

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA



**CRITERIOS PARA IMPONER MEDIDA DE ASEGURAMIENTO EN CENTRO
CARCELARIO**

MILTON CÁRDENAS GALLO

ARTICULO DE PROFUNDIZACIÓN

TUTOR: DR. MISAEL TIRADO ACERO

**ESPECIALIZACIÓN EN PROCEDIMIENTO PENAL – CONSTITUCIONAL Y
JUSTICIA MILITAR
FACULTAD DE DERECHO - CAJICÁ
2016**

CRITERIOS PARA IMPONER MEDIDA DE ASEGURAMIENTO EN CENTRO CARCELARIO

Milton Cárdenas Gallo¹

Resumen

La tensión que surge entre la política criminal del Estado en cuanto al derecho a sancionar y castigar, por presunta trasgresión o amenaza a la normatividad penal, frente al garantismo constitucional en relación a la protección y garantía de los derechos fundamentales, para nuestro estudio, a la libertad personal y al debido proceso de las personas que aún no son condenadas. La decisión debe estar soportada en los criterios que fija la ley, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la doctrina en relación con la imposición de medidas de aseguramiento en centro carcelario por parte de los jueces de control de garantías, sin embargo, hay casos que comparten ciertas características similares y las determinaciones no son uniformes, proporcionales y razonables, por lo que se evidencia que aún persisten incongruencias y contradicciones con respecto a la interpretación, aplicación y justificación de tales preceptos.

Palabras clave

Derecho Penal, Garantismo Constitucional, Sistema Penitenciario, Medidas de Aseguramiento, Juez de Garantías.

CRITERIA TO IMPOSE ASSURANCE MEASURES AT PRISIÓN

Summary

The tension begins between the criminal policy of the state, in terms of the power to punish and impose a sanction, alleged transgression or threat to criminal law, and the

¹ Abogado especializado en Derecho Penal y Constitucional de la Universidad Nacional, especializado en Procesal penal y en Derechos Humanos y DIH de la Universidad Externado de Colombia, actualmente curso especialización en Derecho Penal, Constitucional y Penal Militar en la Universidad Militar Nueva Granada. Docente de la Escuela de Cadetes General Santander en Investigación Criminal y Derecho penal. Laboro con la Rama Judicial. Correo. m_cardenas28@hotmail.es.

guarantee to protect the human rights and personal freedom, for our investigation, personal freedom and the right process of the people who has haven't been convicted. In this article would be a description and analysis of the criteria imposed for the law, the constitutional court's jurisprudence and the doctrine related with the imposition of measures of assurances in jail from control of guarantees' judges. Some cases share some similar characteristics, the decisions are no uniform, proportional and reasonable, that's why it is evident of the inconsistencies and contradictions related with the interpretation, application and justification of the normative standards.

Keywords: Criminal law, Guranty constitucional, Penitentiary System, Measure asuarance and guarantees of judge

Introducción

El ius punieni o derecho de castigar por parte del Estado en cuanto a la amenaza o trasgresión de la normativa penal, se materializa mediante la imposición de penas o mediadas de seguridad, según el caso, pero difiere notablemente con aquellas medidas que restringen o limitan la libertad temporalmente, como es el caso de las detenciones preventivas o medidas de aseguramiento, las cuales se aplican a personas que se encuentran incurso de un proceso y que los ampara el derecho constitucional fundamental del debido proceso.

Por lo tanto, el derecho penal visto como instrumento regulador de la vida social, es aplicado en torno a las personas que contravienen sus normas, cuya función principal es evitar que el resto del conglomerado transgredan lo regulado, es decir, una prevención general, o en su defecto evitar que los transgresores reincidan en este tipo de comportamientos, (prevención especial), vale decir, el hombre que con su acción u omisión vulnera el derecho positivo en lo penal, (hombre malo) merece colocarlo en un laboratorio social (cárcel), con el fin de que se resocialice y salga al seno social como un hombre bueno.

Por ello, el análisis se fundamenta en los requisitos, exigencias y criterios que deben cumplirse de orden constitucional, legal, doctrinal y jurisprudencial para lo cual el

intérprete debe observar con un rigor especial la limitación del derecho a la libertad personal, la cual debe estar plenamente justificada, siempre y cuando no haya una medida menos gravosa para el cumplimiento de los fines constitucionales.

Son estas las razones por las cuales le corresponde a las constituciones de los Estados interiorizar los valores y principios fundamentales de las personas, entre otros, el de la libertad personal, en aras de articular el poder coercitivo del Estado con la garantía, protección y respeto de los derechos fundamentales y derechos humanos.

El punto de partida de la presente investigación toma como precedente sí, ¿Los jueces de control de garantías aplican de manera razonable y con el mismo rigor los criterios delimitados por la ley, la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en relación con la imposición de la medida de aseguramiento en centro carcelario?

En tal sentido, pese al esfuerzo de la ley, la doctrina y la jurisprudencia para lograr una armonización en relación a los criterios para que los jueces de control de garantías emitan decisiones razonables, proporcionales y debidamente justificadas sobre las medidas de aseguramiento en centro carcelario, aun se observa que éstos preceptos son abstractos y generales y por ende no se aplican con el mismo rigor.

Frente al estudio, se observa que una de las causas que más impacta es la relacionada con las reformas improvisadas, apresuradas y populistas que ha generado un caos normativo incoherente e inequitativo como es el caso de la Ley 906 de 2004, reformada por la Ley 1142 de 2007, la Ley 1474 de 2011, prevé la imposición de la detención preventiva frente a una serie de conductas delictivas y la Ley 1453 de 2011, la cual aumenta los mínimos punitivos para muchos delitos, regulación que determina que dichas acciones delictivas son excarcelables y por lo tanto se les aplique medida de aseguramiento en centro carcelario, Molina (2015).

Se advierte en el estudio, que en algunos casos las resoluciones no son coherentes ni consecuentes, toda vez, que aparece el eficientísimo punitivo frente a la presunción de inocencia, vale decir, se quiere ser protagonista en lo operativo a costa del sacrificio de la libertad de las personas, en donde el imaginario colectivo cree que la detención

preventiva conlleva a la responsabilidad penal, desconociendo el derecho fundamental de la presunción de inocencia.

El examen propuesto desde el enfoque constitucional se torna relevante, teniendo en cuenta, que al imponer una medida de aseguramiento en centro carcelario y no estar debidamente justificada, se está amenazando o vulnerando valores y principios fundamentales como es el de la libertad personal, lo que genera un alto grado de incertidumbre e impacto social negativo.

El estudio se encaminó desde lo descriptivo analítico, aplicando una línea de investigación exploratoria, bajo el método de análisis y síntesis en relación a los criterios fijados por la Constitución, los instrumentos internacionales, la ley, la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Constitucional (2005 – a la fecha), y el impacto frente a la interpretación, motivación, justificación y argumentación en las decisiones proferidas por los jueces de control de garantías en cuanto a las medidas de aseguramiento en centro carcelario.

1. LA DETENCIÓN PREVENTIVA EN EL DERECHO PENAL

1.1 Referentes de la detención preventiva

El reconocimiento positivo de la libertad personal se ha producido con una trascendencia especial en los textos nacionales e internacionales posteriores a la Segunda Guerra Mundial, producto a los actos descomunales y de barbarie que se presenciaron la humanidad, en donde se reconoció el ser humano con sus derechos como valor auténtico de la sociedad, (Escobar (1997).

A lo largo de los años han surgido diferentes conceptos y concepciones en relación a la acción punitiva estatal, entre ellas se encuentra la expiación, la retribución, la prevención general y especial, las cuales fueron recogidas por Claus Roxin (1976. P.11), en la teoría unificadora dialéctica, esto es, en la retribución la pena estriba en que la culpabilidad del autor sea compensada con un mal, es decir, la pena no sirve sino lleva un fin, cual es la justicia, la imposición de un mal por un mal cometido, la pena surge de una necesidad moral.

Ahora, en tratándose de la función de la pena, la cual se enmarca dentro de una redistribución justa, prevención general, prevención especial y reinserción social, es decir, que si bien es cierto la detención preventiva no se considera como una pena, si cumple con un fin y es evitar que los potenciales delincuentes desistan cometer futuros delitos, es lo que se denomina la prevención general y en cuanto la prevención especial, se trata de intimidar al autor encerrándolo para que no cometa otros delitos y la reinserción social indica que con la pena el infractor debe ser capaz de vivir armónicamente en el seno social, sin cometer delitos, Roxin (1997, p. 87).

En cuanto a la prevención especial, hace referencia de que corregir al corregible, intimidar al que es intimidable, no se trata de retribuir el hecho pasado, sino que ve la justificación de la pena en el hecho de prevenir nuevos delitos, en el sentido de privar de la libertad a los que no son corregibles ni intimidables, mientras que la prevención general busca con la pena, intimidar a la generalidad de los ciudadanos, la cual sirve como escarmiento u ejemplo y en esa medida se legitima el ius punendi. Valencia Villa (1987. pp. 34-51).

1.2 Orígenes del encierro

El tipo de arquitectura carcelaria panóptica era permitir que un guardián ubicado en una torre central observara a todos los reos o prisioneros, reclusos en celdas individuales alrededor de la torre, sin que ellos lo conocieran que estaban siendo observados, este dispositivo creaba un sentimiento de omnisciencia invisible sobre los detenidos, Foucault (1975).

En su lugar, Jeremy Bentham (1780), hace una reflexión en torno a la renovación del pensamiento del derecho penal y al sentido del encierro, su obra basada en la relación visual entre los humanos al otorgarle más poder al que ve que a quienes son vistos, en el cual los vigilantes no podían ser observados lo que permitía abandonar la vigilancia durante el servicio. Estos guardias eran vigilados desde el exterior por otros guardias, con el fin de limitar el maltrato de los detenidos y el abuso del poder. El mismo Bentham, la torre central debía ser transformada en capilla durante los domingos, a fin de moralizar los criminales.

Michel Foucault, sus estudios en 1975, los centra sobre el panoptismo, en el que se determina como la distribución óptica o luminosa que caracteriza las cárceles, se trata de “ver sin ser visto”, sino imponer una conducta cualquiera a una multiplicidad humana, es decir, es una forma de castigo y encierro en el que se funda la rehabilitación de los criminales.

1.3 Dignidad Humana – fundamento de la persona

Al observar al hombre como persona, Immanuel Kant (1990. P. 44), expresa que el hombre por esencia es un ser racional, existe como un fin en sí mismo, todas sus acciones deben estar dirigidas a los demás seres racionales, ser considerado al mismo tiempo como fin, lo expresado nos lleva a inferir que la sociedad es el medio y el hombre es el fin, los derechos del hombre tales como la dignidad no pueden sacrificarse por la persona en aras del interés general, el privarle de la libertad en forma preventiva vulnerando el debido proceso, se estaría afectando su dignidad.

Así mismo, el hombre en virtud de su inteligencia es superior al universo material, “el hombre descubre en lo más profundo de su conciencia una ley que no dicta así mismo, pero a la cual debe obedecer, y cuya voz resuena, porque el hombre tiene una ley escrita por Dios, en su corazón, en cuya obediencia consiste la dignidad humana y por lo cual será juzgado personalmente. La conciencia es el núcleo más secreto y el sagrario del hombre, en el que éste se siente a solas con Dios, no rara vez ocurre que yerra la conciencia por ignorancia invencible, sin que ello suponga la pérdida de la dignidad, Concilio Vaticano II, ello nos permite afirmar el hombre actúe según su conciencia y libre elección, es decir, movido e inducido por convicción interna personal y no bajo coacción externa.

Es claro que en todo el mundo hay personas que sufren muchos tipos de privación de la libertad, aún en algunas regiones se siguen presentando las hambrunas que niegan a millones de personas la libertad básica de adquirir el mínimo vital y por ende la supervivencia, en la que la desnutrición es el común denominador, así como la negación a la asistencia sanitaria humanitaria.

El concepto de derecho humano, desde la perspectiva “libertad para el desarrollo”, es un concepto escéptico, por cuanto, los derechos humanos nacen de la legitimación de los Estados, por lo tanto nos los consideran naturales ni inherentes al ser humano, sino que estos derechos quedan a merced o sujetos que alguien o algunos los proporcione y los legitime, lo que no debería ser así, toda vez, que cuando se habla de derechos y más concretamente de derechos humanos, nos estamos refiriendo a una libertad plena.

En el mismo sentido, Nussbaum (2002) concibe las capacidades como dimensiones importantes y específicas de la vida humana, respetando por supuesto la diversidad cultural y la autonomía de las personas, agrega, que un Estado que garantiza a la persona el desarrollo adecuado de sus capacidades y de la libertad de fomentarlas de acuerdo a sus expectativas, es más importante que posibilitar los bienes primarios.

1.4 El Derecho humano a la libertad personal

El derecho de la libertad personal aunque no es absoluto no puede ser vulnerado ni amenazado, por caprichos o estándares subjetivos, según Rawls (1983), ofrece un modelo de una situación justa, lo que ha denominado posición original con su velo de ignorancia, en la cual las partes escogen principios de justicia mutuamente aceptables, superando otras alternativas, es decir, que la reflexión se encamina a la justificación y determinación de las bases morales de la estructura básica de la sociedad.

En este sentido, se diría que todos los hombres tienen igual derecho a ser libres, pero no como derecho absoluto e incondicional, por cuanto la coerción y su restricción, debe justificarse debidamente desde lo subjetivo y objetivo, concordantes con la razonabilidad desde el enfoque de un derecho natural, el derecho de ser libres se tiene no sólo por pertenecer a cierta sociedad sino por ser personas, derecho que no lo crea ni lo confiere la voluntad del hombre, Hart (1974).

Sin embargo, en casos muy excepcionales que es perceptible la restricción a la libertad personal, por cuanto, en una sociedad quien en el ejercicio de esa libre voluntad, cometa actos contrarios al bienestar general, la misma sociedad contará con herramientas para defender sus derechos y encaminar a la misma por un verdadero rumbo armónico y democrático, es decir, el mantenimiento y promoción de la convivencia social, lo que se traduce en lo dicho por Dworkin (2014), en el sentido, que todos los individuos tienen

derecho la independencia ética de su actuar, lo que se traduce en el principio de responsabilidad personal o de autogobernarse.

1.5 La libertad personal como derecho fundamental

En el ámbito internacional, la Declaración Universal de Derechos del Hombre, considera en el preámbulo la dignidad personal como base de la libertad, la justicia y la paz del mundo y proclama la libertad y la dignidad de todos los hombres.

Por su parte, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, dispone el tratamiento que se le deba dar a la persona privada de la libertad, esto es, humanamente y con respeto a la dignidad inherente al ser humano. En el ámbito Americano es reconocida por la CADH, la libertad personal como cimiento de los derechos esenciales de la persona humana, e irradia a las constituciones nacionales que reconozcan y garanticen la libertad como principio y valor fundamental.

Entre los derechos inherentes a la persona, se encuentra una estrecha relación entre la libertad personal y la dignidad, por cuanto gozan de particularidades especiales que permiten considerarla como piedra angular de los otros derechos, razón por la cual surgió la necesidad que para limitarla debería existir un procedimiento rápido, sumario y eficaz para la tutela cualquier atentado o violación.

1.6 El Derecho a la libertad personal en el orden interno

El reconocimiento a la libertad personal como valor superior debe interpretarse como la imposición de un deber de protección y amparo que deviene desde el mismo preámbulo y el Título I, de la Constitución Política, en el que se evidencia aquellos contenidos axiológicos y teleológicos que regulan todo el ordenamiento jurídico colombiano, la cual obliga a los poderes públicos hacer efectivo el valor Superior de la Libertad y se reconoce como derecho inherente a la persona humana, por lo cual debe ser garantizado y protegido.

El reconocimiento a la libertad personal, crea un ámbito de autonomía para que la persona pueda disfrutar de este valor superior, que debe ser tenido en cuenta por todos

los operadores jurídicos al momento de restringirla de manera excepcional, en cuanto, la consagración del Estado Social de Derecho, supone la intervención en forma objetiva en torno al valor de la justicia (sentencia C -.406de 1992).

El Derecho a la libertad personal, hace parte del orden objetivo de valores superiores que irradian todo el ordenamiento jurídico colombiano y por lo tanto se trata de un principio de aplicación prima facie y por lo tanto está dotado de herramientas para su protección y para limitarlo o restringirlo debe ser mediante los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad.

Así las cosas, la privación de la libertad siempre debe hacerse de manera ponderada y razonable, por tratarse de una medida excepcional, con graves repercusiones en su libertad personal de quien aún no se encuentra condenado y a quien se le aplica la presunción de inocencia, Alexy (1977).

Uno de los autores que centra el estudio de los derechos fundamentales como una teoría garantista es Luigi Ferrajoli (1977), quien concibe los derechos fundamentales como límites, a través de los cuales se maximiza la libertad y se minimiza la arbitrariedad e impunidad por parte de los gobernantes y de los operadores judiciales, en el que debe imperar el equilibrio entre seguridad jurídica y respeto de derechos fundamentales en el proceso penal.

En consecuencia, la garantía y protección de los derechos fundamentales y de los derechos humanos se parte de atributos personalísimos e inviolables de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana, los cuales no pueden ser amenazados ni vulnerados por quienes ostentan la posibilidad de restringirlos o limitarlos. La razón se sustenta en cuanto un sistema jurídico se edifica a partir de la idea de persona, de su dignidad y de sus derechos, por lo que corresponde dentro del sistema el reconocimiento y el deber de respetar esos derechos, Ferrajoli (2005).

2 CRITERIOS PARA IMPONER MEDIDA DE ASEGURAMIENTO

2.1 Mecanismos Internacionales

La Convención Americana de Derechos humanos, establece que a ninguna persona se le podrá privar de la libertad, salvo por causas y motivos fijados por las Constituciones Políticas de los estados partes de los convenios o instrumentos internacionales o en su defecto por las leyes emanadas conforme al enfoque constitucional, con la salvedad, si a una persona se le restringe la libertad, esta tendrá derecho a que un juez o tribunal decida sobre su legitimidad o legalidad en forma inmediata, sin demora, ni dilaciones y si fuere ilegal dispondrá su libertad inmediata, (Convención Americana de Derechos humanos).

Así mismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, determina con relación a la privación de la libertad en el sentido que nadie puede ser privado de la libertad, salvo las causas y motivos fijados por la ley y con las formalidades establecidas en estas, (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), es decir, que los criterios para privar a una persona de la libertad en centro carcelario debe estar plenamente regulado en las constituciones y leyes de cada país.

El derecho de la libertad, hoy se concibe como un derecho consustancial a la dignidad humana, razón por la cual en los instrumentos internacionales se le reconoce la condición de derecho humano, mientras que la Constitución le atribuye la denominación como derecho fundamental esencial y lo considera como valor superior del ordenamiento jurídico junto a la justicia, la igualdad y la dignidad.

De ahí se desprende, que la misma Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el informe sobre la imposición de la medida de aseguramiento, advirtió que se está convirtiendo en una práctica generalizada, que los fiscales imputen y soliciten la medida restrictiva de la libertad aun cuando no tengan suficientes evidencias para hacerlo, además suelen utilizarse como una herramienta de investigación y para forzar a los procesados a que acepten los cargos formulados, Sanguine (2003. P. 374).²

² “La aplicación de la detención extramural, debe ser siempre excepcional, con apego estricto a la ley, no admite presunciones y debe obedecer a criterios de necesidad y proporcionalidad, en el sentido que no

Así las cosas, se evidencia que los instrumentos internacionales de derechos humanos armonizan con el ordenamiento constitucional sobre la legitimidad de las medidas privativas de la libertad, en cuanto tiene carácter preventivo y excepcional, de tal manera que los operadores jurídicos, para nuestro asunto, los jueces de control de garantía tienen la obligación de aplicar las normas que forman parte del bloque de constitucionalidad como mecanismo de enlace entre el derecho interno y el internacional.

2.2 Mecanismos internos

2.2.1 Criterios constitucionales y legales

Por otra parte, el fundamento constitucional de la medida de aseguramiento se estructura en el artículo 250, le asigna la función a la Fiscalía General de la Nación de solicitar al juez con funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas, bajo los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad.

Además, los cimientos constitucionales de la restricción de la libertad se fundamentan bajo la pluralidad de principios de dignidad humana, orden justo, búsqueda de la verdad, realización de la justicia material, núcleo esencial de los derechos fundamentales. En consecuencia, es atribución constitucional del juez control de garantías disponer o no la restricción del derecho fundamental de la libertad siempre que se cumpla los requisitos formales (legalidad, racionalidad y razonabilidad) y los requisitos sustanciales, (Sentencia C-085 de 2002).³

existen otros medios menos gravosos para lograr el fin que se pretende garantizar ... Si bien la ley permite actualmente fundamentar la medida en la gravedad y modalidad de la conducta punible, a efectos de proteger la comunidad o las víctimas, el criterio de peligrosidad ha sido excluido por el derecho internacional de los derechos humanos”. AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO, Circular externa N° 5 de 2014, página 4.

³ “Cuando se examina la legalidad formal, el juez debe evaluar si observó el debido proceso en lo concerniente a los presupuestos constitucionales y legales de la detención preventiva, en el entendido que ésta solo procede en los casos taxativamente señalados en la constitución, el bloque de constitucionalidad y la ley. Así mismo, si se reúnen los requisitos probatorios, de necesidad y proporcionalidad para la adopción de la medida”.

La Ley 906 de 2004, establece los criterios objetivos y subjetivos para imponer medida de aseguramiento en centro carcelario por parte de los jueces de control de garantías en el entendido en que la medida no es una pena, si no, es una medida cautelar de naturaleza preventiva y provisional a favor de los imputados, las víctimas y la misma sociedad que directa o indirectamente se verían afectadas por la restricción del derecho fundamental de la libertad.

El Código de procedimiento penal consagra los fines o requisitos de carácter subjetivo que justifican la medida de aseguramiento en centro carcelario precisados en el artículo 308 de la ley 906 de 2004, los cuales se convierten en imperativo constitucional así:

“(...) cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenida legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado pueda ser autor o participe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos: Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia ; que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima y que resulte probable que el imputado no comparezca al proceso o que no cumplirá la sentencia”.

A su vez, los artículos 309⁴, 310⁵, 311⁶ y 312⁷, de la citada ley desarrollan los criterios en forma detallada que permiten al juez control de garantías realizar una interpretación y

⁴.Obstrucción de la justicia. Se entenderá que la imposición de la medida de aseguramiento es indispensable para evitar la obstrucción de la justicia, cuando existan motivos graves y fundados que permitan inferir que el imputado podrá destruir, modificar, dirigir, impedir, ocultar o falsificar elementos de prueba; o considere que inducirá a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente; o cuando impida o dificulte la realización de las diligencias o la labor de los funcionarios y demás intervinientes de la actuación.

⁵ Peligro para la comunidad. Para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad, además de la gravedad del hecho y la pena imponible, deberán tener en cuenta 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.

tener elementos de juicio que soportan la medida de aseguramiento en centro carcelario, cuando se evidencie que el imputado pueda obstaculizar la justicia, bien sea por alteración de pruebas o porque pueda influir en la concepción de los testigos o peritos sobre la conducta o cuando se indique que pueda afectar o impedir la realización de alguna diligencia procesal. Así mismo, otro de los criterios que orientan al juez para imponer la medida en estudio, es cuando en su valoración estime que la comunidad corre peligro, por cuanto, éste haya continuado con su actuar delincencial o en su defecto se encuentre vinculado con empresas criminales, sopesando las sentencias condenatorias en su contra.

Bajo ese panorama, se puede decir que están definidos los criterios subjetivos para la imposición de la mencionada medida, los cuales pueden describirse en: la probabilidad de la obstrucción a la justicia, que se pueda estimar que la libertad del imputado constituya un peligro para la comunidad y las víctimas, la probabilidad que el acusado no comparezca al proceso, desarrollados en los artículos citados en precedencia.

La misma Ley, establece en el artículo 313⁸, los requisitos o criterios objetivos para decretar medida de aseguramiento en centro carcelario y la procedencia está

3. El hecho de estar acusado, o de encontrarse sujeto alguna medida de aseguramiento, o 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.

⁶ Peligro para la víctima. Se entenderá que la seguridad de la víctima se encuentra en peligro por la libertad del imputado, cuando existan motivos fundados que permitan inferir que podrá atacar contra ella, su familia o sus bienes.

⁷ No comparecencia. Para decidir acerca de la eventual no comparecencia del imputado, además de la modalidad y gravedad del hecho y de la pena imponible se tendrá en cuenta:

1. La falta de arraigo en la comunidad, determinado por el domicilio, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y facilidades que tenga para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto

2. La gravedad del daño causado y la actitud que el imputado asuma frente a este.

3. El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro anterior, del que se pueda inferir razonablemente su falta de voluntad para sujetarse a la investigación, a la persecución penal y al cumplimiento de la pena.

⁸ Satisfechos los requisitos señalados en el artículo 308, procederá la detención preventiva en establecimiento carcelario, en los siguientes casos:

En los delitos de competencia de los jueces penales especializados

condicionada a la verificación que el delito que se imputa sea de aquellos de competencia de los jueces penales de circuito especializados, o cuando el mínimo de la pena estipulada sea de 4 años o más de prisión. Igualmente señala cuando la persona haya sido capturada por delito o contravención dentro del año anterior a la nueva imputación, sería una causal para la restricción de la libertad.

2.2.2 Criterios doctrinales

En este punto, se pretende realizar una valoración frente a los criterios que la reiterada doctrina expresa como elementos fundantes para la restricción del derecho fundamental de la libertad, en el sentido implica un conflicto entre dos intereses encontrados y que el estado le corresponde dirimir: el derecho a hacer justicia ante la vulneración de un bien jurídico tutelado y el derecho de la libertad de toda persona, en esa medida, la detención preventiva representa un sacrificio, restricción o limitación de la libertad en aras de proteger o garantizar el primero y que para su valoración es necesario que el juez tenga unos criterios claros e inequívocos para su determinación, Varela (2005).

Así las cosas, la doctrina establece los requisitos o criterios para la procedencia de la medida de aseguramiento en centro carcelario: en primer lugar que se haya realizado una imputación; que se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o participe del delito que se investiga, igualmente que se den los presupuestos subjetivos, del artículo 308, y los elementos objetivos consagrados en el artículo 313 de la Ley de la Ley 904 de 2004.

En la valoración que realiza el juez, en principio debe verificar los requisitos materiales probatorios y comprobar si con la imposición de la medida en estudio se cumple con las finalidades relacionadas en la norma, es decir, se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el ejercicio de la justicia; la preservación de la prueba y la

En los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro (4) años.

En los delitos a que se refiere el Título VIII del Libro II del Código Penal cuando la defraudación sobrepase la cuantía de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Cuando la persona haya sido capturadas por conducta constitutiva de delito o contravención, dentro del lapso de los tres (3) años anteriores, contados a partir de la nueva captura o imputación, siempre que no se haya producido la preclusión o absolución en el caso precedente”

protección de la comunidad, con énfasis en las víctimas, después de lo cual se establecerá el análisis de la procedencia de la misma, vale decir, los criterios objetivos.

Ahora bien, en cuanto la necesidad de la medida se trata de examinar, sí dentro del plexo de posibilidades, no hay otro medio o medida que permita el mismo resultado con una injerencia menos grave, que la escogencia del medio sea el más adecuado para atemperar de acuerdo a los hechos y circunstancias, y siempre bajo el presupuesto de la excepcionalidad, Bastidas (2015).

En efecto, se advierte por parte de la doctrina que el fin de la medida de aseguramiento en centro carcelario es el cumplimiento de los postulados constitucionales de impedir la fuga del imputado, evitar la continuidad de su actividad delictiva y que no se obstruya el verdadero ejercicio de la justicia, o que el imputado sea un peligro latente para la comunidad y las mismas víctimas y la alta probabilidad que la persona sea el autor o participe de la conducta que se le indilga, Londoño (20019).

Conforme a lo anterior se aprecia que los criterios doctrinales tanto en lo subjetivo como en lo objetivo, no son suficientemente claros, es del caso mencionar por ejemplo en lo relacionado con el riesgo de obstrucción a la justicia, el peligro de reiteración que pongan en riesgo a las víctimas del injusto y a la sociedad, peligro de huida, falta de arraigo del imputado, deja a la discrecionalidad del juez tanto en la selección de las circunstancias que sirven de fundamento, como la interpretación de estas.

El criterio de peligrosidad no atiende los criterios de necesidad y proporcionalidad de la medida de aseguramiento en centro carcelario y el establecer como suficiente la gravedad y modalidad de la conducta se desconocen estos criterios, pues se olvida que no es suficiente ese criterio para decretar la procedencia o no del decreto de la misma, es imperativo que se consulte su necesidad, las finalidades constitucionales y los requisitos del artículo 308, también se encontró peligrosita, el concepto de “estar imputado, asegurado o acusado, o con mecanismo sustitutivo de libertad, por delito doloso o preterintencional, toda vez, que la medida es preventiva y no sancionatoria.

De suerte que, conforme a lo expuesto se advierte que la doctrina describe los criterios ya fijados por la ley, es decir, no aporta elementos valorativos para que el juez ante los criterios fijados por la ley y la doctrina tenga herramientas que le permitan interpretar,

motivar y argumentar en forma razonable en torno a la imposición de una medida de aseguramiento en centro carcelario

2.2.3 Criterios fijados por la Jurisprudencia

El objetivo de esta unidad, es analizar cómo la jurisprudencia ha tratado de delimitar de una manera mucho más precisa, los criterios definidos por la ley y la doctrina para imponer medida de aseguramiento intramural, en donde el juez debe sopesar y ponderar la necesidad y la proporcionalidad de dicha medida, a solicitud del fiscal de conocimiento previo la fundamentación de los elementos subjetivos y objetivos.

Para esto, se analizará la jurisprudencia relevante de la Corte Constitucional desde el año 2005, dado que ha tenido pronunciamientos relevantes y trascendentes sobre tan controversial tema, por las acciones públicas formuladas contra las normas legales estudiadas, así como acciones de tutela de personas que consideran que sus derechos fundamentales están siendo amenazados o vulnerados, concretamente la libertad personal.

En relación con los criterios que ha definido la ley y la doctrina, se debe indicar, que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha precisado y articulado en cuanto el concepto, características y finalidad desde el enfoque subjetivo y objetivo para imponer medida de aseguramiento en centro carcelario, elementos que le permite al juez de control de garantías realizar un examen sobre la necesidad, esto es, evitar que se obstruya la justicia, (sentencia 774 de 2001), riesgo potencial para la comunidad y las víctimas y la probabilidad que el procesado evada la acción de la justicia, no sin antes, tener como soporte los elementos materiales de prueba, para inferir razonablemente la autoría o participación del imputado.

También fija principios o pautas para la revocación de la medida de aseguramiento en centro carcelario, (sentencia C-549 de 1997), dado que, no resulta admisible constitucionalmente mantener una medida restrictiva de la libertad en centro carcelario, no obstante, el haber desaparecido los fundamentos que originaron su imposición. El seguir manteniendo privado de la libertad a una persona sin el lleno de los requisitos legales y constitucionales, se convierte en una medida desproporcionada y arbitraria, por cuanto, el juez de control de garantías debe realizar una injerencia razonable para

decidir si aún permanecen los requisitos que soportaron la restricción de la libertad intramural.

Así mismo, señala la corte los criterios que van encaminados para obtener el beneficio de la sustitución de la detención en establecimiento carcelario por la detención preventiva en su residencia, en tanto, que en el articulado de la ley establece los parámetros o requisitos, en función de los rasgos de la personalidad del procesado y en este caso, el juez constitucional debe efectuar un nuevo examen, catalogado como de suficiencia, con el objetivo de demostrar que otra medida de aseguramiento menos lesiva, para el caso, la detención domiciliaría, es suficiente y adecuada para asegurar los fines constitucionales y legales

Ahora bien, se impone como criterio dominante en la jurisprudencia el principio de gradualidad de las medidas de aseguramiento, mediante la cual el juez de control de garantías de acuerdo a los criterios fijados por la ley, la doctrina y la misma jurisprudencia, dado el carácter excepcional de la detención preventiva, ha establecido el legislador un plexo de posibilidades para el cumplimiento de los fines del proceso, esto es, debe desarrollar la gradualidad de las medidas, bien sea privación de la libertad en centro carcelario o en su residencia, o en su defecto, medidas no privativas de la libertad, que pueden resultar idóneas, menos lesivas y proporcionales en estricto sentido.

3 Garantismo Constitucional

3.1 Principios y valores inmersos en la Constitución

La incorporación de principios y valores en las constituciones dio lugar a una profunda transformación de la cultura jurídica contemporánea, en el cual ha representado verdaderos retos en su interpretación, fundamentación y argumentación desde el enfoque de garantía y protección de los derechos fundamentales. La adopción de los principios entendidos como límites al ejercicio del poder del Estado, fundamento de los derechos fundamentales, es decir, que pasan a ser considerados como normas morales a ser normas principales del ordenamiento jurídico configuradoras de la ratio de las decisiones jurisdiccionales y criterios de validez de las restantes normas, Atienza (1997).

En este sentido, los elementos morales, políticos y jurídicos debe ser la condición necesaria en la edificación de la teoría de los límites implícitos, al menos, en un Estado constitucional de derecho., en aras de superar las fricciones del iusnaturalismo – iuspositivismo, por ello la constitución por eso la Constitución Política no es solo, norma de normas, sino que representa una primacía política y axiológica advierte Robles (1988, p.137).

Para tal efecto, la propuesta del Dworkin (2002), es mirar el derecho como integridad, es decir, se exige a los jueces actuar y decidir sobre un conjunto de principios de justicia y de equidad que se presentan en forma armónica y coherente dentro del material jurídico vigente, en el sentido que lo motivan, lo fundamentan y lo explican de la mejor manera, vale decir, que el juez en búsqueda de la integridad queda sujeto a las consideraciones de orden material y procedimental.

Sin embargo, se presenta una fuerte crítica en torno a los dogmas de la coherencia a la decisión de los jueces, resaltando en forma muy particular el conflicto que se presenta entre lo que la ley exige y la sentencia o decisión a la que el juez quiere llegar en un caso determinado, vale decir, que hay unos presupuestos normativos que en la mente del juez acomoda mediante un ropaje jurídico la decisión, Kennedy (2002)

Frente a la Teoría de la legitimidad en la argumentación de las Sentencias Constitucionales, Mora (2012) en forma detallada argumenta en relación, cómo los jueces en algunos casos profieren fallos tramposos y arbitrarios, simulando la justificación y fundamentación en un ropaje jurídico haciendo ver que las decisiones son congruentes y razonables, creando inseguridad jurídica, e incertidumbre y falta de legitimidad en las decisiones.

3.2 Principio de Proporcionalidad y razonabilidad

El principio de razonabilidad, sustitutivo al moderno juicio de proporcionalidad, Cinciardo (2004) expresa, que en el derecho constitucional contemporáneo se presenta permanentemente casos que involucran derechos fundamentales y bienes públicos que aparecen en pugna, le corresponde al decisor indicar mediante una decisión razonable y armónica en qué grado prevalece el uno y el otro, que resulte convincente para las

partes en controversia y para el espacio social en la que se debate, dicho de otra manera, es necesario realizar un juicio de ponderación o equilibrio entre los valores enfrentados.

Es claro que el principio de proporcionalidad, explora y desarrolla diversos criterios de interpretación y aplicación a partir del control del principio constitucional de proporcionalidad, herramienta que permite dirimir conflictos normativos o colisión de principios o valores fundamentales, en muchos casos se presenta el conflicto entre reglas y en la mayoría de casos se presenta conflicto entre principios constitucionales, Pulido (2007).

El Principio de Proporcionalidad y de Razonabilidad como Límite Constitucional al poder del Estado, Sapac (2008. PP. 157 -198), ilustra sobre un estudio comparado, sobre las pautas y reglas para una correcta aplicación del principio constitucional de razonabilidad y proporcionalidad, teniendo como referente el derecho estadounidense y continental, sin perder de vista la problemática de la interpretación de los derechos fundamentales.

La resolución de los conflictos entre derechos fundamentales, se resuelve mediante el juicio de ponderación o de proporcionalidad, con los subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido, vale decir, en la jerarquización lo que de los principios mediante una fórmula de peso, esto es, sacrificio de unos derechos en beneficio de otros, sin embargo, se presenta una fuerte crítica a tal planteamiento, y fundamenta la propuesta en la armonización de derechos, se logra aplicando el principio constitucional de razonabilidad, por cuanto, no se puede dar prioridad a principios teniendo en cuenta que son verdaderos derechos humanos, Toler (2010.)

CONCLUSIONES

En el estudio realizado se logró evidenciar, que si bien los criterios están definidos por la Constitución, la ley, la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, estos criterios son insuficientes, abstractos y generales, razón por la cual aún persisten ciertos vacíos, incongruencias y contradicciones en torno a su interpretación, aplicación y justificación, por lo que surgen fallos contrarios, disímiles y aparentemente arbitrarios a pesar que los casos comparten características similares en asuntos semejantes.

Pese al esfuerzo de la ley, la doctrina y la jurisprudencia por conseguir una armonización en el tratamiento jurídico y fáctico del procedimiento de la privación de la libertad en centro carcelario, y concretamente en definir criterios para que los jueces de control de garantías emitan decisiones o respuestas uniformes en casos similares, se observa que no se interpretan en debida forma o no se aplican con el mismo rigor, en la aplicación de la medida.

En los casos que comparten características similares, se esperaría que las determinaciones fuesen uniformes, similares o coherentes, sin embargo, surgen fallos contrarios, lo que genera un alto grado de incertidumbre e impacto social negativo, especialmente por la pobreza en el sustento justificativo y argumentativo, lo que indica un ropaje jurídico por parte de los jueces, llegando hasta la arbitrariedad.

A mi juicio, se presenta una indeterminación en la aplicación de los criterios definidos por la ley, la jurisprudencia y la doctrina, por cuanto, ante casos similares no tienen una respuesta uniforme o son decisiones contrarias, por lo que se observa la indeterminación en la práctica automática irreflexiva al imponer la medida restrictiva de la libertad en centro carcelario.

Referencias

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Madrid, 1977.
- BERNAL PULIDO, Carlos. *El Juicio de la Igualdad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana*. Conferencias Universidad Externado de Colombia.
- BENTHAM, Jeremy. "El panóptico". 1780.
- CIANCIARDO, Juan. "El principio de razonabilidad, del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad". Universidad Austral, Buenos Aires, Edit. Ábaco de Rodolfo Depalma.
- CIANCIARDO, Juan. *Constitución, neoconstitucionalismo y Derechos. Teoría y Aplicaciones en la Interpretación de Derechos Fundamentales*, Editorial Porrúa. México 2012.
- CINCIARDO, Juan. *La interpretación en la era del neoconstitucionalismo*. Universidad Austral, Buenos Aires, Editorial, Ábaco de Rodolfo Depalma. Capítulo II.
- DWORKIN, Ronald. *Justicia para Erizos*, México 2014. Pp.22-27
- FERRAJOLI, Luigi. (1977) "Derecho y Razón. Teoría del garantismo Penal". Ed. Trotta, Madrid segunda Edición.
- FERRAJOLI, Luigi. (2005). *Los fundamentos de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta.
- FOUCAULT, Michel. *Vigilar y Castigar*. 1975.
- HART, Hebert. *¿Existen derechos naturales?*. México D.F. 1974
- NUSSBAUM, Martha. *Las mujeres y el desarrollo*, Herder, Barcelona 2002.
- PULIDO BERNAL, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, publicación en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, Capítulo III.
- RESTREPO MORA, Gabriel. *Justicia Constitucional y arbitrariedad de los Jueces. Teoría de la legitimidad en la argumentación de las Sentencias Constitucionales*. Buenos Aires, Marcial Pons, 2009.
- ROXIN, Claus. *Problemas Básicos del Derecho Penal*. Madrid, 1976.
- SANCHÍS PRIETO, Luís. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Primera Edición. Editorial Trotta, Madrid, 2003, Pág. 175.
- SAPAC A, Mariano. *El Principio de Proporcionalidad y de Razonabilidad como Limite Constitucional al poder del Estado: un estudio comparado*.

TOLLER, Fernando. *La imposibilidad de las Colisiones entre Derechos Fundamentales*. Aplicando el principio de no contradicción a la Hermenéutica Constitucional. “Conferencias”

USAID. *Balance diez años de funcionamiento del Sistema acusatorio en Colombia* (2004-2014). Editorial Legis, Bogotá 2015

VALENCIA VILLA, Hernando. *Una crítica al Constitucionalismo Colombiano*. Bogotá Cerec, 1987.p. 34-51.

JURISPRUDENCIA

Colombia. Corte Constitucional. C-1154/05 MP: Manuel Cepeda Espinoza

C-456/06 MP: Alfredo Beltrán Sierra

C-176/07 MP: Marco Gerardo Monroy Cabra

C-425/08 MP: Marco Gerardo Monroy Cabra

C-398/08 MP: Gabriel Eduardo Mendoza

C-085 de 2002

C-549 de 1997

C-055/10 MP: Juan Carlos Henao.

C-128/11 MP: Juan Carlos Henao.

C-318/11 MP: Jaime Córdoba Triviño.

C-910/12 MP: Luís Guillermo Guerrero

C-121/12 MP: Luís Ernesto Vargas Silva