sup>3</sup>.

**Lo dicho, trasladado al terreno procesal penal que nos incumbe, permite afirmar que la detención preventiva (intramural o domiciliaria), constituye uno de los controles más severos de la sociedad respecto a la libertad del individuo, en consecuencia, resulta necesario que, a su vez, sea objeto de los más rigurosos controles para su imposición por parte de los jueces de la República con miras a que no se convierta en instrumento desbordado, indiscriminado y arbitrario de injusticia.**

Siendo ello así, la detención preventiva (como forma de medida de aseguramiento) se ha edificado sobre sólidos como universales principios decantados por autorizados organismos internacionales y alrededor de ella ha proliferado una serie de rigurosas exigencias, tanto objetivas como subjetivas, que son de insoslayable concurrencia en punto a permitir su imposición contra un ciudadano, en atención a que la regla general es la libertad del individuo, incluso cuando es sujeto de procesamiento penal en su contra.

Es así por lo que, el art. 306 del C.P.P. exige, entre otras cosas, la indicación de la persona contra la cual se solicita la medida cautelar, el delito, los elementos materiales probatorios necesarios para sustentarla y su urgencia, en tanto que el art. 308 *ibidem*, demanda dos aspectos medulares: **i)** la inferencia razonable, fundada en los elementos materiales probatorios y evidencia física, en cuanto a que el imputado es autor o partícipe de la

<sup>3</sup> Fernández Carrasquilla, Juan, Delito y Error, Perspectiva político criminal y esquema dogmático, Ed. Leyer, Bogotá D.C. (2007), págs. 25, 26 y 27.

conducta punible que se investiga y ii) el cumplimiento adicional de uno de los siguientes requisitos: 1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia; 2. **Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad** o de la víctima y 3. Que resulta probable que el imputado no comparezca al proceso o que no cumplirá la condena.

Por su parte, el art. 313 de la misma obra penal, una vez satisfechos los requisitos antes señalados, establece cuatro casos puntuales que, a partir de parámetros objetivos, permiten la procedencia de, específicamente, la detención preventiva, los cuales, por no formar parte de las pretensiones de este libelo, no son, asimismo, pertinentes entrar a desarrollar.

Estos últimos tres requisitos del art. 308 del C.P.P. son los que, tanto en la jurisprudencia, la doctrina y la práctica forense, también se conocen como criterios de necesidad de la medida de aseguramiento, los cuales, contrario a todos los pronósticos, se encontraban regulados de manera más acorde con las prescripciones y consideraciones garantistas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la Ley 600 de 2000<sup>4</sup> que en el actual régimen acusatorio. Paradójica e increíblemente, la Ley 906/04 resultó, sin lugar a dudas, mucho más gravosa que el Código de Procedimiento Penal que le precedió específicamente en cuanto a la inclusión de los requisitos de necesidad para imponer una medida de aseguramiento, habida cuenta que el art. 355 de la Ley 600 de 2000 respecto a los fines de la detención preventiva literalmente estipula:

“La imposición de la medida de aseguramiento procederá para garantizar la comparecencia del sindicado al proceso, la ejecución de la pena privativa de libertad o impedir su fuga o la continuación de su actividad delictual o las labores que emprenda para ocultar, destruir o deformar elementos probatorios importantes para la instrucción o entorpecer la actividad probatoria”.

Nótese como en la legislación procesal penal anterior **no** se incluía como fin de la medida de aseguramiento **el peligro para la comunidad**, y ello tiene su razón de ser en el cumplimiento y fiel acatamiento del bloque de constitucionalidad en cuanto impone no solo que los tratados y convenios internacionales prevalecen en el orden interno sino que los derechos y deberes consagrados en la Carta se interpretarán conforme a dichos instrumentos internacionales. Esta exigencia constitucional fundamental reviste tan superlativa importancia para un Estado social y democrático de derecho, que ha obligado a que entre las normas rectoras de la Ley 906/04 (art. 3) se reproduzca enfáticamente su contenido con el objeto de que nunca

<sup>4</sup> Hasta que se introdujo la Sentencia C-774 de 2001, que amplió la interpretación del artículo 355 de la Ley 600/2000, entre otros aspectos, al peligro para la comunidad.

se nos olvide a los operadores judiciales su ineludible aplicación. Ello ha llevado a la Corte Constitucional ha efectuar la siguiente precisión:

“La interpretación de los derechos constitucionales (entre ellos a la protección efectiva de los derechos fundamentales) de conformidad a lo dispuesto en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, es imperativa según lo manda el inciso segundo del artículo 93 de la Constitución. Sobre el particular, la Corte ha señalado:

“En tales condiciones, el inciso primero del artículo 93 de la Carta permite incorporar ciertos derechos y principios al bloque de constitucionalidad, incluso cuando éstos no han sido reconocidos por el articulado constitucional, pero para ello se requiere que sean derechos no limitables en estado de excepción. Por su parte, el inciso segundo del artículo 93 superior tiene otra finalidad pues esa norma completa y dinamiza el contenido protegido de un derecho que ya está consagrado en la Carta, puesto que, conforme a ese inciso, tal derecho debe ser interpretado con los tratados ratificados por Colombia. Ahora bien, los convenios en ésta materia suelen incorporar una cláusula hermenéutica de favorabilidad, según la cual no puede restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos en un Estado en virtud de su legislación interna o de otros tratados internacionales, invocando como pretexto que el convenio en cuestión no los reconoce o los reconoce en menor valor. Esta Corte, en varias sentencias, ha reconocido el carácter vinculante en el ordenamiento colombiano de ésta regla de hermenéutica, según la cual, en caso de conflictos entre distintas normas que consagran o desarrollan los derechos humanos, el intérprete debe preferir aquella que sea más favorable al goce de los derechos. En ese contexto, la Corte concluye que el artículo 93-2 constitucionaliza todos los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia y referidos a derechos que ya aparecen en la Carta y, en virtud de la regla hermenéutica sobre favorabilidad, el interprete debe escoger y aplicar la regulación que sea más favorable a la vigencia de los derechos humanos.

13. Ahora bien, **la Constitución dispone que la incorporación se realiza por vía de interpretación**: “...se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. **Ello obliga a indagar sobre lo que realmente se incorpora por ésta vía**, pues no puede interpretarse una norma positiva de textura abierta (como las que definen derechos constitucionales) con otra norma que reviste las mismas características. Solo es posible (i) fundir ambas normas (la nacional y la internacional) y (ii), **acoger la interpretación que las autoridades competentes hacen de las normas internacionales e integrar dicha interpretación al ejercicio hermenéutico de la Corte**. Por ello esta Corte ha señalado, en varias oportunidades, que la jurisprudencia de las instancias internacionales de derechos

humanos constituye una pauta relevante para interpretar el alcance de los tratados y por ende de los propios derechos constitucionales". (Sentencia SU.058 de 2003, expediente T-509109, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Montealegre Lynett, Corte Constitucional)

De lo transcrito bien se puede colegir que los criterios de necesidad de una medida de aseguramiento se deben compadecer con los principios e interpretaciones que se efectúan del ordenamiento supra-nacional por los organismos internacionales autorizados para tal fin. Dicho de otro modo, resulta obligatorio para el Estado colombiano, por exigencia expresa del bloque constitucional, acoger la interpretación que las autoridades competentes hacen de las normas internacionales e integrar dicha interpretación al ejercicio hermenéutico de la Corte Constitucional, lo cual, debido al nuevo paradigma del sistema de fuentes, se convertirá en ley de la República con fuerza de mandato constitucional (art. 4 C.N.).

En este orden de ideas, resulta indispensable, entonces, traer a colación lo que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>5</sup> ha considerado respecto a los principios y criterios que rigen y sirven para sustentar la necesidad de la detención preventiva, en los siguientes términos:

#### **"CONSIDERACIONES GENERALES**

68. El artículo 7 de la Convención Americana, en su punto 5, dice:

Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de

---

<sup>5</sup> La Comisión tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, y en el ejercicio de su mandato tiene las siguientes funciones y atribuciones:

- a. estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América;
- b. formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos;
- c. preparar los estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones;
- d. solicitar de los gobiernos de los Estados miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos;
- e. atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, le formulen los Estados miembros en cuestiones relacionadas con los derechos humanos y, dentro de sus posibilidades, les prestará el asesoramiento que éstos le soliciten;
- f. actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de esta Convención, y
- g. rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos. (negritas fuera de texto)

un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.<sup>[13]</sup>

A su vez, el artículo 8(2), expresa:

Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad...

69. En virtud del principio de inocencia, en el marco de un proceso penal, el imputado debe permanecer en libertad, como regla general.

70. Sin perjuicio de ello, es aceptado que el Estado, sólo como excepción y bajo determinadas condiciones, está facultado para detener provisionalmente a una persona durante un proceso judicial aún inconcluso, con la atención de que la duración excesiva de la prisión preventiva origina el riesgo de invertir el sentido de la presunción de inocencia, convirtiendo la medida cautelar en una verdadera pena anticipada<sup>[14]</sup>.

71. En este sentido, la Comisión ha afirmado que, al establecer las razones legítimas que pudiesen justificar la prisión preventiva, "en todos los casos deben tomarse en consideración los principios universales de presunción de inocencia y de respeto a la libertad individual"<sup>[15]</sup>.

72. Como derivación del principio de inocencia, se exige un límite temporal "razonable" a la prisión preventiva en virtud del cual toda persona debe recibir el trato de inocente hasta tanto una sentencia condenatoria firme establezca lo contrario.

73. Aquí se presenta un conflicto entre la garantía de no ser privado de la libertad personal hasta el dictado de una sentencia que imponga una pena en función de la culpabilidad por el hecho cometido y los deberes del Estado de respetar esos derechos y de que el proceso no se vea frustrado en su ejecución por la incomparecencia del imputado o en la obtención de la prueba.

74. La Corte Interamericana, en el caso "Velásquez Rodríguez", sostuvo:

... por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana<sup>[16]</sup>.

75. Como toda limitación a los derechos humanos, ésta debe ser interpretada restrictivamente en virtud del principio *pro homine*, por el cual, en materia de reconocimiento de derechos, se debe estar a la norma más amplia y a la interpretación más extensiva e, inversamente, a la norma y a la interpretación más restringida en materia de limitación de derechos. Ello se impone, asimismo, para evitar que la excepción se convierta en regla, debido a que esa restricción de naturaleza cautelar se aplica sobre una persona que goza del estado de inocencia hasta tanto un fallo firme lo destruya. De ahí la necesidad de que las restricciones de los derechos individuales impuestas durante el proceso, y antes de la sentencia definitiva, sean de interpretación y aplicación restrictiva, con el cuidado de que no se desnaturalice la garantía antes citada (...)

... 80. Una vez establecida esta relación entre el hecho investigado y el imputado, presente en toda medida de coerción, corresponde fijar los fundamentos por los cuales se podrá disponer la privación de la libertad durante un proceso penal.

81. La Convención prevé, como únicos fundamentos legítimos de la prisión preventiva los peligros de que el imputado intente eludir el accionar de la justicia o de que intente obstaculizar la investigación judicial, en su artículo 7(5): "Toda persona detenida o retenida... tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio". Por medio de la imposición de la medida cautelar, se pretende lograr la efectiva realización del juicio a través de la neutralización de los peligros procesales que atentan contra ese fin.

82. Al respecto, la Corte Interamericana ha establecido:

Del artículo 7.3 de la Convención se desprende la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia.<sup>[21]</sup>

83. Por su parte, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos<sup>[22]</sup>, en su artículo 9.3, dispone:

Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal... tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

84. Como se ha dicho, esta limitación al derecho a la libertad personal, como toda restricción, debe ser interpretada siempre en favor de la vigencia del derecho, en virtud del principio *pro homine*. Por ello, se deben desechar todos los demás esfuerzos por fundamentar la prisión durante el proceso 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. Ésos 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.

85. **A su vez, el riesgo procesal de fuga o de frustración de la investigación debe estar fundado en circunstancias objetivas.** La mera alegación sin consideración del caso concreto no satisface este requisito. Por ello, las legislaciones sólo pueden establecer presunciones *iuris tantum* sobre este peligro, basadas en circunstancias de hecho que, de ser comprobadas en el caso concreto, podrán ser tomadas en consideración por el juzgador para determinar si se dan en el caso las condiciones de excepción que permitan fundamentar la prisión preventiva. De lo contrario, perdería sentido el peligro procesal como fundamento de la prisión preventiva. Sin embargo, nada impide que el Estado imponga condiciones limitativas a la decisión de mantener la privación de libertad.

86. En apoyo a esas consideraciones, la Corte Europea ha sostenido 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 asentarlo en sus decisiones relativas a las solicitudes de libertad<sup>[23]</sup>.

87. Asimismo, la Corte Interamericana también ha establecido que los tribunales nacionales deben evaluar oportunamente todos los argumentos a fin de precisar si se mantenían las condiciones que justificaran la prisión preventiva.<sup>[24]</sup>

88. La obligación de verificar el peligro ha sido reconocida por la Comisión en otra oportunidad, al señalar:

que la detención preventiva es una medida excepcional y que se aplica solamente en los casos en que haya una sospecha razonable de que el acusado podrá evadir la justicia, obstaculizar la investigación preliminar intimidando a los testigos, o destruir evidencia.<sup>[25]</sup>

89. La "seriedad de la infracción como [la] severidad de la pena" pueden ser tomadas en consideración al momento de analizar el riesgo de evasión pero con la advertencia sentada en el Informe N° 12/96:

su utilización para justificar una prolongada prisión previa a la condena produce el efecto de desvirtuar la finalidad de la medida cautelar, convirtiéndola, prácticamente, en un sustituto de la pena privativa de libertad.<sup>[26]</sup>

Y, "[a]demás, la expectativa de una pena severa, transcurrido un plazo prolongado de detención, es un criterio insuficiente para evaluar el riesgo de evasión del detenido. El efecto de amenaza que para el detenido representa la futura sentencia disminuye si la detención continúa, acrecentándose la convicción de aquél de haber servido ya una parte de la pena."<sup>[27]</sup>

90. Por su parte, la Corte ha sido más categórica al enfatizar "la necesidad, consagrada en la Convención Americana, de que la prisión preventiva se justificará en el caso concreto, a través de una ponderación de los elementos que concurran en éste, y que en ningún caso la aplicación de tal medida cautelar sea determinada por el tipo de delito que se impute al individuo".<sup>[28]</sup>

91. Al realizar el pronóstico de pena para evaluar el peligro procesal, siempre se debe considerar el mínimo de la escala penal o el tipo de pena más leve prevista. De lo contrario, se violaría el principio de inocencia porque, como la medida cautelar se dispone con el único fin de asegurar el proceso, ella no puede referir a una eventual pena en concreto que suponga consideraciones que hacen a la atribución del hecho al imputado. Asimismo, en los supuestos en los que se intenta realizar un pronóstico de pena en concreto, se viola la imparcialidad del juzgador y el derecho de defensa en juicio. La consideración de circunstancias particulares como la concurrencia de delitos o la aplicación de reglas que impidan que la eventual condena no sea de efectivo cumplimiento, podrán ser sopesadas en ese contexto y de acuerdo al fin procesal perseguido, lo cual es incompatible con su utilización como pautas absolutas y definitivas. Admiten ser valoradas para concretar la estimación de la mínima respuesta punitiva que, eventualmente, se habrá de dar en el caso.

92. Hasta aquí el análisis del presupuesto y los fundamentos de la prisión preventiva. Restan aún considerar

los que constituyen principios limitadores del encarcelamiento preventivo a la hora de resolver un caso concreto.

93. El principio rector para establecer la legalidad de la prisión preventiva es el de "excepcionalidad", en virtud del cual se intenta evitar que la prisión preventiva se convierta en regla y, así, se desvirtúe su fin.

94. En este sentido, la Comisión ha sostenido, en el Informe N° 12/96:

...[s]e trata de una medida necesariamente excepcional en vista del derecho preeminente a la libertad personal y el riesgo que presenta la detención preventiva en lo que se refiere al derecho a la presunción de inocencia y las garantías de debido proceso legal, incluido el derecho a la defensa.<sup>[29]</sup>

95. Por su parte, la Corte, en el caso "López Álvarez vs. Honduras"<sup>[30]</sup>, destacó:

La prisión preventiva está limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática. Constituye la medida más severa que se puede imponer al imputado, y por ello debe aplicarse excepcionalmente. La regla debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal.<sup>[31]</sup>

96. Sobre esta cuestión, la Comisión no puede desconocer la importancia de los instrumentos internacionales vigentes como fuente de interpretación de la Convención.

97. En este sentido, el carácter excepcional de la detención procesal está expresamente establecido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 9.3, que dispone:

...La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general....

98. A su vez, el principio 39 del Conjunto de Principios para la Protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, establece:

Excepto en casos especiales indicados por ley, toda persona detenida a causa de una infracción penal tendrá derecho, a menos que un juez u otra autoridad decida lo contrario en interés de la administración de justicia, a la libertad en espera de juicio con sujeción a las condiciones que se impongan conforme a derecho. Esa autoridad mantendrá en examen la necesidad de la detención.<sup>[32]</sup>

99. Este principio también está plasmado en la disposición 6.1 de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio):

En el procedimiento penal sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso...

100. Las medidas cautelares se establecen en tanto sean indispensables para los objetivos propuestos. La prisión preventiva no es una excepción a esta regla. Como consecuencia del principio de excepcionalidad, sólo procederá la prisión preventiva cuando sea el único medio que permita asegurar los fines del proceso porque se pueda demostrar que las medidas menos lesivas resultarían infructuosas a esos fines. Por eso, siempre se debe procurar su sustitución por una de menor gravedad cuando las circunstancias así lo permitan.

101. En el caso "Suárez Rosero", la Corte afirmó:

...De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Este concepto está expresado en múltiples instrumentos del derecho

internacional de los derechos humanos y, entre otros, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general (art. 9.3)...”[33]

Como bien se puede observar del texto transcrito, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos es reiterativa como enfática en afirmar que el fin de las medidas de las medidas de aseguramientos es la evitación de riesgos netamente procesales, esto es, proteger el proceso penal de aquellos peligros que atenten contra la recta, pronta y cumplida administración de justicia, los cuales, en el caso colombiano, no se reducen, como expresamente lo manda la Comisión, al peligro de no comparecencia (fuga) y la obstrucción de la justicia sino que injustificadamente se amplían con el peligro para la comunidad. Es claro que la dicha Comisión no incluye el peligro para la comunidad, por el contrario, se esfuerza con denuedo en proscribir la imposición de medidas de aseguramiento con esta base, al punto de expresamente resaltar la ineluctable aplicación del principio *pro-hómine* a efectos de determinar los criterios de necesidad de una medida de aseguramiento, para, de inmediato, apodícticamente señalar que “se deben desechar todos los demás esfuerzos por fundamentar la prisión durante el proceso 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. Ésos 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”.

Lo anterior es, por demás, sensato, si se tiene en cuenta que ninguna de las causales o presupuestos contemplados en los siete (7) numerales del art. 310 del C.P.P., con excepción hecha por la misma Comisión de Derechos Humanos de la “continuación de la actividad delictiva”, señalada en el num. 1 de dicha disposición, corresponden a riesgos procesales. Así las cosas, cabe preguntarse: ¿De qué forma la probable vinculación con organizaciones criminales pone en riesgo el proceso penal, al punto que no se puedan llevar a cabo las correspondientes actuaciones ni lograr el objetivo de dictarse una sentencia de fondo justa? La misma pregunta es válida para lo que tiene que ver con: i) el número de delitos y la naturaleza de los mismos, ii) El hecho de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad por delito doloso o preterintencional, iii) la existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional, iv) cuando se

utilicen armas de fuego o armas blancas, v) Cuando el punible sea por abuso sexual con menor de 14 años y vi) cuando el o los imputados hagan parte o pertenezcan a un grupo de delincuencia organizada.

Y es que estas hipótesis no pueden conformar riesgos procesales que legitimen o sustenten la imposición de una medida de aseguramiento, habida consideración de que todas se apoyan en criterios relacionados con la peligrosidad del agente, por un lado, y de derecho penal material o sustancial, no procesal, propios de la respuesta punitiva, por el otro.

Es así como:

- 1.- La probable vinculación con organizaciones criminales corresponde a evaluaciones propias de la sentencia de fondo en cuanto a determinar la eventual existencia, por ejemplo, del punible de concierto para delinquir o de figuras como la co-autoría (propia o impropia).
- 2.- El número de delitos y la naturaleza de los mismos, corresponden a evaluaciones propias de la sentencia de fondo que hacen relación con la figura del concurso de conductas punibles (art. 31 C.P.) y a aspectos de derecho penal especial, respectivamente.
- 3.- El hecho de estar disfrutando de un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de libertad por delito doloso o preterintencional, corresponde a evaluaciones sustantivas posteriores a la condena, como por ejemplo la concesión de la reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad muy grave (art. 68 C.P.).
- 4.- La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional, corresponde a evaluaciones sustantivas posteriores a la condena, como por ejemplo la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena (art. 63 numerales 2 y 3 C.P.) o la exclusión de beneficios y subrogados de que trata el art. 68 A *ibídem*, entre otros.
- 5.- La utilización de armas de fuego o armas blancas, corresponde a valoraciones sustanciales propias de la sentencia de fondo, por ejemplo como la determinación del concurso de conductas punibles y/o los factores de ponderación de la pena establecidos en el art. Art. 61 inc. 2 del C.P.
- 6.- Que el punible sea contra un menor de 14 años, es un aspecto de la sentencia de fondo que hace relación con la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, antes que un riesgo que afecte al proceso penal mismo.
- 7.- Y que el o los imputados hagan parte o pertenezcan a un grupo de delincuencia organizada<sup>6</sup>, es un aspecto que se ventila en la sentencia para la

<sup>6</sup> Resulta pertinente recordar lo que sobre este tópico ha manifestado la Corte Constitucional: *La "pertenencia a la organización criminal" no es una conducta tipificada como delito autónomo en la ley penal, lo que conduce a que sea la autoridad encargada de aplicar el precepto la que defina qué conductas delictivas caen bajo la órbita de la causal, a fin de determinar si se trata de punibles respecto de los cuales existe disponibilidad de la acción penal. La "pertenencia a una organización criminal", constituye un elemento normativo que puede estar comprendido en más de una modalidad delictiva, o incluso puede aludir a una forma de participación colectiva en un ilícito, circunstancia que evidentemente introduce un elemento de indeterminación, en una materia en la que la definición previa, clara e inequívoca de los punibles sobre los cuales es posible suspender, interrumpir o renunciar a la acción pena, resulta relevante.* (Sentencia C-936 de 2010, M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva)

determinación de la tipicidad en el delito de concierto para delinquir, o de ponderación de la pena conforme al art. 61 del C.P.

En todo caso, se reitera, todos estos aspectos se avienen a valoraciones de derecho penal sustancial o material y de ningún modo pueden concebirse como riesgos del proceso penal, en consecuencia, la inconstitucionalidad de los mismos es evidente, por lo que se deben sustraer del orden jurídico mediante la declaratoria de inexecutable.

En este contexto, y para reafirmar con mayor fuerza la inconstitucionalidad del peligro para la comunidad como criterio de necesidad de las medidas de aseguramiento hago eco de las consideraciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, esta vez en el informe No. 2/97 del 11 de marzo de 1997, al señalar:

“La Comisión ha desarrollado un análisis de dos aspectos para determinar si la prisión preventiva en un caso específico constituye una violación del derecho a la libertad personal y las garantías judiciales consagradas en la Convención Americana.

24. En primer lugar, las autoridades judiciales nacionales deben justificar la medida mencionada de acuerdo a alguno de los criterios establecidos por la Comisión, que serán analizados en el presente informe. En segundo lugar, cuando la Comisión decide que tal justificación existe, debe proceder a examinar si dichas autoridades han empleado la debida diligencia en las respectivas actuaciones, a fin de que la duración de la medida no resulte irrazonable.

25. La Comisión ha revisado su propia jurisprudencia y la de los órganos internacionales de derechos humanos para establecer las razones legítimas que pudiesen justificar la prisión preventiva de una persona durante un plazo prolongado. Sin embargo, la Comisión tiene la convicción de que en todos los casos deben tomarse en consideración los principios universales de presunción de inocencia y de respeto a la libertad individual.

#### A. Justificaciones

##### i. Presunción de que el acusado ha cometido un delito

26. La Comisión considera que la presunción de culpabilidad de una persona no sólo es un elemento importante, sino una condición "sine qua non" para continuar la medida restrictiva de la libertad. El artículo 366 del Código de Procedimientos en Materia Penal dispone que debe existir una razonable sospecha de la culpabilidad de una persona para que el juez ordene su prisión preventiva.

27. No obstante, la sola sospecha resultará insuficiente para justificar la continuación de la privación de la libertad. Los magistrados actuantes deben producir otros elementos adicionales para otorgar validez a la detención luego de transcurrido un cierto tiempo.

## ii. Peligro de fuga

28. La seriedad del delito y la eventual severidad de la pena son dos factores que deben tenerse en cuenta para evaluar la posibilidad de que el procesado intente fugarse para eludir la acción de la justicia. Sin embargo, tampoco resultan suficientes, luego de transcurrido cierto plazo, para justificar la continuación de la prisión preventiva. Además, debe tenerse en cuenta que el peligro de ocultamiento o fuga disminuye a medida que aumenta la duración de la detención, ya que este plazo será computado a efectos del cumplimiento de la pena aplicada en la sentencia.

29. La posibilidad de que el procesado eluda la acción de la justicia debe ser analizada considerando varios elementos, incluyendo los valores morales demostrados por la persona, su ocupación, bienes que posee, vínculos familiares y otros que le mantendrían en el país, además de una posible sentencia prolongada.

30. En consecuencia, si los magistrados que entienden en la causa no tienen la posibilidad de demostrar que existe suficiente evidencia de una eventual intención de fuga u ocultamiento, la prisión preventiva se vuelve injustificada.

31. Además, la Comisión observa que si ésta es la única razón para la continuación de esta medida restrictiva de la libertad, las autoridades judiciales pueden solicitar las medidas necesarias para asegurar que el acusado comparezca, tales como fianzas, o en casos extremos la prohibición de salida del país. En tales casos, la fianza puede fijarse a un nivel tal que la perspectiva de perderla sería un elemento disuasivo suficiente para evitar que el procesado se fugue del país o eluda la acción de la justicia.

## iii. Riesgo de comisión de nuevos delitos

32. Cuando las autoridades judiciales evalúan el peligro de reincidencia o comisión de nuevos delitos por parte del detenido, deben tener en cuenta la gravedad del crimen. Sin embargo, para justificar la prisión preventiva, el peligro de reiteración debe ser real y tener en cuenta la historia personal y la evaluación profesional de la personalidad y el carácter del acusado. Para tal efecto, resulta especialmente importante constatar, entre otros elementos, si el procesado ha sido anteriormente condenado por ofensas similares, tanto en naturaleza como en gravedad.

## iv. Necesidad de investigar y posibilidad de colusión

33. La complejidad de un caso puede justificar la prisión preventiva. Especialmente, cuando se trata de un caso que requiere de interrogatorios difíciles de llevar a cabo, y donde el acusado ha impedido, demorado, o conspirado con otros que están siendo investigados en el curso normal del proceso judicial. Pero una vez que la investigación se ha efectuado, y que los interrogatorios han concluido, la necesidad de investigación por sí sola no puede justificar la continuación de la medida restrictiva de libertad.

34. La Comisión considera que no es legítimo invocar las "necesidades de la investigación" de manera general y abstracta para justificar la prisión preventiva. Dicha justificación debe fundamentarse en un peligro efectivo de que el proceso de investigación será impedido por la liberación del acusado.

v. **Riesgo de presión sobre los testigos**

35. El riesgo legítimo de que los testigos u otros sospechosos sean amenazados también constituye un fundamento válido para dictar la medida al inicio de la investigación. Pero cuando la investigación prosigue y dichas personas ya han sido interrogadas suficientemente, el peligro disminuye y deja de ser válida la justificación para mantener la prisión preventiva. Las autoridades judiciales deben demostrar igualmente que existen fundados motivos para temer la intimidación de los testigos o sospechosos por parte del procesado.

vi. **Preservación del orden público**

36. La Comisión reconoce que en circunstancias muy excepcionales, la gravedad especial de un crimen y la reacción del público ante el mismo pueden justificar la prisión preventiva por un cierto período, por la amenaza de disturbios del orden público que la liberación del acusado podría ocasionar. Cabe enfatizar que para que constituya una justificación legítima, dicha amenaza debe seguir siendo efectiva mientras dure la medida de restricción de la libertad del procesado.

37. En todos los casos en que se invoque la preservación del orden público para mantener a una persona en prisión preventiva, el Estado tiene la obligación de probar en forma objetiva y concluyente que tal medida se justifica exclusivamente con base en esa causal...".

Dos cosas importantes se deben destacar de las consideraciones de este informe: i) Que la Comisión Interamericana de derechos Humanos le impone a las autoridades judiciales de los Estados parte, **justificar la imposición de una medida de aseguramiento exclusivamente de acuerdo con los criterios por ella establecidos en el mismo informe** y ii) **Que absolutamente ninguno de esos criterios, salvo el que tiene que ver con la continuación de la actividad delictiva, se corresponde con el peligro para la comunidad**, por tanto, el legislador colombiano no pudo incluirlo como fundamento de la privación cautelar de la libertad de los imputados, a menos que desconozca el bloque de constitucionalidad.

c.1.1.- Así las cosas, es obvio que por la vía del desconocimiento de las interpretaciones de los tratados y convenios internacionales, no solo se se inaplica sino que colisiona por completo con lo previsto en el art. 4 de la Carta Magna sobre la prevalencia o supremacía de las normas constitucionales, en el entendido que las disposiciones internacionales se incorporan al ordenamiento jurídico interno con jerarquía de normas constitucionales por lo que es lógico colegir que el art. 310 del C.P.P. no puede preponderar por encima de los alcances y contenidos fijados por las

autoridades supra-nacionales competentes con relación a cuáles son los criterios de necesidad de imposición de medidas de aseguramiento.

c.1.2.- Todo lo anteriormente expuesto, conduce, asimismo, al desconocimiento, por exclusión evidente, de lo previsto por el art. 5 superior, pues siendo la libertad un derecho inalienable del ser humano, se ve afectada por una disposición de carácter legal que desobedece la expresa proscripción internacional de imponer detenciones preventivas con base en razones apoyadas en criterios de derecho penal sustancial o que atiendan a la peligrosidad del procesado, minando, con ello, el carácter social del Estado colombiano.

### Cargo Segundo: Interpretación errónea.

#### c.2.- Del Principio de libertad de configuración democrática (C.P. art. 1)

Dentro de la actual tendencia del garantismo penal prevista por nuestra Constitución Nacional, no tiene cabida ni más justificación la existencia del peligro para la comunidad como sustento de necesidad de las medidas de aseguramiento.

Si bien es cierto que la Carta Política, en función del pluralismo permite diversidad de criterios para la formación de las leyes, ello no es patente de curso que permita la creación de normas que desconozcan abiertamente los derechos humanos fundamentales, pues éstos son el límite mínimo e irreductible que toda sociedad democrática, fundada en la dignidad humana, tiene que respetar. De modo que ni el legislador al elaborar las leyes ni las altas Corporaciones Judiciales al aplicarlas e interpretarlas para fijar su alcance y contenido pueden asumir criterios que se alejen de los principios, valores, derechos fundamentales y garantías constitucionales de los ciudadanos en nombre del pluralismo democrático con el mero objeto de preservar la salvaguarda, a ultranza y sin limitación, del interés general y la convivencia pacífica. Solo leyes justas, respetuosas de los derechos humanos y garantías pueden procurar tan nobles fines.

En todo caso, si al amparo del principio de libertad política del legislador se pretende incorporar al orden jurídico una norma que afecta de manera directa el derecho fundamental de la libertad, como lo es el art. 310 del C.P.P., mediante otros criterios distintos a los constitucionales, es necesario no solo que se indique, señale, fundamente o motive con suficiencia cuáles son concretamente esos criterios diversos sino que los mismos estén permitidos e incluidos en la propia Carta Política. Esta postura se infiere de lo considerado por la Corte Constitucional en sentencia C-336 de 2014, al advertir:

“Esta corporación ha recordado<sup>7</sup> que desde sus primeros pronunciamientos se expresó que aunque el legislador posee un amplio espectro de configuración legislativa en materia penal, dicha facultad está sujeta a

<sup>7</sup> Cfr. C-645 de agosto 23 de 2012, M. P. Nilson Pinilla Pinilla, donde la Corte Constitucional analizó la exequibilidad del parágrafo del artículo 57 de la Ley 1453 de 2001, mediante el cual se modificó el artículo 301 de la Ley 906 de 2004, acorde con el cual en los casos en que exista flagrancia, la persona sólo tendrá  $\frac{1}{2}$  del beneficio de que trata el artículo 351 *ibidem*.

límites, explícitos o implícitos<sup>8</sup>, que se aplican tanto al derecho sustancial como al procesal, atendiendo la marcada constitucionalización de esa rama del derecho.

En el fallo C-038 de febrero 9 de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero<sup>9</sup>, se recordó que los derechos fundamentales orientan y determinan el alcance del derecho penal. Tratándose de la constitucionalización del derecho sustancial e incluso procesal penal y el respeto de tales derechos como fundamento y límite del *ius puniendi* del Estado, se expresó (no está en negrilla en el texto original):

*"4- Esto es claro en materia penal, puesto que si bien la Carta de 1991 constitucionalizó, en gran medida, el derecho penal<sup>10</sup>, lo cierto es que el Legislador mantiene una libertad relativa para definir de manera específica los tipos penales (CP arts 28 y 29).*

*Así, ha habido una constitucionalización del derecho penal porque tanto en materia sustantiva como procedimental, la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados - particularmente en el campo de los derechos fundamentales - que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance. Esto significa entonces que el Legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. Fundamento, porque el *ius puniendi* debe estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales. Y límite, porque la política criminal del Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas.*

*Pero lo anterior no implica que la Constitución haya definido de una vez por todas el derecho penal, puesto que el Legislador, obviamente dentro de los marcos fijados por la propia Carta, tiene ante sí un espacio relativamente autónomo, caracterizado, a su turno, por unos valores, presupuestos y finalidades propios, pese a su acentuado grado de constitucionalización. Así, a través del procedimiento democrático de adopción de las leyes, el Estado tipifica las conductas prohibidas y fija las condignas sanciones (principio de legalidad de la pena) y en este*

<sup>8</sup> En el fallo C-079 de febrero 22 de 1996, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, se explicó (no está en negrilla en el texto original): *"en el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, el legislador debe actuar dentro de los límites constitucionales. Tales límites pueden ser explícitos como implícitos. Así, al Legislador le está vedado, por voluntad expresa del constituyente, establecer las penas de muerte (CP art. 11), destierro, prisión perpetua o confiscación (CP art. 34), así como someter a cualquier persona a torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (CP art. 12). Por otra parte, en el ejercicio de la facultad punitiva del Estado, el legislador debe propender a la realización de los fines sociales del Estado, entre ellos, los de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y de asegurar la vigencia de un orden justo (CP art. 2)..."*

<sup>9</sup> Reiterado en el fallo C-121 de febrero 22 de 2010, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva, entre otros.

<sup>10</sup> *"Ver, por ejemplo, Sentencia C-127/93. M. P. Alejandro Martínez Caballero."*

*quehacer histórico acoge y abandona distintas y sucesivas filosofías punitivas, que pueden ser más o menos drásticas, según el propio Legislador lo considere políticamente necesario y conveniente."*

En el citado fallo C-038 de 1995, se insistió que el legislador cumple sus funciones dentro del marco establecido en la carta política, sin que ello implique que no pueda optar por caminos distintos dentro los parámetros allí establecidos previamente (no está en negrilla en el texto original):

*"Dentro de ciertos límites son posibles entonces diferentes desarrollos de la política criminal, que corresponden a orientaciones distintas en la materia. Esto es perfectamente compatible con el carácter democrático de la Constitución y el reconocimiento del pluralismo político que implica la alternancia de mayorías políticas. Las leyes no son entonces siempre un desarrollo de la Constitución sino que son, en muchas ocasiones, la concreción de una opción política dentro de los marcos establecidos por la Carta: son pues un desarrollo dentro de la Constitución, ya que la Carta es un marco normativo suficientemente amplio, de suerte que en él caben opciones políticas y de gobierno de muy diversa índole.*

*Esto es claro porque el Legislador tiene frente a la Constitución una relación compleja puesto que ésta es tanto de libertad como de subordinación. El Legislador no puede desbordar la Constitución y está subordinado a ella porque la Carta es norma de normas (CP art. 4). Pero, en función del pluralismo y la participación democrática, el Legislador puede tomar diversas opciones dentro del marco de la Carta. Esto es lo que la doctrina constitucional comparada ha denominado la libertad de formación democrática de la voluntad o la libertad de configuración política del Legislador. Esta Corporación ya había señalado con claridad al respecto:*

*'Es propio de una constitución democrática y pluralista como la Colombiana, que sus normas materiales o sustantivas, en principio, puedan permitir, dentro de ciertos límites, diversas políticas y alternativas de interpretación. De otra parte, no podría pretender la Constitución ser eje y factor de unidad y cohesión de la sociedad si la amplitud de la materia que abarca, no pudiera remitirse a las normas abiertas que la integran y que permiten su permanente vinculación y adaptación a la realidad.*

*La relación de la ley con la Constitución no puede, en consecuencia, ser análoga a la existente entre la ley y el reglamento. El legislador, en estricto rigor, no ejecuta la Constitución sino que actúa y adopta libremente políticas legales - que en el tiempo pueden incluso ser contrarias entre sí en desarrollo del principio básico del pluralismo -*

*y lo hace dentro de los marcos y espacios de actuación que la Carta habilita para el efecto y siempre que no la quebrante<sup>11</sup>."*

En síntesis, aunque el legislador cuenta con un amplio margen de configuración en material penal, en lo que respecta tanto al ámbito sustancial como procesal, dicha facultad está sujeta a límites relacionados con el respeto de los derechos de los asociados y demás valores y principios superiores".

En este sentido, si bien es cierto que el legislador en ejercicio de sus funciones debe expedir leyes con el objeto de procurar la salvaguarda del interés general y la convivencia pacífica, no puede, para el caso de las medidas de aseguramiento, desatender su naturaleza y fines, que no es otro más que el prevenir riesgos procesales, por tanto, le está vedado incluir fundamentos que se apoyen en criterios de derecho penal material o peligrosistas, como es el caso del art. 310 del C.P.P. aquí demandado, pues, se repite con vehemencia, los límites del principio de libertad política del legislador, son los derechos humanos -como lo es la libertad personal-, que, bajo ningún argumento de conveniencia filosófica o de cualquier otra índole, no le está permitido avasallar, ni siquiera acudiendo al expediente según el cual una privación de libertad de esta naturaleza se justifica en razón de que ese es el sentir de las mayorías en tanto aumenta la sensación de seguridad ciudadana.

En síntesis: el principio de libertad de configuración democrática de la voluntad, basado en el pluralismo, carece absolutamente de vigor para irrumpir y desconocer los derechos humanos fundamentales, que son, hoy por hoy, el eje central del interés general y la convivencia pacífica. Es la misma Corte Constitucional la que en una larga y pacífica línea jurisprudencial ha demarcado que los límites y alcances del principio de libertad de configuración democrática, entendido como núcleo medular estrechamente vinculado con la libertad de configuración legislativa en materia penal (sustantiva y adjetiva), se encuentran en el respeto irrestricto de los principios, valores y derechos fundamentales contemplados en la Constitución Política, lo cual la ha llevado a considerar:

*"La libre configuración legislativa como prerrogativa esencial al constitucionalismo democrático, no está concebida empero como apareció en un principio, bajo la fórmula del Estado de derecho y de la soberanía nacional, para un legibus solutus. Porque el legislador bajo el Estado constitucional, aún con el poder que le es reconocido y que el juez constitucional está llamado a preservar, se encuentra sometido al cumplimiento de los valores y principios constitucionales de la organización político institucional, tales como la dignidad humana, la solidaridad, la prevalencia del interés general, la justicia, la igualdad y el orden justo. De igual modo, debe asegurar la protección ponderada de todos los bienes jurídicos implicados que se ordenan, cumpliendo con los principios de proporcionalidad y razonabilidad frente al fin para el cual fueron*

<sup>11</sup>"Corte Constitucional. Sentencia C-531/93 del 11 de noviembre de 1993. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz."

concebidas, con el objeto de asegurar precisamente la primacía del derecho sustancial (art. 228 C.P.), así como el ejercicio más completo posible del derecho de acceso a la administración de justicia (art. 229 C.P.), el debido proceso (art. 29 C.P), el cumplimiento del postulado de la buena fe de las actuaciones de los particulares (CP art. 83) y el principio de imparcialidad. El Legislador no posee entonces una potestad absoluta, ni arbitraria, sino que en su ejercicio, para elegir, concebir y desarrollar la ley con la que regula los distintos procesos debe someterse a los límites que impone la Carta. Para los efectos de garantizar el respeto a tales límites amplios de la potestad legislativa, la jurisprudencia ha decantado una serie de criterios. En la sentencia C-227 de 2009 así se recogieron: “i) que atienda los principios y fines del Estado tales como la justicia y la igualdad entre otros; ii) que vele por la vigencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos que en el caso procesal (...) puede implicar derechos como el debido proceso, defensa y acceso a la administración de justicia (artículos 13, 29 y 229 C.P.); iii) que obre conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la definición de las formas y iv) que permita la realización material de los derechos y del principio de la primacía del derecho sustancial sobre las formas (artículo 228 C.P.)”. Con base en la aplicación de tales criterios, la Corte ha determinado la constitucionalidad o la inconstitucionalidad de disposiciones establecidas en la ley<sup>12</sup>.  
(negrillas fuera de texto)

En este punto resulta de suma importancia la relación de lo anteriormente manifestado por la Corte Constitucional con las ideas de Juan Fernández Carrasquilla, que sobre este álgido tema apasionadamente apunta:

“Las garantías penales no son, entonces, un conjunto de alcahuetorías de los liberarles para procurar la impunidad general, sino un plexo de controles jurídicos del poder punitivo para prevenir las posibilidades de error judicial (...) y por esta vía tutelar las libertades fundamentales y los derechos humanos internacionales de cada persona. Esas garantías y libertades hacen parte de las nociones modernas de Estado de derecho, régimen democrático y gobierno republicano, tanto como las nociones axiológicas fundamentales de persona, dignidad, norma general e igualdad ante la ley hacen parte, como ya lo hemos expuesto, del concepto de derecho moderno.

Por esto, hoy en día se concibe la ley penal como “carta magna del ciudadano” y no ya simplemente del “delincuente”. Este interés político-criminal de protección individual es, inclusive, prioritario con respecto a los intereses de protección de la colectividad, pues ésta no es un organismo supra-individual sino una organización de relaciones interpersonales dentro de un orden de valores que se denomina comunidad y está formada por personas. La comunidad no existe sino como comunidad de individuos y el Estado como organización institucional del poder tiene como fin esencial o primordial la protección de las personas en sus

<sup>12</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-203 de 2011, M.P. Dr. Juan Carlos Henao Pérez.

vidas, derechos y relaciones, pues sin persona no hay comunidad y sin derechos no hay civilización o los valores de ésta se desvanecen. Ciertamente, también tiene que haber en la sociedad orden, seguridad y paz, y para la construcción de estos valores superiores, presididos por la idea de justicia como merecimiento e igualdad, está también el ordenamiento jurídico, que justo para mantenerlos necesita del derecho penal. Y éste, por tanto, no solo ha de ser "bueno" (en el sentido de garantista), sino también eficaz, para que la comunidad resulte efectivamente protegida y en su seno los individuos puedan convivir e interactuar con tranquilidad. En este punto, las doctrinas sistémicas de la norma como expectativa son muy ilustrativas y sin duda acertadas, pero no disponen de toda la verdad porque no solo esperamos de algo de los otros (que se comporten conforme a la norma), sino también de la comunidad (respeto y protección de nuestros derechos) y todo encaminado al tranquilo disfrute de nuestros bienes morales y jurídicos, sean estos individuales o colectivos, y no simplemente por el imperio del orden o de la seguridad sin muchos contenidos de libertad.

Complementariamente, en el plexo de los valores constitucionales prevalecen necesariamente los contenidos en la "parte dogmática" de la Constitución (constitución material), pues al fin y al cabo la persona es el eje final del concepto de Estado social de derecho y éste la idea rectora en una constitución democrática. Demás está decir que aquí se trata de la opción ideológica de fondo por el individualismo liberal frente a la opción del comunitarismo. Pero esta opción tiene en nuestros días el refuerzo jurídico positivo del derecho internacional de los derechos humanos y de las cartas de derechos de la mayoría de las constituciones positivas de Occidente. En contra, las nuevas configuraciones expansionistas, eficientistas y altamente represivas del derecho penal, que en casos especialmente graves (sobre todo terrorismo y delincuencia organizada) tienden incluso a sustituir o legitimar el empleo belicista de la fuerza bruta y las medidas "preprocesales" cautelares indefinidas sin la garantía de ningún derecho, convirtiendo el último anillo de caliente del derecho penal como barrera de contención en escenario abierto de guerra.

Esto es, al menos, lo que se plantea en un contexto jurídico liberal, en tanto que desde otras perspectivas se estima que el individuo puede y a veces debe ser sacrificado en aras de intereses colectivos (v.gr. *in dubio pro societatae*, admisión de pruebas ilegales, procedimientos sumarios y leyes penales o procesales ex post facto o retroactivas, privación de la defensa técnica, retroactividad de la ley penal, analogía in malam partem, tipos indeterminados, delitos de peligro abstracto o presunto, penas desproporcionadas o meramente atemorizantes se las llama penas "simbólicas"), jueces ad-dec, justicia caliente...; o también procesos injustificadamente lentos, medidas cautelares muy prolongadas contra personas y bienes; o bien que las garantías constitucionales de los derechos fundamentales representan "principios" que no rigen siempre e inexorablemente sino sólo "en principio", es decir, que son meras declaraciones (indicaciones, orientaciones, intenciones) o a lo sumo "reglas generales" (siempre susceptibles de excepciones) y no verdaderos principios (fundamentos). Con todo, una breve mirada al panorama del derecho penal comparado nos muestra con facilidad que todos esos ideales no se reúnen

prácticamente en ninguna parte y que las leyes estatales van a veces van por caminos muy diferentes a los que marca la política criminal académica. Es difícil admitir hoy que el derecho penal liberal, todavía posible, sea algo más que un tipo ideal de sistema penal al que muchos países de la actual geopolítica reaproximan (sic.) o al menos se esfuerzan por aproximarse en la mayor medida posible. Pero cuando la seguridad tienda a ser un valor social y jurídico más importante que las libertades personales, entonces los días están nublados para un derecho penal de garantías, en tanto brilla el sol para otros modelos más represivos.

Puede incluso advertirse que, bajo las tensiones del mundo actual y la influencia del derecho penal norteamericano, los Códigos Penales son mirados ahora por las agencias oficiales como la "carta magna de la comunidad" (¿o derechos?) que los agentes (sic.) sistema policial y punitivo deben cumplir a toda costa. Para esas tendencias defensistas de línea dura, el imputado- al que llaman de una vez delincuente, sin comenzar siquiera el juicio- no tiene derechos, salvo el de sometimiento, y se explica que los ha perdido por el ataque que su acción entraña a la sociedad que da los derechos y a las personas de bien que sí merecen tenerlos y recibir para su disfrute protección. Es claro de toda claridad que este ambiente ideológico prepara el camino para que imputados, procesados y convictos no sean ya mirados como personas, sino como objetos de poder - entes peligrosos que deben ser controlados o inocuizados-. Más todavía: la dureza de la ejecución de las penas e incluso de la prisión preventiva va en aumento, las cárceles de seguridad se han multiplicado y son un desastre de derechos humanos, de modo que vamos a contra vía de los derroteros mostrados por la Ilustración en los comienzos modernos de nuestra disciplina..."<sup>13</sup>.

Desde esta perspectiva, no cabe la menor hesitación, en cuanto a que el peligro para la comunidad, tal y como está concebido en la norma objeto de demanda, es una expresión del eficientismo o expansionismo penal, que no hace otra cosa más que prevalecer la seguridad por encima del derecho fundamental de libertad personal, postura que esta honorable Corte de Justicia no puede continuar avalando, pues, tampoco hay duda, su contenido normativo de ningún modo se compadece con los riesgos procesales que las medidas cautelares pretenden conjurar sino en criterios de puro derecho sustancial penal y peligrosismo.

Con el objeto de que el derecho penal, de la mano con el derecho procesal penal, reorienten el rumbo hacia un garantismo fundado en la férrea convicción de que las bases de la Ilustración y sus posteriores desarrollos político-criminales son capaces de proveer al legislador (también a los jueces y fiscales) formas idóneas para conjurar el fenómeno del delito (respetuosas de los derechos humanos fundamentales) más allá de la simple ampliación de las causales de privación de libertad, y que, a su vez, permitan sustentar la declaratoria de inconstitucionalidad pretendida en esta demanda, JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, poniendo el dedo en la ardorosa llaga, escribe:

<sup>13</sup> FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, ob.cit, págs.. 29-33.

“Conviene insistir, así sea por la vía ejemplificativa de algunas “obviedades” sobre los ideales iluministas de la Revolución Francesa, que el liberalismo penal –en cuanto defensa de la persona, su dignidad y sus derechos fundamentales- no ha pasado de moda, es decir, sobre todo, no ha perdido su potencialidad crítica para repensar y proyectar las realidades sociales del momento, y, en especial, las realidades socio-políticas de América Latina en particular y del tercer mundo en general, así como todas las demás conformaciones sociales en que se observen desigualdades manifiestas o graves que podrían evitarse con distintas o mejores formas de organización social. Abandonar en el derecho penal los ideales del individualismo liberal (o personalismo) no solo es contraproducente –en la medida en que con ello se prescinde de un poderoso instrumento crítico-ideológico para promover ajustes y cambios inaplazables, sino también reaccionario- porque con ello se renuncia al nivel actual de cierto plexo de garantías jurídicas históricamente ya conquistadas, de una parte, y de la otra se difunde un cierto espíritu derrotista o escéptico frente a los principios de la política criminal personalista y se propicia el desarrollo de los poderes estatales hacia niveles de mayor dureza y menor controlabilidad (...)

Lo anterior no quiere decir que se descuide o pase a segundo plano la protección de la colectividad contra las nuevas y graves forma de criminalidad que han aparecido en la actual “sociedad de riesgo”. Hacerlo comportaría desproteger al ciudadano en un aspecto primordial que amenaza su seguridad. Lo que ello significa es que si nuevas definiciones de delitos se requieren y nuevas penas y **procedimientos** deben ser instituidos, **todo esto debe hacerse con respeto de los derechos del mismo ciudadano** en el ejercicio de la protección jurídica, **no sea que sus derechos perezcan en manos del poder estatal so pretexto de protegerlos (...)** *La solución posible es que haya tanto derecho penal como requiera el control de nuevos bienes jurídicos o de nuevas formas de criminalidad, pero en todo caso con el estricto control de las garantías penales y procesales que, por medio de nuestras constituciones y tratados internacionales, hemos heredado de la tradición y asumido como parte esencial de nuestra configuración histórica. Las nuevas manifestaciones del derecho penal que sea socialmente necesario adicionar también requieren de legitimación democrática y constitucional (...)*

Con todo, las crisis sociales se caracterizan históricamente por soluciones graves y a veces desesperadas. Entre éstas, una de las más frecuentemente utilizadas –y que por sí sola fracasa siempre- es la *huída al derecho penal* que lleva de la mano al *terror penal* tras la hipertrofia del sistema punitivo y la **correlativa reducción de los ámbitos sociales de libertad y seguridad para los ciudadanos por medio de la restricción o eliminación de garantías.**

Se habla de la “huída al derecho penal” cuando el Estado pretende resolver los males o conflictos sociales por medio principalmente de la pena, que de suyo es impotente para ello. Se trata de una especie facilista a la solución que demandan ciertos conflictos sociales, pues parece siempre más cómodo y expeditivo acudir para ello a la emisión de normas penales y **procesales que atemoricen** que usar mecanismos socio-económicos y socio-políticos que

resuelvan el problema de un modo más radical pero menos autoritario y efectista (a la vez que forzosamente más costoso). Siempre es más fácil y tentador para el poder aumentar la represión que la prevención, pues con el incremento de la primera es el poder mismo el que se acrecienta y fortifica; ya también económicamente cuesta menos para el Estado (por lo menos en el corto plazo)”<sup>14</sup>.

Es obvio que ante la ineficiencia del Estado colombiano (cualquiera que sean las causas) de prevenir el delito por mecanismos no penales, la “opción” adoptada es “huir al derecho penal” para consagrar nuevas restricciones a la libertad, erigiendo criterios de necesidad que sustenten la detención preventiva (como los estipulados en el art. 310 del C.P.P.), aun con desconocimiento de las interpretaciones y principios establecidos e impecablemente desarrollados por las autoridades internacionales de derechos humanos, creyendo con ello o, más bien, haciendo creer a la generalidad social, claro que erróneamente, que extinguirá la galopante criminalidad que nos agobia.

Para nadie es un secreto que las cárceles están a reventar y, correlativamente a esto, los índices delictivos no disminuyen, lo cual demuestra que el camino político-criminal represivo adoptado por el legislador colombiano no está produciendo o reportando ningún beneficio social. No sin razón Juan Fernández Carrasquilla anota:

“El derecho penal muestra una tendencia histórica muy peculiar en todas las latitudes: mientras más fracasa, o sea mientras más aumenta el número proporcional de delitos o más reinciden los delincuentes convictos, saca a relucir más penas o penas más duras de vuelta a los mismos resultados sociales”<sup>15</sup>.

Medidas draconianas como la del artículo 310 del C.P.P., entre otros factores no menos graves<sup>16</sup>, lo que hacen es contribuir al monstruoso hacinamiento que ha llevado en innumerables ocasiones a la misma Corte Constitucional a declarar el estado inconstitucional de cosas en materia carcelaria<sup>17</sup>, sin que los índices delictivos muestren alguna mejoría, lo que nos permite colegir no solo

<sup>14</sup> FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, ob. Cit., págs. 39-43.

<sup>15</sup> FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, Ob. cit., pág. 10.

<sup>16</sup> Por ejemplo, en el Informe sobre el uso de la detención preventiva en las Américas, CIDH, 2013 se expresa: “De igual forma, a nivel técnico otros actores calificados como ILANUD han considerado que “un caso de especial gravedad dentro del panorama [regional] del aumento de las poblaciones penitenciarias es el de los presos y presas sin condena”, y que por tanto, “la región deberá continuar sus esfuerzos para mantener niveles más prudentes de presos y presas a la espera de sentencia”. A este respecto, el Informe de la Reunión de Expertos de Alto Nivel sobre revisión de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas, celebrada en Santo Domingo, dio cuenta de algunas de las causas comunes que a nivel regional tienen incidencia en los altos índices de personas en prisión preventiva, como lo son: el retardo en el trámite de los procesos penales, la ausencia de asesoría legal adecuada, la influencia de la opinión pública, y la “tendencia de los fiscales y jueces a que se ordenen mandatos de detención para aquellas personas cuyo proceso está en trámite, en vez de recurrir a otras medidas (...)

99. Además, como se verá en la siguiente sección, estos procesos de reforma vienen acompañados de un fuerte mensaje mediático y político-institucional dirigido desde las más altas esferas del gobierno, y que recibe gran respaldo popular. De ahí, que los operadores de justicia en sentido amplio, “se ven muy presionados por los cambios legislativos pero sobre todo por el control social que se ejerce sobre ellos desde los medios de comunicación, y en su mayoría terminan comportándose mayoritariamente de acuerdo con esas presiones, a pesar de sus convicciones jurídicas”

<sup>17</sup> Corte Constitucional, Sentencias T-195/2015, T-861/2013, T-815/2013, T-388/2013, T-077/2013, T-153/1998, entre otras.

la constante violación de los derechos fundamentales de la población privada de libertad (de manera preventiva o condenados) sino también que en nada incide, y por tanto completamente inútil, en beneficio del interés general y la convivencia pacífica<sup>18</sup>, entendidas como las bases sobre las cuales se pretende justificar su incorporación al ordenamiento jurídico.

### c.2.1.- Del Preámbulo Constitucional

Desde la perspectiva anotada, se puede agregar que la norma demandada contraviene abiertamente el Preámbulo constitucional en cuanto que, al estar concebida sobre bases inadecuadas, pues **no permite** al Estado, a través del ordenamiento adjetivo penal, **asegurar: i) la convivencia**, entendida como la coexistencia pacífica y armoniosa de grupos humanos en un mismo espacio, en tanto que no puede haber paz y armonía en una comunidad que sabe que, por ley, se puede privar preventivamente de la libertad a una persona con elementos y argumentos que deben ser evaluados en una sentencia de fondo así como que algunos de ellos aplican para casos en que ya se ha proferido condena pero sin que se hayan cumplido todos los pasos requeridos para llegar a tal estadio procesal, **ii) tampoco la justicia y la libertad**, en tanto que las causales que permiten la privación de la libertad de manera preventiva no se orientan a la protección contra algún o algunos riesgos procesales en concreto y **iii) mucho menos impulsar la integración de la comunidad latinoamericana**, pues al soslayarse las interpretaciones que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha elaborado sobre los riesgos procesales que han de ser protegidos por la detención preventiva (limitándolos al peligro de fuga y de obstrucción de la justicia), para erigir una nueva restricción de la libertad durante el curso del proceso penal, pero de carácter netamente peligrosista y de derecho penal de autor, se desconoce, asimismo, que “el sentido genuino de la solidaridad americana y de la buena vecindad no puede ser otro que el de consolidar en este Continente, dentro del marco de las instituciones democráticas, un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”<sup>19</sup>, de lo que se colige que el legislador colombiano al incluir al peligro para la comunidad no hace otra cosa más que alejarse de los nobles empeños que el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos tiene propuestos para la región, para, por el contrario, entronizar la cultura del eficientismo penal, orientado a la defensa social y a la eliminación del delincuente, concebido como enemigo con el que hay que acabar y no como persona humana, escudándose en que con ello representa el deseo y la voluntad democrática del pueblo colombiano.

### c.2.2.- Del Artículo 28 de la Constitución Política

La libertad como derecho fundamental **puede ser restringida preventivamente dentro de un proceso penal sólo de manera excepcional cuando representa un riesgo para que éste cumpla con el fin**

<sup>18</sup> CIDH, ibídem. “100. Por otro lado, y sin perjuicio de las eventuales incompatibilidades entre los elementos de estas políticas criminales, que se sustentan en mayores restricciones al derecho a la libertad personal, y las obligaciones internacionales asumidas por los Estados frente a sus ciudadanos, la CIDH observa que no existe evidencia empírica que demuestre que las mismas tengan una incidencia real en la disminución de la criminalidad y la violencia, ni resuelvan en un sentido más amplio los problemas de seguridad ciudadana”.

<sup>19</sup> [www.oas.org/es/cidh/mandato/que.asp](http://www.oas.org/es/cidh/mandato/que.asp)

para el cual ha sido propuesto (dictar una sentencia de fondo condenatoria o absolutoria), luego entonces, es claro que, desde el punto de vista de los derechos fundamentales, el Estado no puede servirse de leyes procesales penales que no se orienten a este específico propósito, el cual es guiado por la política criminal, por tanto, es asimismo evidente que el artículo 310 de la Ley 906/04 no cumple con este cometido, sino que, por el contrario, se instituye como una fórmula de neopunitivismo totalmente disociada con la política criminal que la Corte Constitucional irremediablemente liga a la vigencia, protección y respeto de los derechos humanos fundamentales al considerar:

*“La noción de “política criminal” ha sido definida por la Corte, como “el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción”. La jurisprudencia constitucional ha reconocido así mismo que la política criminal puede ser articulada por el Legislador a través de la expedición de normas. En este sentido indicó que: “la legislación penal es manifestación concreta de la política criminal del Estado”, y que “la decisión política que determina los objetivos del sistema penal y la adecuada aplicación de los medios legales para luchar contra el crimen y alcanzar los mejores resultados, se plasma en el texto de la ley penal”. Así mismo, se precisó que “la norma penal, una vez promulgada, se independiza de la decisión política que le da origen, conservando la finalidad buscada por su redactor en el elemento teleológico de la norma (...)*

*Entre las distintas medidas normativas que, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, forman parte del concepto de “política criminal”, se encuentran: (a) las que definen los bienes jurídicos que se busca proteger por medio de las normas penales, a través de la tipificación de conductas delictivas, (b) las que establecen los regímenes sancionatorios y los procedimientos necesarios para proteger tales bienes jurídicos, (c) las que señalan criterios para aumentar la eficiencia de la administración de justicia, (d) las que consagran los mecanismos para la protección de las personas que intervienen en los procesos penales, (e) las que regulan la detención preventiva, o (f) las que señalan los términos de prescripción de la acción penal. Así mismo ha reconocido esta Corporación que “las normas del Código de Procedimiento Penal son un elemento constitutivo la política criminal en tanto instrumento para su materialización, puesto que regulan las formas y los pasos que deben seguir quienes ejecuten dicha política en la práctica”. Según lo ha determinado la jurisprudencia de esta Corte, una parte integrante del proceso de diseño y adopción de políticas públicas en materia criminal es la utilización de instrumentos normativos, tales como el Acto Legislativo No. 3 de 2002, el cual no se limitó a efectuar reformas menores a la Fiscalía creada por la Constitución de 1991. La voluntad del Congreso al expedirlo, en ejercicio de su función constituyente y de su potestad de diseñar y adoptar la política criminal*

del Estado, fue de amplio espectro al punto que se orientó a instituir un "nuevo sistema" de investigación, acusación y juzgamiento en materia penal, en el cual se inscribe como figura estelar el principio de oportunidad. En este sentido ha señalado también la jurisprudencia que "el concepto de política criminal comprende la respuesta penal tradicional al fenómeno criminal". Y si bien las leyes penales pueden ser la expresión de una política, dado su carácter de normas jurídicas deben obviamente respetar la Constitución. De modo que cuando una política pública es formulada en un instrumento jurídico, se debe respetar el ordenamiento superior. En materia penal este imperativo resulta todavía más claro que en otros ámbitos de las políticas públicas, toda vez que se trata de una esfera del orden normativo en el que los derechos fundamentales se encuentran particularmente implicados, ya sea desde el punto de vista del imputado o de la víctima, y el interés de la sociedad se encuentra igualmente comprometido. El margen del órgano que adopta la política pública es más amplio o reducido según sean mayores y más detallados los condicionamientos fijados en la Constitución al respecto (...)

La Corte ha reconocido que existe una estrecha relación entre la Constitución y la política criminal, que parte de la idea de la "constitucionalización" de aspectos medulares del derecho penal, tanto en materia sustantiva como procedimental. Al respecto señaló la Corporación: "De un lado, encontramos el problema de la relación entre la Constitución y la política criminal del Estado, o si se quiere, entre el derecho constitucional y el derecho penal, (...). "Así, ha habido una constitucionalización del derecho penal porque tanto en materia sustantiva como procedimental, la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados - particularmente en el campo de los derechos fundamentales - que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance. Esto significa entonces que el Legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. Fundamento, porque el *ius punendi* debe estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales. Y límite, porque la política criminal del Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas"<sup>20</sup>. (negritas fuera de texto)

Tenemos así que al determinarse que el peligro para la comunidad establecido en el art. 310 del C.P.P., atenta de manera directa e ilegítima contra el derecho de libertad personal, pues no encuentra fundamento en la política criminal pretendida por nuestra Constitución Política, debe ser sustraído del ordenamiento adjetivo penal, ya que, como lo enfatizan las interpretaciones de los tratados y convenios internacionales colacionadas en precedentes acápites, no es posible que sea entendido como criterio para la necesidad de imposición de una medida de aseguramiento.

### c.2.3.- Del Artículo 29 de la Constitución Política

<sup>20</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-936 de 2010, M. P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

Un criterio de necesidad de la medida de aseguramiento fundado sobre bases peligrosistas, nos involuciona a los primarios estadios del positivismo penal más acérrimo, donde los derechos humanos eran puras entelequias revolucionarias liberales desligadas de la realidad y lo que prevalecía era la defensa social mediante la neutralización o eliminación del delincuente (enemigo).

Los avances actuales del derecho penal y procesal penal soportados sobre bases político-criminales (no empece los graves defectos que padece la política-criminal en Colombia), cimentadas, a su vez, en los principios y valores constitucionales nos permiten inferir que el art. 310 del C.P.P. se contrapone al derecho fundamental del debido proceso establecido en el art. 29 de la Carta Superior, entendido como *“ese conjunto de garantías que protegen al ciudadano sometido al proceso penal, que le aseguran a lo largo del mismo una recta, pronta y cumplida administración de justicia; que le asegura la libertad y la seguridad jurídicas, la racionalidad y la fundamentación de las resoluciones judiciales conforme a derecho. Desde este punto de vista, entonces, el debido proceso es el axioma madre o generatriz del cual dimanar todos y cada uno de los principios del derecho procesal penal, incluso el de juez natural que suele regularse a su lado”*<sup>21</sup>, toda vez que se erige en un instrumento que antes que propender por hacer más rigurosas las exigencias para mutilar la libertad, por el contrario, lo que logra es ofrecer, tanto a fiscales como a jueces, diversas hipótesis de naturaleza meramente objetivas que facilitan el encarcelamiento “preventivo”, que se convierte, más bien, en una forma de condena previa, lo cual trastorna no solo el sagrado derecho fundamental en comento sino también el principio de presunción de inocencia, pues solo se puede llegar a la condena una vez se hayan cumplido con antelación los pasos de acusación y juicio con todas las garantías.

Tal y como está concebido el art. 310 del C.P.P. no constituye, en modo alguno, una garantía para el ejercicio pleno y tranquilo del derecho fundamental de libertad, sino que, contrariamente, es un facilitador, para jueces y fiscales, a fin de que el mismo sea fácilmente restringido de manera cautelar, que, asimismo, desconoce abiertamente el debido proceso entendido como garantía judicial, toda vez que está tal precepto procesal está concebido conforme a un errado entendimiento de la teoría de las normas en cuanto que sobre una supuesta valoración de que con él se releja la voluntad de las mayorías, se impone, a su vez, una inicua restricción preventiva de la libertad en tanto que mientras, lamentablemente, se pierde de vista la naturaleza y fines de las medidas cautelares, que no es otro, se repite, que la protección del proceso contra riesgos que impidan el cometido de que se administre pronta, recta y cumplida justicia penal.

De esta manera, la norma demandada se convierte en instrumento ciego de tiranía, opresión y prevención general negativa que únicamente genera terror penal a la ciudadanía, que observa impotente como su derecho fundamental a la libertad puede ser mutilado con suma facilidad, con todo lo cual se desdibujan los fundamentos políticos y filosóficos de los principios de legalidad y derecho penal mínimo concebidos como límites expresos y claros a la arbitrariedad estatal, por lo que cierro este libelo con unas últimas

<sup>21</sup> VELÁSQUEZ, Fernando, *Principios rectores de la ley procesal penal*, 1997, pág. 7.

reflexiones de Juan Fernández Carrasquilla, quien, no sin preocupación, clama por el retorno del derecho penal y procesal penal a las bases fundamentales proporcionadas por las ideas de la Ilustración, con estas palabras:

“Pero no debería suceder de esa manera porque las garantías penales, así como los derechos y libertades que protegen, son principios y los principios no solo son irrenunciables sino que carecen en absoluto de excepciones, pues son en su campo universales e implacables..., o no son principios. Los principios rigen siempre y no solamente “en principio”, pues son alfa y omega de la actividad o del pensamiento a que se refieren. Los principios generales del derecho y las normas de garantía –tal como han sido decantadas a partir del derecho natural por la modernidad- son verdadero e insustituible fundamento del Estado (formal y material) de derecho y éste por cierto es poco o nada si se reduce a formas jurídicas sin apoyo ni orientación material (...) Ya hoy hasta el proceso penal ordinario tiende a ceder su puesto a procesos más sumarios y dramáticos, en donde se trata de usar el poder simbólico del proceso y de la pena, sin que esto tenga mucho que ver con la justicia y ni siquiera con la ciencia penal tradicional.

¿Qué podría garantizarle al ciudadano un principio con excepciones, o una forma jurídica que se acomode a cualquier contenido? ¿De qué servirán los procedimientos democráticos si no hubiera un trasfondo de derechos sustanciales que nos protejan incluso contra la ley de las mayorías? (...) Si la justicia legal lo legitima todo, cómo combatir, entonces, las leyes tiránicas o las penas ominosas. Como en los últimos años hemos cedido tanto ante las garantías, ya no tenemos hoy nada qué oponer al terrorífico “derecho penal de enemigos” –que ni es penal ni derecho, sino guerra y fuerza contra fuentes de peligro-. En este contexto, ni siquiera descorazona la respuesta de JAKOBS –padre del rubro y defensor de su creciente y ambiguo contenido- a cerca de que todo lo escrito en los últimos veinte años al respecto –que es bastante, pues no hay otro tema más de moda en el derecho penal científico- de que lo dicho por los críticos es poco, “con tendencia a nada”, porque, da a entender, se trata de meras manifestaciones emocionales de humanismo o garantismo, que es de suponer que, en cuanto tales, para él valen muy poco (...)

Con esto quiero subrayar que, al contrario de lo que han sugerido algunos penalistas nacionales de la generación de los 80 –tal vez muy influidos por los últimos estertores de la criminología crítica-, los principios liberales no han perdido vigencia. Ellos siguen constituyendo un ideario y, justo en la medida en que aun no han sido desarrollados hasta el final, conservan la capacidad de crítica social con que pudieron en su momento moverlos BECCARIA o CARRARA, o con que lo esgrimen penalistas como ROXIN, HASSEMER, GIMBERNAT ORDEIG, SHÜNEMANN, ZAFFARONI o NODIER AGUDELO. Lo que sin duda es cierto es que en nuestros días ha tomado cierta fuerza la tendencia expansionista o maximalista en derecho penal, tanto en la política criminal oficial como en la académica.

No significa lo anterior que las actuales versiones del cancerberismo penal sean novedosas u ofrezcan argumentos suficientes para enterrar la tradición jurídica del liberalismo; solo indica que el péndulo de la política criminal va hoy a la derecha, en un movimiento que a partir del 11-S-01 en los Estados

Unidos y del 11-M-03 en España se ha intensificado de modo considerable, pero no tanto como para que también se pierda en el horizonte la esperanza. Ciertamente es, sin embargo, que si se piensa en el pasado histórico de nuestra cultura, con sus oscuros episodios sobre esclavitud, trata de negros, "colonización", racismo y cosas por el estilo, estaría uno tentado a aceptar la tesis de que un derecho penal liberal nunca ha existido; pero esto sería tanto como pensar que no existe la justicia porque la historia de la civilización europea está llena de injusticias"<sup>22</sup>.

**d.- Pretensiones.**

Solicito, respetuosamente, se sirvan ustedes conspicuos Magistrados, en sentencia que haga tránsito a cosa juzgada constitucional, declarar:

Inexequible del artículo 310 de la ley 906 de 2004, modificado por la Ley 1142 de 2011, art. 65 y por la Ley 1760 de 2015, art. 3º, por vulnerar los artículos 7 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los artículos 9 y 14 del pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, los artículos 4º, 5º, 28, 29 y 93 de la Carta Política, en virtud de las razones arriba expuestas.

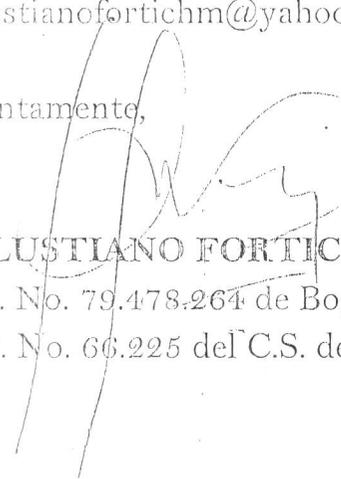
**e.- Razones de Competencia.**

La Corte Constitucional es competente para pronunciarse sobre la constitucionalidad de la disposición demandada, incorporada en la ley 906 de 2004, atendiendo lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 241 de la Constitución Política.

**f.- Notificaciones.**

Las notificaciones de ley las recibiré en la siguiente dirección: La Castellana Calle Segunda No. 31-B-90 Cartagena de Indias (Bol.), correo electrónico salustianofortichm@yahoo.es o al tel. cel. 301-2155568.

Atentamente,

  
**SALUSTIANO FORTICH MOLINA**  
C.C. No. 79.478.264 de Bogotá  
T.P. No. 66.225 del C.S. de la J.

14 JUN 2017  
SALUSTIANO FORTICH M.  
79 478. 264



<sup>22</sup> FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, Ob. cit, págs. 33-37.