Artículo de investigación

El peligro futuro para la imposición de la medida de aseguramiento preventivo como violación al debido proceso penal

Héctor Andrés Daza Castellanos
Código: 3000491

Presentado a: Med. Josué Otto de Quesada Varona
Docente y asesor metodológico

Universidad Militar Nueva Granada
Facultad de Derecho
Diplomado de Investigación Jurídica y Sociojurídica
Bogotá D.C.
2016

El peligro futuro para la imposición de la medida de aseguramiento preventivo como violación al debido proceso penal[1]

Héctor Andrés Daza Castellanos

Resumen

En este artículo de investigación se pretende realizar un análisis del criterio de peligro futuro en la imposición de las medidas de aseguramientos preventivas de la justicia penal colombiana. Para lograr dicho cometido, se formula como pregunta de investigación a responder la siguiente: ¿Cuáles son los argumentos por los que la invocación del criterio de peligro futuro, al imponerse la medida de aseguramiento preventivo, podría constituir una violación al debido proceso penal en Colombia?, el cual se analiza desde la dimensión jurídica de la validez de la norma y de su función proteccionista del procesado, bajo la que teoría del garantismo penal, que debe orientarse a la satisfacción de los derechos fundamentales del procesado.

Palabras clave: Peligro futuro, aseguramiento preventivo, debido proceso, proceso penal.

Abstract

This research paper aims to analyze the criterion of future danger in imposing preventive measures assurances from the Colombian criminal justice. To accomplish this task, it is formulated as a research

[1] Este artículo es el resultado de la investigación presentado para optar por el grado en la Maestría de Derecho Procesal penal de la Universidad Militar Nueva Granada.

question to answer the following: What are the arguments for the invocation of the criterion of future danger, by imposing the measure preventive detention, could constitute a violation of due criminal process in Colombia ?, which is analyzed from the legal dimension of the validity of the rule and its protective function processing, under which theory of penal guarantees, which must be oriented to the satisfaction of the fundamental rights of the accused.

Key words: Peligro futuro, aseguramiento preventivo, debido proceso, proceso penal.

Introducción

A partir de la promulgación de la ley 906 de 2004, mediante la cual se expide el Código de Procedimiento Penal, y su modificatoria la ley 1760 de 2015, se adopta como criterio para la imposición de las medidas de aseguramiento preventivo el peligro futuro para evitar la incomparecencia del imputado al proceso, asegurar la seguridad de la sociedad, y evitar la obstrucción del ejercicio de la justicia.

En esta nueva adopción del legislador se incluye como criterio de valoración denominado el “peligro futuro”, que es evaluado por el juez de control de garantías para determinar si es o no procedente una medida de aseguramiento. Ello en teoría es un criterio al que acude el juez de control de garantías, a fin de que el imputado no continúe realizando la conducta delictiva, o que por sus antecedentes o a la gravedad del delito, pueda representar un peligro para la sociedad.

Esta nueva posición del legislador, es la que se analiza en el presente escrito reflexivo, donde se presume que con la adopción de ese criterio subjetivo, se esta presentando una posible vulneración a la presunción de inocencia del imputado, imponiéndole una medida restrictiva de su libertad, basados en criterios de peligrosidad, que no

corresponden a criterios objetivos, optando por un uso indebido del *ius puniendi.*

En atención a dicha problemática, la pregunta de investigación que se busca responder en esta investigación es la siguiente: ¿La invocación del criterio del peligro futuro, al imponerse la medida de aseguramiento preventivo, podría constituir una violación al debido proceso penal en Colombia?, la cual se analizará desde el punto de vista del garantismo penal, como referente teórico.

La investigación de esta temática tendrá una relevancia jurídica significativa dentro del Derecho Procesal penal, en el entendido de que es necesario identificar brechas en la legislación actual, que puedan convertirse a corto, largo y mediano plazo, en una forma de vulneración de los principios que orientan el proceso penal, y en una vulneración de los derechos fundamentales del imputado.

Metodología.

De acuerdo con lo anterior, el objetivo general que orientó esta investigación, fue el de indagar si efectivamente la aplicación del criterio de elemento futuro dentro de la imposición de la medida de aseguramiento, puede considerarse como una vulneración al principio de presunción de inocencia del imputado. Para lograr dicho cometido, se acudió a un método de carácter descriptivo, realizando la consulta de documentos, normatividad, y jurisprudencia relacionada con el problema de investigación propuesto, teniendo en cuenta como categorías de análisis: el criterio de peligro futuro para determinar la medida de aseguramiento preventivo, la presunción de inocencia y el debido proceso.

Resultados

En el plano del derecho internacional de los Derechos Humanos, la Declaración Universal de Derechos Humanos, señala en algunos de sus artículos las facultades que tienen todas las personas y que se

encuentran relacionadas con su derecho a la libertad. En su artículo primero señala que todos los seres humanos nacen libres e iguales. Asimismo en su artículo tercero señala toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad de su persona. De otro lado, en su artículo noveno, indica que nadie puede ser reducido a prisión de manera arbitraria, y en su artículo décimo establece el derecho de toda persona de ser juzgada de manera igual y razonada en materia penal, ante tribunal competente y de manera pública e imparcial.

Este y otros artículos establecen los mismos parámetros que señala la Constitución Política de Colombia, frente a la acción penal, como el principio de la presunción de inocencia, el de legalidad (art. 11), Estas mismas disposiciones son consignadas dentro de la Convención Americana de Derechos Humanos, ratificada por Colombia y parte de su bloque de constitucionalidad, que ratifican las disposiciones constitucionales de los artículos 28 y 29 superiores, indicando la importancia de las garantías judiciales (art. 8), los parámetros de respecto del derecho a la libertad (art. 7), y los principios de legalidad y retroactividad (art. 9).

La Constitución Política de 1991, señala algunos de los derechos que se encuentran relacionados con el procedimiento penal. Como primera medida, en su artículo 13, indica que todas las personas en Colombia, nacen libres e iguales, haciéndose acreedoras a la protección de las autoridades, y teniendo la facultad de gozar todos sus derechos. Asimismo el artículo 28 constitucional indica que por regla general toda persona es libre, y solo puede ser restringida de dicha libertad por orden judicial que así lo manifieste y cuando ello se encuentre justificado en un mandamiento legal.

De la mano con esta disposición se encuentra el derecho al debido proceso, consignado dentro del artículo 29 constitucional, que indica entre otros los principios de legalidad, juez natural, presunción de inocencia, el principio de favorabilidad, derecho a la defensa, la imposibilidad de penas y medidas de

aseguramiento imprescriptibles, entre otros, que se constituyen en los principios orientadores de la acción penal sustancial y procesal. Por su parte el artículo 30 de la Carta Magna, indica el derecho que tiene toda persona de interponer el denominado *habeas corpus* cuando considere que su detención es ilegal, y se realizó sin atención a los postulados que indican los artículos 28 y 29 constitucional.

Los principios que corresponden a la acción penal, se encuentran desarrollados dentro de la ley 599 de 2000 para lo sustancial, y en la ley 604 de 2006 para lo procesal. Por su parte, el habeas corpus, fue desarrollado por la ley 1095 de 2006, fijando sus competencias y requisitos para su procedencia, en pro de la protección del derecho a la libertad, cuando se presume que este ha sido violado por una indebida actuación de las autoridades o por no estar acorde con los parámetros legales y constitucionales que se han proferido para el efecto; dándolo el carácter de derecho fundamental y de acción constitucional.

Ahora bien, frente a la medida de aseguramiento, su desarrollo principal se encuentra dentro de la legislación procesal penal. En primera instancia el artículo segundo reitera lo dispuesto en el artículo 28 de la Constitución Política de 1991, y añade la posibilidad de restringir el derecho a la libertad del imputado, en el caso en que el juez de control de garantías, considere que ello es necesario para garantizar su "comparecencia o la preservación de la prueba o la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas" (Ley 906 de 2004, art. 2).

A punto seguido, esta normatividad, enuncia y desarrolla los principios del debido proceso, establecidos en el artículo 29 constitucional, tales como la presunción de inocencia y el de *in dubio pro reo* (art. 7), que indica que toda persona se considera inocente, hasta tanto una decisión judicial definitiva no compruebe su responsabilidad en la comisión de delito que se le imputa y la favorabilidad al reo en caso de que no se pueda desvirtuar la presunción de inocencia.

El de imparcialidad (art. 5), que señala que todos los jueces en cada una de las instancias penales, deben se objetivos en su actuar y propender siempre por la verdad y la justicia. El de legalidad (art. 6), que señala toda persona debe ser investigada y juzgada con arreglo a los procedimientos existentes al momento de los hechos, con la salvedad de que si existiere una ley procesal de mayor favorabilidad para el imputado, se deberá tener en cuenta para efectos de su investigación o juzgamiento que se traduce en el principio de la favorabilidad penal.

El de defensa (art. 8), que establece las reglas, criterios y facultades que tiene el imputado para defender sus intereses ante la jurisdicción, tales como la restricción de la declaración en su contra y de sus familiares, la no autoincriminación, la defensa técnica, entre otros, que materializan dicho derecho. En cuanto a las medidas de aseguramiento, estas se encuentran reguladas dentro de la ley 906 de 2004, en sus artículos 306 y subsiguientes. Como primera medida se indica que quien está facultado para solicitar la medida de aseguramiento es el Fiscal que lleva el caso, debiendo indicar sus argumentos para la procedencia de la misma y la urgencia de la medida (Ley 906 de 2004, art. 306). Dentro de las que conciernen a esta investigación se encuentran las relacionadas con la privación de la libertad, que de acuerdo con el literal "a" del artículo 307 consisten en: "*la detención preventiva en establecimiento de reclusión" y la "detención preventiva en la residencia señalada por el imputado, siempre que esa ubicación no obstaculice el juzgamiento*" (Ley 906 de 2004, art. 307, literal "a").

Para la procedibilidad de las medidas de aseguramiento, el juez de control de garantías debe analizar que se cumple alguno de los requisitos para su procedibilidad los cuales corresponden a la posibilidad de que el imputado pueda obstruir el "*debido ejercicio de la justicia*", que ponga en peligro a la sociedad, o que no comparezca al proceso (Ley 906 de 2004, art. 308).

Esta disposición fue objeto de modificación por parte de la ley 1760 de 2015, que mediante su artículo segundo, incluye un parágrafo en el artículo 308 del Código de Procedimiento Penal, creando el criterio de peligro futuro, al siguiente tenor: "(…) *El Juez de Control de Garantías, deberá valorar de manera suficiente si en el futuro, se configuran los requisitos para decretar la medida de aseguramiento, sin tener en consideración exclusivamente la conducta punible que se investiga*" (Ley 1760 de 2015, art. 2). Como criterio de valoración, el artículo 310 de la ley 906 de 2004, modificada por el artículo tercero de la ley 1760 de 2015, indica que el juez para determinar el peligro futuro, debe evaluar las siguientes condiciones:

> *1. La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales.*
>
> *2. El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos.*
>
> *3. El hecho de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional.*
>
> *4. La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional.*
>
> *5. Cuando se utilicen armas de fuego o armas 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 (Ley 1760 de 2015, art. 3)*

De acuerdo con lo indicado por la Corte Constitucional, la medida de aseguramiento de detención preventiva se justifica en la medida en que esta persiga la protección de la sociedad y de las víctimas, frente a posibles acciones que pueda realizar el imputado, si este es dejado en libertad (Corte Constitucional, C – 634 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa).

En otro de sus pronunciamientos indica que este

tipo de medidas también buscan "*afianzar la tranquilidad jurídica y social de la comunidad*" (Corte Constitucional, C – 774 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil), en aras de proteger no solo a las víctimas sino el interés general de la reincidencia de la conducta delictiva.

Sin embargo, es claro que estas medidas de aseguramiento preventivas, no deben corresponder nunca a criterios subjetivos basados en la posibilidad de que éste a futuro, pueda realizar conductas que puedan obstruir el proceso, o afectar en mayor medida los derechos de las víctimas.

Por el contrario, el juez de control de garantías, debe siempre evaluar la procedibilidad de ésta medida, en atención a elementos objetivos, a fin de no vulnerar ni el derecho a la libertad del imputado (hasta tanto no se demuestre su responsabilidad penal), ni el de presunción de inocencia, con la imposición de una medida restrictiva de la libertad de manera anticipada.

El garantismo penal y el concepto de peligro futuro: construcción de un estado del arte.

La discusión como se desprende del texto anterior, se encuentra principalmente fundada en la inferencia de para el debido proceso penal y el principio de presunción de inocencia, el concepto de peligro futuro que orienta en la actualidad la imposición de la medida de aseguramiento, tiene un carácter subjetivo y discrecional que depende solo del análisis que realiza el juez de control de garantías y no de elementos normativos claros.

En la comunidad académica, existen tanto detractores como partidarios del criterio de peligro futuro para la imposición de medidas de aseguramiento. Sus argumentos en favor o en contra serán expuestos a continuación. En esa medida, en este acápite se busca dilucidar las posiciones académicas que frente a la medida de aseguramiento se han tenido, a fin de indicar cuáles son sus argumentos en favor y en contra.

Zaffaroni, Alagia y Slokar (2002), señalan que la imposición de

una medida de aseguramiento colisiona directamente con el principio de presunción de inocencia, ya que la consideran como una forma de pena anticipada, con un enfoque que antes de versar sobre los hechos, lo hace sobre la condición peligrosista del imputado.

En esa misma línea de pensamiento se encuentra Garzón y Guerra (2000), quienes consideran que la medida de aseguramiento es una forma de desconocimiento del principio de presunción de inocencia, principalmente porque se le coarta el derecho a la libertad del imputado de manera prematura y sin que se haya determinado la responsabilidad penal, obligándolo a cumplir con una pena sin haberse surtido el respectivo trámite procesal que le permita demostrar su inocencia (en el evento en que lo sea).

En ese sentido Gómez (2009) resalta que el principio de inocencia tiene tal entidad, que es aquel que le permite al imputado defenderse del arbitrio del juez inquisitivo de dar por hecho una acción u omisión que constituya delito. De ahí que no puedan imponerse medidas que vayan en contra de dicha presunción, sin la debida justificación y sin haber tenido la certeza de que es el autor del delito, ya que ello no solo desvirtúa dicho principio sino que le atribuye una responsabilidad anticipada sin justificación alguna.

Malatesta (1966), concuerda con la afirmación de Gómez y complementa que bajo ninguna circunstancia el juez penal puede obviar las condiciones propias de determinación de los ilícitos penales. En otras palabras no es dable que se pueda imponer este tipo de medidas sin agotarse toda la actividad probatoria, imponiéndose una condena anticipada sin las pruebas que corroboren la responsabilidad.

Por otro lado, existen autores que consideran como procedente la medida de aseguramiento de carácter preventivo, como es el caso de Bernal y Montealegre (1995) y Garzón y Guerra (2000), que aunque consideran lógico el argumento de que solo es posible privar de la libertad a una persona cuando se tiene la certeza de ser el autor de un

ilícito penal, también lo es que el juez de control de garantías, adopte medidas tendientes a la continuación del proceso, o a la protección de las víctimas y de la sociedad como es el caso de la medida de aseguramiento preventivo.

Además de ello, estos autores consideran que existen mecanismos jurídicos como el habeas corpus, mediante el cual el imputado puede solicitar el amparo de su derecho a la libertad, cuando la medida de aseguramiento no corresponda con los lineamientos legales y constitucionales.

Velásquez (2014) comparte esta posición, y señala que es potestativo del Estado en su facultad sancionadora adoptar las medidas necesarias para la protección del ordenamiento jurídico dentro de las que se encuentra la medida de aseguramiento, que antes que una forma de vulneración de los derechos del imputado, se convierte en un instrumento necesario para garantizar la protección de quienes se presume fueron víctimas de los hechos delictuales que éste cometió.

En ese mismo sentido lo considera Alarcón (2004), al señalar que el Estado tiene la potestad en su facultad soberana, de legislar las restricciones que considere convenientes respecto del derecho a la libertad, siempre que se respeten los parámetros establecidos en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia.

Por su parte Matyas (2009) señala que no existe una afectación al principio de presunción de inocencia por el hecho de imponer una medida de aseguramiento, siempre y cuando esta se encuentre acorde con los elementos que para el efecto establece la ley y la Constitución, ya que ello atiende a la preservación de bienes constitucionalmente protegidos y que hacen procedente su decreto, siempre y cuando se haga una ponderación entre los derechos del imputado y los derechos de las víctimas del delito.

Asimismo lo señalan Cruz (2012) y Barrera (2009), quienes consideran que la medida de

aseguramiento privativa de la libertad atiende al contexto en el que se encuentra Colombia, donde es una constante la comisión de delitos en altos índices, que de alguna manera deben ser evitados, sobre todo en los casos de reincidencia. En todo caso señala que aunque la medida de aseguramiento privativa de la libertad es procedente, debe atender a un juicio de proporcionalidad entre los derechos del imputado y los de las víctimas.

Ahora bien, frente al tema del peligro futuro, Salas y Sáenz (2011), señalan que éste no cuenta con bases objetivas para determinar la imposición de una medida privativa de la libertad, ya que ello pugna con el principio de presunción de inocencia, principalmente porque la norma que señala los eventos en que ello es procedente es imprecisa, dejando entonces el análisis de dichos elementos al criterio subjetivo y discrecional del juez de control de garantías.

Asimismo lo consideran Cediel y Mahecha (2014), quienes señalan que la restricción de la facultad punitiva del Estado, también debe restringirse en los actos de investigación, en atención de la protección del debido proceso de los imputados, evaluando en cada etapa investigativa y judicial criterios objetivos que no trasgredan el uso del *ius puniendi* en detrimento del imputado.

En esta misma línea de pensamiento se encuentran Cancio, Melía, Gómez y Jara (2006), al indicar que la valoración que el juez realiza de los elementos de proporcionalidad de la medida de aseguramiento, debe realizar en atención a las características específicas del proceso y de la realidad que en él se ha demostrado, prescindiendo de toda forma de análisis expectativo o peligrosista, basado en proyecciones de lo que pudiera ocurrir de dejarse en libertad al imputado, y con criterios subjetivos como es el caso de la “convicción intima”.

De otro lado Bulla y Bulla (2013) y Mazo (2015) señalan que existen en la legislación procesal penal otras formas de la medida de

aseguramiento que no implican la privación de la libertad del imputado, y que pueden igualmente cumplir con el cometido de proteger la realización del proceso penal sin que ello se transmute en una privación arbitraria de la libertad del imputado. Adicional a ello califica la imposición de la medida de aseguramiento preventiva, como una expresión más del denominado populismo punitivo, que no solo afecta a los derechos del imputado, sino que se convierte en una forma de acrecentar la crisis humanitaria que existe en los centros carcelarios del país.

Asimismo la califican Sotomayor (2010), González (2010) y Muñoz (2009), al decir que este tipo de medidas restrictivas de la libertad del imputado, conllevan a una aplicación de un derecho penal de peligrosidad que atiende a fines populistas, que se traduce en una vulneración al derecho de presunción de inocencia del imputado, sin el lleno de las formalidades legales y a un indebido uso del *ius puniendi* como medida de ejemplarización, que satisface clamores populares de severidad en las penas y medidas, sin analizar las consecuencias que ello acarrea para el imputado.

El panorama en otras latitudes no es nada alentador. Para el caso europeo Pijoan (2009) hace un llamado a la necesidad de prescindir de estas formas de solución a los requerimientos de la sociedad en la disminución de los delitos, y a las terribles consecuencias que ello tiene para la consecución de una verdadera justicia material.

Retornado al derecho colombiano, Vélez (2012), indica que el cambio de paradigma de la ley 600 a la ley 906, lejos de proteger el principio de presunción de inocencia, es una burla al mismo. Su argumentación se basa en que a pesar de que se busca una humanización del proceso penal, con la imposición indiscriminada de las medidas de aseguramiento, se presenta un retroceso en las garantías y protección de los derechos fundamentales y en especial en el de la libertad del imputado, optando por una presunción de su responsabilidad penal, de manera anticipada, sin la

posibilidad de que éste pueda hacer el uso adecuado de su derecho a la defensa.

De la colisión entre las posiciones señaladas, se desprende que la aplicación de la medida de aseguramiento, no es un tema que tenga un consenso en la comunidad académica. Por eso mismo, conviene entonces analizar desde la jurisprudencia y la doctrina si realmente el criterio de peligro futuro, comporta o no una afectación al principio de presunción de inocencia, o si por el contrario, la posición adoptada por el legislador es de beneficio para el Derecho Penal, para las víctimas y la sociedad, en atención a la protección de sus bienes jurídicos y a la seguridad. Sin embargo, esta disyunción entre las posiciones doctrinales, deja entrever una ruptura epistémica entre la procedencia de este tipo de medidas, basados solo en un concepto de peligrosidad, antes que frente a los hechos concretos de cada proceso penal.

De otro lado, se considera que aún en la actualidad subsiste una problemática que no ha sido analizada por estos antecedentes, y es la referente a la subjetividad y a la discrecionalidad que tiene el juez, de evaluar la imposición de esta medida, bajo los preceptos del peligro futuro, recientemente incorporado a la legislación nacional, que como se indica en la descripción de la problemática, puede conllevar a una mayor vulneración del debido proceso penal, y a una afectación del principio de presunción de inocencia del imputado.

Ahora bien, el Estado Colombiano con el cambio de paradigma de ser un Estado de Derecho a un Estado Social de Derecho, adopta una posición y una responsabilidad de garantizar a sus asociados el respeto por los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de Colombia de 1991. Con este nuevo enfoque, todas las ramas del Derecho han buscado la constitucionalización de sus disposiciones, en especial el Derecho Penal, que se ha visto abocado a adoptar preceptos humanizadores y respetuosos para

quienes son procesados por hechos delictivos.

En otras palabras, se ha buscado implementar dentro del proceso penal unas garantías jurídicas, que restrinjan de alguna manera la facultad punitiva del Estado y le brinden a los imputados y procesados, las herramientas para solucionar la relación asimétrica que existe entre el Estado y quien es sometido a la acción penal.

Uno de los principales propulsores de dicha humanización del Derecho Penal, el Luigi Ferrajoli (2009) quien bajo su teoría del garantismo penal, ha buscado contribuir con dicha humanización del proceso penal, poniendo de presente la necesidad de prescindir de una actitud inquisitorial del Estado en materia penal, para darle paso a una nueva concepción de éste como *ultima ratio,* proponiendo la aplicación concienzuda de mecanismos que en lo posible restrinjan lo menos que se pueda los derechos fundamentales de los imputados en los procesos penales.

Para lograr dicho cometido, Ferrajoli (2009) propone la norma jurídica como instrumento idóneo de racionalización de la acción penal, ya que es a través de ésta donde el Estado puede plasmar los elementos, procesos, procedimientos y criterios objetivos de la acción penal, que no solo orientan su actuación en todas las etapas del proceso, sino que se convierten en la herramienta con la que cuenta el imputado para la restricción mínima de sus derechos fundamentales.

En ese sentido, este autor indica que la constitucionalización del Derecho Penal y la aplicación de un enfoque garantista del mismo a través de la norma, es la mejor forma de brindarle al imputado o procesado la garantía de que sus derechos no se verán afectados más allá de lo que la ley establece frente al hecho que se le imputa.

En otras palabras, ello se traduce en el seguimiento de reglas claras frente al proceso penal, proyectadas de manera racional, que atiendan a fines constitucionales

legítimos, y que se ajusten a la menor severidad posible.

Para el caso concreto de la medida de aseguramiento privativa de la libertad, el concepto de peligro futuro que trae consigo la normatividad penal, atiende a una valoración del operador jurídico, de las condiciones de peligrosidad que puede tener el imputado, basado en su convicción de que éste reincidirá dentro de la conducta que se le imputa, o que constituye un riesgo para la sociedad, o si de sus antecedentes se desprende la posibilidad de que se abstenga de comparecer al proceso, por lo que su retención se considera como necesaria.

Si bien es cierto, estos criterios han sido considerados como ajustados a la norma y a la Constitución Política, como se explica en líneas anteriores, es necesario determinar si estos son realmente objetivos o si por el contrario, se pueden convertir en un derrotero, donde la subjetividad y la discrecionalidad del juez de control de garantías, podrían llegar a afectar el principio de presunción de inocencia En efecto, aunque la medida de aseguramiento es permitida por el legislador como un mecanismo de protección a la sociedad, a las víctimas, y al mismo proceso penal, su imposición bajo ninguna circunstancia debe basarse en una interpretación de lo que no ha ocurrido y que puede ocurrir.

Ello de acuerdo con el garantismo penal, que propone Ferrajoli, es una brecha que da lugar no solo a una inseguridad jurídica, sino a una utilización inadecuada de la facultad sancionadora del Estado, que antes que proteger los derechos del imputado, propendería por un debilitamiento de los mismos como es el caso el principio de la presunción de inocencia.

La medida de aseguramiento bajo el concepto de peligro futuro y su afectación al debido proceso penal.

De acuerdo a lo anteriormente expresado, es necesario evaluar desde la jurisprudencia los tres elementos teóricos que se desprende del garantismo penal, frente a la

imposición de la medida de aseguramiento privativa de la libertad y el concepto de peligro futuro que trae consigo la ley 1760 de 2015, los cuales comprenden: (i) las garantías del individuo, (ii) la minimalización de la acción punitiva, (iii) la humanización del derecho penal.

Como bien se he venido reiterando, la imposición de una medida de aseguramiento preventiva atendiendo al criterio de peligro futuro, puede llegar a ser considerado como subjetivo y discrecional por parte del juez de control de garantías. En ese sentido, la respuesta a esa inferencia ya sea confirmándola o negándola se puede encontrar en el análisis que respecto a dicha media ha realizado la Corte Suprema de Justicia.

Uno de los acercamientos a la imposición de la medida de aseguramiento desde la modificación realizada por la ley 1760 de 2015, proferida por la Corte Suprema de Justicia, en su sala penal es la sentencia del 16 de diciembre de 2015. En esta oportunidad el alto tribunal analizando las disposiciones incorporadas por la ley en comento, indica que los requisitos para la procedencia de la medida de aseguramiento son claros y concisos en la ley, y que el ejercicio hermenéutico que realiza el juez de control de garantías, debe siempre encontrarse ajustado a dichas disposiciones, incluyéndose la valoración del criterio de “peligro futuro”.

La evaluación de este criterio, a la luz de lo consignado en dicha sentencia, debe siempre atender a criterios objetivos, para que pueda considerarse como legal y constitucionalmente válida, debiéndose de manera irrestricta cumplirse con las siguientes condiciones objetivas:

> *(i) que la evidencia (término que aquí se usa en un sentido amplio) permita inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o participe de la conducta delictiva que se investiga, (ii) que con la imposición de la medida de aseguramiento, se evite la obstrucción a la justicia, o se proteja a la*

comunidad, o a la víctima, o se evite el riesgo de fuga, y (iii) que resulte procedente la detención preventiva de conformidad con el artículo 313 del C.P.P (Corte Suprema de Justicia, sentencia del 16 de diciembre de 2015, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández)

De ahí entonces que la valoración del criterio de peligro futuro del imputado, deba necesariamente atender a estos límites señalados por la Corte Suprema de Justicia.

En efecto, en el caso en que se desborden estos lineamientos y el juez de control de garantías obvie algunos de estos elementos de valoración, se estaría no solo ante una ilegalidad manifiesta de la medida de aseguramiento, sino en una afectación al principio de presunción de inocencia.

Piénsese por ejemplo en el caso de que el juez de control de garantías, optase por imponer esta medida sin los elementos que le permitan inferir que el imputado es el autor del delito, sino que su íntima convicción comprenda un juicio subjetivo; o que existen otras medidas menos lesivas del derecho fundamental a la libertad del imputado, que igualmente cumplan con el mismo cometido de la medida de aseguramiento preventiva.

En dichos casos, si podría entonces hablarse de una posible vulneración del debido proceso penal, y del principio de presunción de inocencia.

De acuerdo con dicha interpretación, es claro entonces que el elemento de la peligrosidad en hechos futuros, es un criterio que aunque contiene elementos objetivos de determinación establecidos en la normatividad penal actual, debe ser analizado por el operador jurídico con el celo que se espera de su imparcialidad, a fin de no caer en criterios subjetivos de interpretación, so pena de poner en riesgo la presunción de inocencia del imputado dentro del proceso penal. Además ello implica asumir para el futuro la realización de una conducta delictiva

y tomar medidas antes de que supuestamente suceda.

Ello en otras palabras significaría dejar a la imaginación y subjetividad del operador jurídico el análisis de cada causal y su ocurrencia en el futuro.

Asimismo lo considera la Corte Constitucional, que con acierto señala que

> *La medida de aseguramiento, por su parte, tiene carácter preventivo (…) Su propósito es garantizar el cumplimiento de los fines de la investigación. Desde el punto de vista del grado de certeza requerido para esta decisión, su decreto requiere que de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenida legalmente se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta que se investiga.* (Corte Constitucional, sentencia C – 121 de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

Desde el punto de vista del constitucionalismo del Derecho, propugnado por Ferrajoli, y desarrollado en la doctrina colombiana por algunos autores, el criterio de peligrosidad para la comunidad no es de buen recibo para justificar una medida de aseguramiento como la que propone el peligro futuro. Al respecto Guerrero (2005) que el riesgo de reincidencia o peligro futuro es netamente inconstitucional, por las siguientes razones:

> a) el criterio no es determinado y debería serlo, por ejemplo, mediante estudios de criminología empírica que le indiquen al operador las probabilidades de la comisión recurrentes de una conducta en determinado ámbito geográfico; b) la función de una medida de aseguramiento de detención preventiva basada en argumentos como la protección de la

> comunidad en realidad se relacionan con la alarma social, lo que conduce a otorgarle el efecto de prevención general a la prisión provisional, y c) es una manera velada de ocultar lo que en realidad es una captura con fines de seguridad ajenos a cualquier consideración procesal (Guerrero,2005, p.344)

Desde el punto de vista del constitucionalismo del Derecho Penal, ello es contrario a la función que debe ejercer la medida de aseguramiento, que en sí debe atender a fines constitucionales y proporcionales objetivos que justifiquen la privación de la libertad y no a juicios hipotéticos de peligrosidad. En ese mismo sentido lo reitera Guerrero (2005) al señalar que

> La crítica a la que se enfrenta el riesgo de reiteración predica que es inadmisible en la medida en que la detención provisional no está destinada a asegurar las consecuencias jurídicas de la posible sentencia condenatoria, ni a supeditar el desarrollo de la vista oral, sino a impedir un proceso futuro e hipotético (…) la detención así considerada se convierte en un instrumento no del proceso penal, sino de verificación de la política criminal (Guerrero, 2005, p. 346)

En ese orden de ideas, es claro que no es procedente ningún tipo de detención por suposiciones discrecionales de que el imputado no comparecerá al proceso, o que pondrá en peligro a las víctimas o a la sociedad, o que obstruirá la acción de la justicia, sin los debidos fundamentales legales para ello. Por el contrario el material probatorio que se ponga a juicio del juez de control de garantías, debe ser tan contundente para poder materializar el criterio de “peligro futuro”

Se colige entonces, de conformidad con lo planteado por la Corte Constitucional que es absolutamente necesario que para que una persona pueda ser privada

de la libertad en forma cautelar los motivos para ello deben estar previamente establecidos por la ley, pero que los mismos además han de ser claros e inequívocos.

Retornado al punto de vista del constitucionalismo del Derecho Penal Burbano al respecto señala que es necesario para la limitación de derechos fundamentales que el legislador establezca con claridad la finalidad y procedimiento de ello, so pena de que el juez pueda interpretarlos como considere y en un escenario completo de subjetividad. En atención a la importancia de los argumentos que presenta el profesor Burbano a continuación se exponen textualmente:

> (…) sólo el legislador, y no otros ámbitos del poder público, están habilitados para circunscribir su espacio de ejercicio. En el contexto de un Estado constitucional es un principio que resulta comprensible, pues si se han de establecer límites a derechos consagrados por el constituyente, lo menos que se ha de exigir es que esos límites sean establecidos con el concurso de los representantes populares, tras un proceso deliberativo en el que se reconozcan espacios para la diferencia.
>
> (…) Por otra parte, esa limitación de derechos por cuenta del legislador debe orientarse a la realización del bien común y respetar los contenidos específicos del principio de proporcionalidad: adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Además, tal regulación debe ser precisa. Es decir, debe indicar en qué casos hay lugar a la limitación del derecho, cual es el procedimiento que debe seguirse para el efecto y cuál es la autoridad competente para imponerla. De no ser así, esto es, de consagrarse cláusulas generales para que la jurisdicción limite derechos fundamentales. (…) Se configuraría entonces, una potestad judicial de carácter discrecional,

> constitucionalmente ilegitima y cuyo ejercicio generaría inseguridad jurídica y conduciría a tratamientos discriminatorios de los destinatarios de la acción penal (Burbano, 2006 p. 72)

Un argumento similar lo exponen Montealegre y Bernal (2005, p. 345) al señalar que

> (…) no puede centrarse la limitación de derechos en concreto beneficio de otros derechos (…) ejemplo de lo anterior, agregamos, es precisamente la situación de las medidas de aseguramiento preventivas e incluso no preventivas de la libertad, en cuanto a sus limitaciones a derechos no apuntan específicamente a la protección de derechos fundamentales de otros, sino a la eficacia de la justicia penal (…)

De otro lado es claro que bajo la perspectiva de la humanización del proceso penal y de las garantías del imputado, el juez de control de garantías se convierte en su aliado en la protección de sus derechos fundamentales, en especial de su derecho a la libertad. En ese sentido también lo considera la Corte Suprema de Justicia, al señalar que las actuaciones del juez de control de garantías se encuentran "*encaminadas a la protección inmediata de derechos fundamentales de los indicados,* ***tales como la libertad personal***" (Corte Suprema de Justicia, sentencia del 4 de febrero de 2009, M.P. María del Rosario González de Lemos).

En ese mismo sentido lo ratifica esta Corporación al decir que es el juez de control de garantías, quien toma la decisión de imponer una medida de aseguramiento o no, y él es el directamente responsable por las consecuencias que de ello se pueda derivar, debiendo entonces "*ser celoso controlador de que los presupuesto exigidos legalmente para su adopción se satisfagan a plenitud*" (Corte Suprema de Justicia, sentencia del 16 de diciembre de 2010, M.P. José Leónidas Bustos Martínez), so pena de que su decisión se considere contraria a la ley.

Ahora, la posición que juega el juez de control de garantías del proceso penal es la de propender por los derechos del imputado. En ese sentido, del examen del caso concreto y de los elementos que consigna la ley 1760 de 2015, el juez de control de garantías, debe realizar antes que una predicción sin fundamentos, una deducción que parta del material probatorio que tiene a su disposición, para determinar si la medida de aseguramiento es procedente o no, mediante la valoración del criterio de peligro futuro.

De otro la misma Corte Suprema de Justicia, señala la necesidad de seguir al pie de la letra las reglas prestablecidas en el caso de la actuación penal, que bajo ninguna circunstancia pueden dejarse al arbitrio de un juez, sino que por el contrario están son las llamadas a limitar la actuación del Estado en virtud de la humanización del proceso penal y al respecto a las garantías constitucionales.

En ese orden de ideas, esta corporación señala que todas las actuaciones procesales "*obedecen a una reglas preestablecidas, las cuales de ninguna manera al arbitrio habrán de reemplazarse puesto que se han promulgado precisamente para limitar la actividad del juez*" (Corte Suprema de Justicia, sentencia del 13 de febrero de 2013, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero).

Asimismo lo ratifica esta corporación en otra oportunidad al decir que la función del juez de control de garantías es la de ser *"el guardián del respeto de los derechos fundamentales del indiciado o sindicado, así como aquellos de la víctima*" (Corte Suprema de Justicia, sentencia del 26 de abril de 2016, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya) para lo cual debe analizar con criterios objetivos la proporcionalidad de la restricción del derecho a la libertad del indiciado (Corte Suprema de Justicia sentencia del 26 de abril de 2016, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya) que difícilmente puede realizarse si dicho juicio de proporcionalidad no atiende a criterios objetivos como los señalados

en la ley 1760 de 2015. En palabras de la Corte:

> *(…) la verificación* ***del aspecto objetivo*** *sobre la procedencia de la medida de aseguramiento constituye un exigencia propia del principio de legalidad, al cual ha de estar sujeta toda afectación a la libertad personal"* (Corte Suprema de Justicia, sentencia del 26 de abril de 2016, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya)

La misma Corte Suprema de Justicia, advierte que la imposición de una medida de aseguramiento no solo debe atender a la mera convicción del juez y a su sentir, sino que debe versar sobre elementos y criterios de objetividad que demuestren una motivación real de la procedibilidad de dicha medida y de la exclusión de otra que afecte en menor medida los derechos del indiciado (Corte Suprema de Justicia, sentencia del 16 de diciembre de 2015, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández). En ese mismo sentido esta Corporación lo corrobora al señalar que "***tal decisión no puede ser caprichosa, arbitraria, inmotivada o ilógica sino que debe ser expresa en términos de necesidad, racionalidad y legalidad***" (negrillas fuera del texto) (Corte Suprema de Justicia, auto interlocutorio del 20 de noviembre de 2013, M.P. Eyder Patiño Cabrera)

El hecho de que no exista una certeza respecto del concepto de "peligro futuro", que se base en criterios objetivos, hace que la apreciación subjetiva del juez, de dicho presupuesto se convierta en una forma de vulneración de las garantías que debe brindar el juez de control de garantías en su función de protector de los derechos fundamentales del indiciado.

Adicional a ello, es claro que la imposición de una medida de aseguramiento sin el debido respeto por la objetividad, es una clara vulneración al presupuesto de la minimización del uso del *ius puniendi* y un uso indiscriminado del Derecho Penal, que antes que ser en el contexto descrito *ultima ratio* se convierte en una regla en el caso de

que no se positivice en mejor medida el concepto de peligro futuro.

Por otro lado, es claro que la permisión de una medida de aseguramiento sin tomar en cuenta lo dicho en los precedentes jurisprudenciales enunciados, es una forma no solo de vulneración del debido proceso penal, sino un atentado contra la humanización del proceso penal, que también se ve reflejado en la actuación que debe hacer el juez de control de garantías en pro del derecho a la libertad y de la presunción de inocencia del imputado.

Así las cosas, la valoración que haga el juez sobre la necesidad idoneidad, adecuación, urgencia y razonabilidad de la detención preventiva, debe efectuarse en concreto, en relación con las características específicas del proceso en el cual se examina la posibilidad de adoptar una medida de aseguramiento, y no tomando en cuenta circunstancias de mera expectativa y por convicción intima, y que se alejan definitivamente del constitucionalismo del derecho penal en aras de cumplir con la expectativa de la víctima de ver al sujeto activo del delito, pagando de manera anticipada su conducta, lo que evidentemente atiende a las últimas tendencias del populismo punitivo.

Conclusiones.

Del análisis realizado en este documento se puede concluir entonces que el concepto de “peligro futuro” para la imposición de la medida de aseguramiento privativa de la libertad, es un criterio introducido por el legislador en el año 2015, que cumple con los presupuestos legales y constitucionales de protección de bienes jurídicos tutelados, que presuntamente podrían verse vulnerados si el presunto autor de un delito, no es detenido preventivamente.

Ahora si bien es cierto, la redacción del artículo 308 y 310 de la ley 906 de 2004 , la cual obedece a pronunciamientos jurisprudenciales de la corte constitucional en especial la sentencia c- 1198 de 2008,en la cual se determina la configuración por parte del legislador del llamado

peligro futuro, pero al dejarla plasmada de acuerdo a la ley 1760 de 2015, establece una incertidumbre en la interpretación para su aplicación y por lo tanto la posible vulneración de derechos y garantías como principio de presunción de inocencia imputado, traducida en una acción arbitraria, subjetiva y discrecional del juez que violente los preceptos del debido proceso penal.

En ese orden de ideas, la finalidad de la medida de aseguramiento, se considera conforme al garantismo penal, en el entendido de que con ésta se busca brindar a la sociedad, a las víctimas y al proceso penal como institución, una garantía y un mecanismo jurídico que le permita el desarrollo de la acción penal, con el celo y diligencia que se espera de ésta.

Ello de acuerdo con la posición del constitucionalismo penal, evitaría que la situación del imputado se viera desprotegida, ya que éste no cuenta con los elementos necesarios para poder desvirtuar el análisis que en su discrecionalidad realice el operador jurídico, con lo que a su vez se generaría una deshumanización del proceso penal, a través de la imposición de dicha medida con elementos subjetivos que inciden en un uso inadecuado del *ius puniendi.*

Así las cosas, no queda otro camino que ante la Corte Constitucional mediante una demanda constitucionalidad, respecto de los artículos 2 y 3 de la ley 1760 de 2015, en la órbita de la validez de la norma declare en sede de constitucional, la inexequibilidad en lo que respecta a la redacción del “peligro futuro”, dada su incertidumbre, llegando a ser violatoria del principio de presunción de inocencia que se deriva del debido proceso del artículo 29 constitucional, o que el legislador desde la órbita del positivismo y en uso de su facultad soberana de legislar enuncie unos parámetros claros de aplicación de este concepto, que atiendan a los postulados del garantismo penal y de los derechos fundamentales del imputado.

Referencias

Alarcón, H.J. (2004). Régimen de la restricción a la libertad personal en la Ley 906 de 2004. Garantías penales proceso penal acusatorio en Colombia. Consultado el 1 de septiembre de 2016. Recuperado de: https://sites.google.com/site/hectoralgabogado/home/privacion-de-la-libertad

Barrera J. (2009) La Medida De Aseguramiento", *Derecho y Realidad*, 13, 1692-3936

Bernal, J & Montealegre, E. (1995). *El Proceso Penal.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Bernal, J & Montealegre, E. (2004). *El proceso penal.* 5ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Bulla, A., Bulla, E. (2013). Críticas a la constitucionalidad de la detención preventiva en Colombia. *Actualidad Jurídica,* consultado el 1 de septiembre de 2016. Recuperado de: http://www.uninorte.edu.co/documents/4368250/4488390/Cr%C3%ADticas+a+la+constitucionalidad+de+la+detenci%C3%B3n+preventiva+en+Colombia

Burbano, J. (2006) Los nuevos fundamentos de las pruebas penales. Una reflexión desde la estructura constitucional del proceso penal colombiano. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.

Cancio, M.; Gómez; Jara; & Díez, J. (2006) Derecho Penal del Enemigo. El Discurso Penal de la exclusión. Madrid: Edisofer.

Cediel, J. & Mahecha, J... (2014). Algunas incidencias del trabajo de la policía judicial en la materialización del derecho al debido proceso. Trabajo de grado para optar al título de magister en derecho con profundización en ciencias políticas y sociales. Universidad Militar Nueva Granada. Bogotá D.C.

Colombia. Constitución Política de 1991. Recuperada de: http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125

Corte Constitucional. Sentencia C – 121 del 22 de febrero de 2012. (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva)

Corte Constitucional. Sentencia C – 774 del 25 de julio de 2001. (M.P. Rodrigo Escobar Gil)

Corte Constitucional. Sentencia C – 634 del 31 de mayo de 2000, (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa)

Corte Constitucional. Sentencia C – 559 del 4 de agosto de 1999. (M.P. Alejandro Martínez Caballero)

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 26 de abril de 2016, (M.P. José Francisco Acuña Vizcaya).

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 16 de diciembre de 2015, (M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández).

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 17 de junio de 2015, (M.P. Patricia Salazar Cuellar).

Corte Suprema de Justicia. Auto interlocutorio del 20 de noviembre de 2013 (M.P. Eyder Patiño Cabrera)

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 13 de febrero de 2013, (M.P. Fernando Alberto Castro Caballero)

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 16 de diciembre de 2010, (M.P. José Leónidas Bustos Martínez)

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 4 de febrero de 2009, (M.P. María del Rosario González de Lemos).

Cruz, L. (2012). Fundamentos de la detención preventiva en el procedimiento penal colombiano, *Revista de Derecho Penal y Criminología,* 33(95), 69 – 100.

Ferrajoli, L. (2009). Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal. Madrid: Trotta.

Garzón, T.E. & Guerra, A.M. (2000). Privación de la libertad y responsabilidad del Estado. Tesis para optar por el título de Abogado. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, D.C.

Gómez, Y. (2009). El principio de la presunción de inocencia. Bogotá: Academia Colombiana De Abogacía.

González, J. (2010). La criminalización de la crítica, *Estudios Políticos*, 36, 95-109

Guerrero, J. (2005). Fundamentos teorico constitucionales del nuevo proceso penal. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.

Ley 1760 de 2015. Por medio de la cual se modifica parcialmente la ley 906 de 2004 en relación con las medidas de aseguramiento privativas de la libertad. 6 de julio de 2015. Diario Oficial, núm. 49565.

Ley 1095 de 2006. Por la cual se reglamenta el artículo 30 de la Constitución Política. 2 de noviembre de 2006. Diario Oficial, núm. 46440

Ley 906 de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. 31 de agosto de 2004. Diario Oficial, núm. 45658.

Matyas, E. (2009). Régimen de privación de la libertad en el sistema penal acusatorio. *Revista Republicana,* 6, 59-79

Mazo C. (2015). La detención preventiva carcelaria. Sustituible por la vigilancia electrónica. (2015), *Revista Nuevo Foro Penal* 11(84), pp. 137-198.

Muñoz, J. (2009). Populismo punitivo y una “verdad” construida, *Nuevo Foro Penal,* 72, 13 – 73.

Organización de Naciones Unidas. Declaración Universal de Derechos Humanos. Consultada el 1 de septiembre de 2016. Recuperada de: http://www.un.org/es/documents/udhr/

Organización de Naciones Unidas. Convención Américana de Derechos Humanos. Consultada el 1 de septiembre de 2016. Recuperada de: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm

Pijoan L. (2009). La Economía Política Del Castigo. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Consultado el 1 de septiembre de 2016. Recuperado de: http://criminet.ugr.es/recpc - ISSN 1695-0194.

Sáenz, H., Salas, L. (2011). Peligro para la comunidad no es criterio objetivo para imponer prisión preventiva, *Revista de investigaciones,* 151 - 380

Sotomayor, J. (2010). Criminalidad organizada y criminalidad económica: los riesgos de un modelo diferenciado de derecho penal, *Revista de Derecho Penal,* 31, 5 – 42.

Velásquez, F. (2014). Las transformaciones del concepto de autoría: el caso de los aparatos criminales organizados de poder en el contexto colombiano, *Cuadernos de Derecho Penal,* 27 – 51.

Vélez L. (2012). Otra cara del sistema acusatorio colombiano: menosprecio de la libertad personal y autoritarismo penal. Medellín: Universidad de Antioquia.

Zaffaroni, E., Alagia, A., Slokar, A. (2002). Derecho Penal. Parte general. Segunda Edición. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora.