Artículo de investigación

Garantías procesales y derechos fundamentales del sistema procesal penal, frente a la práctica indiscriminada de la detención preventiva como medida cautelar en Colombia.

Samuel Fernando Páez Flórez

Código: 3000646

Presentado a:

Mg, Marcela del Pilar Roa Avella

Tutora

Universidad Nueva Granada

Facultad de Derecho

Maestría en Derecho Procesal Penal

Bogotá D.C.

2019

Garantías procesales y derechos fundamentales del sistema procesal penal, frente a la práctica indiscriminada de la detención preventiva como medida cautelar en Colombia[1]

Samuel Fernando Páez Flórez

Resumen

La detención preventiva intramural como medida cautelar en los procesos penales en Colombia, es un decreto común en los estrados judiciales. Esa figura ha sido establecida para preservar los derechos de las víctimas y la incolumnidad de las pruebas y en general del proceso penal; sin embargo, su práctica indiscriminada vulnera la garantía procesal de la presunción de inocencia; así como los derechos fundamentales a la libertad, y el debido proceso. La pregunta de investigación que surge para el trabajo es la siguiente: ¿Qué repercusiones conlleva la práctica indiscriminada de la medida de aseguramiento, frente a las garantías procesales y a los derechos fundamentales en el sistema penal acusatorio? Como se deriva de la pregunta, este análisis pretende explicar el impacto jurídico de la imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva, frente a las garantías procesales y a los derechos fundamentales del sistema penal acusatorio cuando se utiliza de manera frecuente y desproporcionada.

Palabras Claves: Garantías procesales, derechos fundamentales, sistema procesal penal, detención preventiva, medida cautelar.

Abstract

Intramural preventive detention as a precautionary measure in criminal proceedings in Colombia, is a common decree in the courts. This figure has been established to preserve the rights of the victims and the incolumnity of the evidence and in general of the criminal process; however, its indiscriminate practice violates the procedural guarantee of the presumption

1 Resultado de la investigación presentada para optar por el grado en la Maestría de Derecho Procesal Penal de la Universidad Militar Nueva Granada.

of innocence; as well as the fundamental rights to freedom, and due process. The research question that arises for the work is as follows: What are the repercussions of the indiscriminate practice of the assurance measure, in the face of procedural guarantees and fundamental rights in the accusatory criminal system? As it derives from the question, this analysis aims to explain the legal impact of the imposition of an assurance measure of preventive detention, against the procedural guarantees and the fundamental rights of the accusatory criminal system when it is used frequently and disproportionately.

Key words: Procedural guarantees, fundamental rights, criminal procedure system, preventive detention, precautionary measure.

Introducción

La medida cautelar de privación de la libertad en el derecho penal, es una figura jurídica que genera controversia respecto a su aplicabilidad en el sistema penal acusatorio. La nueva era de los Estados constitucionales y la supremacía de los derechos humanos ha hecho que se replantee el objetivo de la medida preventiva como instrumento para materializar la justicia. Asimismo, la aplicación constante de la medida de aseguramiento se convirtió, por lo menos en el ámbito nacional, en un problema que en ciertas instancias vulnera la dignidad humana, por ser en algunos casos una forma de sentenciar de manera anticipada. Por esa razón, el presente trabajo tiene como propósito contrastar el decreto excesivo de la medida cautelar, específicamente aquella que restringe el derecho a la libertad, con las garantías procesales y derechos fundamentales que consagra tanto las leyes penales como el Código de Procedimiento Penal.

La imposición de la medida de aseguramiento o cualquier otra forma de medida cautelar se ha convertido dentro del aparato judicial penal en un medio para asegurar los postulados del sistema penal acusatorio (prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado). En ese sentido, es un mecanismo que permite especialmente al Estado, la sociedad y la víctima proteger sus diferentes intereses mientras transcurre un proceso penal contra el presunto victimario. La imposición de medidas de aseguramiento que limitan el derecho fundamental a la libertad puede conllevar el

quebranto de garantías procesales como la presunción de inocencia y la prisión intramural como última ratio.

Diferentes autores han sostenido en los últimos años que el decreto de la medida de aseguramiento supone un perjuicio que atenta contra los postulados del sistema penal acusatorio, el principal argumento desde este enfoque pro presunción de inocencia argumenta que conlleva un juzgamiento del presunto responsable antes del transcurso de un proceso garantista, como lo exige el sistema acusatorio.

El objetivo general de la investigación es explicar el impacto jurídico de la imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva, frente a las garantías procesales y a los derechos fundamentales del sistema penal acusatorio cuando se utiliza de manera frecuente y desproporcionada; por su parte entre los objetivos específicos se encuentran: 1. Identificar las garantías procesales y los derechos fundamentales en el sistema penal acusatorio que tengan como fin la limitación de la medida de aseguramiento de detención preventiva 2. Valorar la implicación generalizada de la medida de aseguramiento de detención preventiva por parte de los jueces de control de garantías en el proceso penal colombiano frente a las garantías procesales; y, 3. Describir los efectos jurídicos que comporta la detención preventiva como medida provisional para llevar a cabo los postulados de la justicia en sistema penal colombiano.

Metodología

El tipo de investigación del presente estudio es la jurídica, en razón a que busca comprender desde el enfoque de la norma y la jurisprudencia el comportamiento procesal de la medida de aseguramiento. El carácter de la investigación, es el explicativo, dado que busca aclarar e interpretar la medida de aseguramiento dentro del sistema penal acusatorio que actualmente rige en Colombia. Se usó como procedimiento para resolver el problema jurídico formulado, la identificación de las distintas posiciones respecto al objeto de investigación.

Asimismo, el diseño de investigación que se implementó en el desarrollo de la presente propuesta es el cualitativo, puesto que a través de él se pudieron recolectar datos e información relativa al objeto de la investigación. Se consultaron para el cumplimiento de los objetivos las normas sobre el objeto de investigación; así, como la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema de Justicia- Sala Penal y la Corte Constitucional sobre las medidas

cautelares y su relación con las garantías procesales y derechos fundamentales, para comprender de esta manera la relación intrínseca entre la medida de aseguramiento y las garantías procesales que estipula la Ley 906 del 2004, como la Constitución Política de 1991.

Resultados

Efectos jurídicos de la medida de aseguramiento

La medida de detención privativa de la libertad tiende a limitar derechos fundamentales de las personas sin una condena previa, afectando de manera injustificada y desproporcional el estado humano de la persona que se ve afectada por ella. Es así, porque la libertad, derecho fundamental y, que proyecta y desarrolla otros derechos de la misma índole se restringe ante cuestiones jurídicas insuficientes para disminuir dicho derecho.

A partir de esta afirmación surge el interés por ahondar en este tema de las garantías procesales y derechos fundamentales del sistema procesal penal, frente a la práctica indiscriminada de la detención preventiva como medida cautelar en Colombia.

La práctica indiscriminada de la detención preventiva en Colombia[2], implica en primera medida una restricción de los derechos fundamentales; además, es incompatible con el principio constitucional de presunción de inocencia y afecta las garantías al debido proceso; y, por último, entra en contradicción con los principios propios de un derecho penal garantista.

Primeramente, la detención preventiva restringe los derechos fundamentales como son la libertad, la presunción de inocencia, y el debido proceso, todos ellos consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos, y la Constitución Política de 1991.

Por otra parte, la detención preventiva afecta el debido proceso, entendido este como el conjunto de garantías procesales que tienen por objeto asistir a los individuos durante el desarrollo del proceso, protegerlos de los abusos de las autoridades y permitirles la defensa

2 Como lo demuestran las cifras del INPEC, en el año 2015, de los 174.804 reclusos, solo 77.691 estaban condenados, y los 42.753 restantes son sindicados; por su parte en el año 2016, de los 180.009 reclusos, se encontraban condenados 80.693, y sindicados 37.839; y finalmente, en el año 2017, existían 182.975 reclusos, de los cuales 77.973 cumplían condena, y 36.777 son sindicados. (Ministerio de Justicia, Inpec, Informes Estadísticos de la Población Reclusa en Colombia con corte a 31 de diciembre de los años 2015, 2016 y 2017).

de sus derechos. Entre las mencionadas garantías se encuentra la presunción de inocencia, que conlleva que la persona es inocente hasta que se demuestre y declare su culpabilidad mediante una sentencia condenatoria; sin embargo, con la prisión preventiva se está privando de la libertad al indiciado antes de la sentencia condenatoria que decide sobre la comisión del presunto delito y sobre la responsabilidad.

Asimismo, la detención preventiva, contradice los principios propios de un derecho penal garantista, tal como lo afirma en el salvamento de voto de la Sentencia C-318 de 2008, del magistrado Jaime Araújo Renteria "*desde una corriente garantista de los derechos fundamentales, la privación al derecho a la libertad debe ser excepcional, y solo luego de ser plenamente desvirtuado el principio de la presunción de inocencia"*; lo cual ratifica la posición sobre la posible vulneración de manera directa de las garantías procesales y los derechos fundamentales con el uso abusivo de la detención preventiva como medida cautelar en Colombia.

En el estudio de las garantías procesales y derechos fundamentales del sistema procesal penal, frente a la práctica indiscriminada de la detención preventiva como medida cautelar en Colombia, los derechos y obligaciones que se relacionan con el objeto de investigación que están contenidos en las normas y jurisprudencia, son la libertad, la presunción de inocencia, la detención preventiva, y el debido proceso.

Frente al derecho a la libertad, este se ha consagrado en el artículo 28 de la Constitución Política de 1991, en el cual se establece que *"toda persona es libre"*, en virtud de lo cual *"nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley".*

En el mismo sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 9 en su numeral 1, refiere al derecho a la libertad estableciendo que *"todo individuo tiene derecho a la libertad",* por lo cual *"nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta".* De igual forma, la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 7, numeral 1, estipula el derecho a la libertad personal, así *"toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal",*

por lo que *"nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas".*

Además, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-327 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz al referirse a la privación de la libertad, precisó lo siguiente:

> Se contempla el derecho de todos a no ser privados de la libertad sino en la forma y en los casos previstos en la ley, se establece una estricta reserva legal; sin embargo, esa libertad del legislador, perceptible al momento de crear el derecho legislado, tiene su límite en la propia Constitución que, tratándose de la libertad individual, delimita el campo de su privación no solo en el artículo 28 constitucional, sino también por virtud de los contenidos del preámbulo que consagra la libertad, como uno de los bienes que se deben asegurar a los integrantes de la Nación.

De esta manera, la excesiva utilización de las medidas preventivas que los jueces de control de garantías decretan de manera frecuente en el proceso penal, podría violar fundamentos axiológicos normativos importantes instituidos de la dignidad humana, como la libertad, aunque la medida preventiva no constituya una sanción por parte de la justicia, esta limita derechos fundamentales y trascendentales derivados de la dignidad humana como lo son la libertad y el derecho de locomoción. Entonces, sugiere lo anterior que la medida preventiva que el Juez de Control de Garantías avale respecto al imputado, puede afectar derechos bases del Estado Social de Derecho, puesto que un uso desproporcionado y no ajustado a la ley de tales medios significaría la vulneración de la dignidad humana.

El derecho fundamental al debido proceso, que enaltece la presunción de inocencia, está consagrado en el artículo 29, inciso 4 de la Constitución Política de 1991, mandato por el cual: *"Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable";* y en otros instrumentos internacionales que hacen parte del Bloque de Constitucionalidad y que en consecuencia se incorporan al derecho positivo colombiano.

En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14.2 *"Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley";* en el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, así: *"Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad";* y en el artículo 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: *"Toda persona acusada de*

delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa".

Asimismo, el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) en su artículo 7, estipula que *"toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal".* La presunción de inocencia, erigida como principio constitucional en el artículo 29 de la Carta Política, ha sido considerada por el Tribunal Constitucional como un derecho absoluto no sujeto a ponderación[3].

Dicho esto, la presunción de inocencia corresponde a las garantías procesales de la que goza el acusado en las diferentes etapas del juicio penal, la situación problemática reflejada en el referente legal, suscita cuando se dicta una medida de aseguramiento antes de que el sujeto sea declarado inocente o culpable, puesto que desde esta perspectiva la presunción de inocencia que es un derecho absoluto entra en discusión ante la sociedad y hasta para el mismo juez de conocimiento. Empero, si bien es cierto que la declaración de medida de aseguramiento se enviste de ciertas circunstancias o características que más que condenar propicia la comparecencia y la no obstrucción de la justicia, es innegable que desde el aspecto socio-jurídico se genera una percepción o idea de culpabilidad respecto al imputado. En este sentido, aunque desde el punto de vista jurídico la medida de aseguramiento no implique que lo que se esté declarando es la culpabilidad del individuo, con lo que no se vulnera la presunción de inocencia; desde la perspectiva sociológica, la imaginación colectiva inscrita en el contexto social colombiano, puede concluir que para la sociedad el sujeto es culpable y de este modo desconocer la presunción de inocencia que goza toda persona, inclusive si está bajo medida de aseguramiento.

Además, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-289 de 2012 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, al referirse a la presunción de inocencia precisó que *"ésta acompaña a la persona investigada por un delito hasta el fallo o veredicto definitivo y firme de culpabilidad".*

---

3 Sentencia T- 117, 2018; C-003, 2017; C-342,107; C-289,2012; C-176,2017.

También, en la Ley 906 de 2004, el tema de la detención preventiva se regula en los Artículos 2, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312 y 313 que se refieren a la afirmación de la libertad, reiterando un mandato constitucional, que establece la reserva judicial, se hace también referencia a los fines constitucionales de la misma, los criterios o factores para su justificación, a los presupuestos o requisitos probatorios mínimos, a los objetivos y teleológicos, y finalidad para su imposición; señala varias clases de medidas de aseguramiento y algunas medidas alternativas sustitutivas de la detención preventiva. Se amplían expresamente los requisitos para la imposición de la medida de aseguramiento ya que contempla exigencias de varias clases.

En ese sentido, el juez de control de garantías solo "*ordenará la restricción de la libertad del imputado cuando resulte necesaria para garantizar su comparecencia o la preservación de la prueba o la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas*…" (Ley 906, 2004)

En artículo 307 la mencionada norma, establece como *"medida de aseguramiento privativa de la libertad la detención preventiva en el establecimiento de reclusión y detención preventiva en la residencia señalada por el imputado, siempre que esa ubicación no obstaculice el juzgamiento".* De igual forma, en el artículo 313 se fija la procedencia de la detención preventiva, es decir en qué casos procede la misma, así:

> En los delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados, 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.

Asimismo, en el artículo 314, se define la sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario, la cual podrá sustituirse:

> 1. Por la del lugar de residencia en los siguientes eventos: a. Cuando para el cumplimiento de los fines previstos para la medida de aseguramiento sea suficiente la reclusión en el lugar de residencia, aspecto que será evaluado por el juez al momento de decidir sobre su imposición; b. Cuando el imputado o acusado fuere mayor de sesenta y cinco (65) años, siempre que su personalidad, la naturaleza y modalidad del delito hagan aconsejable su reclusión en el lugar de residencia; c. Cuando a la imputada o acusada le falten dos (2) meses o menos para el parto. Igual derecho tendrá durante los (6) meses siguientes a la fecha del

> nacimiento; d. Cuando el imputado o acusado estuviere en estado grave por enfermedad, previo dictamen de médicos oficiales. El juez determinará si el imputado o acusado debe permanecer en su lugar de residencia, en clínica u hospital; e. Cuando la imputada o acusada fuere madre cabeza de familia de hijo menor de doce (12) años o que sufriere incapacidad mental permanente, siempre y cuando haya estado bajo su cuidado. En ausencia de ella, el padre que haga sus veces tendrá el mismo beneficio.

Además, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-106 de 1994, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, advirtió que la detención preventiva:

> Es perfectamente compatible con la Constitución en cuanto que tiene un carácter preventivo y no sancionatorio. Además, por medio de ésta se busca asegurar que la persona sindicada de haber cometido delito, cuando contra ella existan indicios graves de responsabilidad, comparezca efectivamente al proceso penal, es decir que no escape a la acción de la justicia.

Por consiguiente, la imposición de la medida preventiva cumple una rigurosidad proveniente de la ley, el fin de la justicia, es la esencia para que el juez decrete una decisión como esta, la cual debe ser la última instancia a la que acceder el juzgador cumpliendo criterios jurídicos y subjetivos. En esta perspectiva, la medida de aseguramiento también es un instrumento del Estado que busca garantizar la justicia y la operación del sistema judicial, por tanto, ¿cómo llega afectar la medida preventiva derechos fundamentales y garantías procesales? Sin lugar a dudas, es la irracionalidad del uso que hacen de ella los funcionarios del Estado, tanto la Fiscalía como el juez de control de garantías, lo que genera una problemática al sistema penal acusatorio desde una perspectiva institucional. Es decir, la medida de privación de la libertad es irracional cuando su utilización tiene como fin el cumplimiento de “populismo punitivo” que genera la sociedad y las instituciones.

Así, se refleja la irracionalidad judicial e investigativa cuando la medida de aseguramiento no se fundamenta desde la práctica en las disposiciones normativas, siendo contrarias a la ley, el investigador y el juzgador las decretan debido a la dependencia institucional y social de establecer una política criminal fuerte. O existiendo causales de excepción para su aplicación son soslayadas por las instancias competentes por la mera razón legal de preservar la justicia. En ese sentido, se habla de irracionalidad judicial cuando se decretan medidas de aseguramiento sin el cumplimiento material de los requisitos legales o cuando la interpretación del juez de control de garantías es alejada a la teleología del código penal.

En cuanto, al debido proceso este se encuentra consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política de 1991, así:

> El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

Asimismo, el debido proceso, se consagra en los artículos 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), así: *"Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley",* artículo 9: *"Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado";* y artículo 10: *"Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal";* el artículo 26 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; el artículo 14 Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; y los Artículos 8 y 9 Convención Americana de Derechos Humanos (Garantías Judiciales y Principio de legalidad y retroactividad).

Además, la Corte Constitucional, Sentencia T-290 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero, refiriéndose al debido proceso estableció que

> …el carácter fundamental del derecho al debido proceso proviene de su estrecho vínculo con el principio de legalidad al que deben ajustarse no sólo las autoridades judiciales sino también en adelante, las administrativas, en la definición de los derechos de los individuos…

Así pues, de este artículo se derivan postulados esenciales del sistema penal, como el juez natural, la presunción de inocencia, el juzgamiento con leyes o normas preexistentes y

la ilicitud de la prueba que no se hizo bajo los lineamientos del debido proceso. Para Carlos Adolfo Prieto Monroy, el debido proceso es: *"(...) la actividad judicial ordenada a resolver pretensiones, la cual se desarrolla con arreglo y observancia a unos principios, reunidos en el concepto de justicia, y particularizados en las normas de procedimiento y las propias de cada proceso."* (Prieto Monroy, 2003). En consecuencia, el debido proceso es un modo de cumplir con los derechos fundamentales de una manera ordenada y con base en principios.

En resumen, el debido proceso irradia todas las normas procedimentales del sistema jurídico, la ley 906 del 2004 no es la excepción, por medio de ella se deja rever el cumplimiento del artículo 29 de la C.P en el título preliminar que habla de los principios rectores y garantías procesales, puesto que de una lectura armoniosa y analítica de los artículos 1 y 27 se descubre que se cumple con el mandato constitucional del debido proceso. Sin embargo, es preciso diferenciar que estás norma introducen principios y garantías procesales, Miguel Reale dice que

> […] los principios son –verdades fundantes- de un sistema de conocimiento, admitidas como tales por ser evidentes, por haber sido comprobadas, y también por motivos de orden práctico de carácter operacional, o sea, como presupuestos exigidos por las necesidades de Investigación y de praxis. (Reale; 1989).

De este modo, los principios son las proyecciones que el Estado y su sistema judicial desean implementar en la realización de sus prerrogativas constitucionales y fundamentales, es decir, es el deseo de cómo deben actuar los jueces, las partes y los intervinientes en los procesos judiciales, a fin de garantizar los derechos fundamentales.

Como se desprende del problema jurídico identificado, la práctica indiscriminada de la detención preventiva en Colombia, implica en primera medida una restricción de los derechos fundamentales; además, es incompatible con el principio constitucional de presunción de inocencia y afecta las garantías al debido proceso, por último, entra en contradicción con los principios propios de un derecho penal garantista. La detención preventiva, restringe los derechos fundamentales, como son la libertad, la presunción de inocencia, y el debido proceso, todos ellos consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos y la Constitución Política de 1991. Asimismo, la detención preventiva, afecta las garantías al debido proceso, entre las cuales se encuentra la presunción de inocencia, de acuerdo con la cual la persona es inocente hasta que se demuestre y declare su culpabilidad mediante una sentencia condenatoria; sin embargo, con la prisión preventiva, se

está privando de la libertad al indiciado antes de la existencia de la sentencia condenatoria que decide sobre la comisión del delito, y se envía un mensaje de culpabilidad a la opinión pública, que desconoce que se trata de una medida provisional, que además no está respaldada en una atribución definitiva de responsabilidad.

Las garantías procesales y la medida de aseguramiento de detención preventiva

El concepto de garantías procesales, se desarrolló desde dos enfoques, el positivista y el funcionalista, esto con el fin de acercar al estudio las instituciones que aplican las disposiciones jurídicas que, dentro del entramado del derecho penal y el procedimiento, se consagran como garantías de las partes. Así pues, para la escuela positivista, el derecho es un producto de las condiciones sociales e históricas vigentes en la comunidad, que ha sido puesto en las leyes de cada Estado para regular el orden y asegurar la convivencia en la comunidad. Es un producto histórico que tiene su origen en la necesidad de la vida social que representa el poder soberano que el estado ejercita como derecho y deber impuesto por necesidad.

El enfoque positivista, parte del entendido que *"la creación normativa está sometida solamente a ciertas estructuras formales, pero que dentro de ellas, dicha creación es completamente libre y depende por completo del arbitrio del órgano"* (Kelsen, 1979); es decir, que todo Estado debe estar regido por un conjunto de normas, las cuales son promulgadas por él; y a su vez el funcionamiento de este, depende de la regulación a través de sus normas; así, el derecho se origina en la voluntad del Estado.

De acuerdo al positivismo, una de las principales contribuciones del derecho a la vida social es precisamente la existencia de reglas que permiten a las personas estructurar sus relaciones jurídicas dentro del esquema coercitivo del derecho. Así, las normas jurídicas son órdenes dadas por seres humanos (legislativo), pero promulgadas por el Estado (ejecutivo), y que deben ser aplicadas por hombres (jueces); es decir, que el derecho es un sistema cerrado de normas en el que las decisiones de los jueces pueden ser deducidas, por medios lógicos, de normas generales de la legislación (ibídem).

Sin embargo, la imperfección causa de la no plenitud del derecho que defendía y ostentaba como característico de todo sistema jurídico Ferrajoli (1998), ha permitido que los jueces puedan manejar el derecho-manejabilidad de la norma- a casusa de los vacíos

normativos, las ambigüedades de las disposiciones jurídicas y el carácter general que proyectan ciertas normas (Principios y valores).

Según Losada y Casas, el enfoque institucional o funcionalista, permite averiguar cómo se comportan las instituciones con base en la reglas de juegos, es decir, el derecho o la norma positiva, al respecto dicen: "*Asimismo, desde la más remota antigüedad, las instituciones políticas han despertado el interés, por igual, de quienes cultivan el estudio de las leyes y su sistematización y de quienes desean entender el mundo político más allá de los textos legales,"* (Losada & Casas, 2008). Por ende, la investigación soporta dos fenómenos distintos, pero relacionados intrínsecamente uno con el otro, las normas procesales que erigen garantías para las partes y los jueces que aplican estas disposiciones jurídicas de acuerdo a la interpretación que nace de las fuentes formales del derecho.

Para un importante sector de la doctrina jurídica conceptualiza las garantías procesales como un instrumento que protege y salvaguarda derechos fundamentales, permitiendo cumplir los fines que se proponen o se esperan de los Estados constitucionales. Desde esta posición, las garantías procesales, se observan como un instrumento que coadyuva a la consagración del debido proceso, siendo efecto de este la dignificación humana durante el procedimiento, velando por la igualdad material y formal, la imparcialidad y la progresividad de las etapas de manera concentrada e inmediata. Ferrajoli (1997), expone lo siguiente sobre las garantías procesales *"la efectividad de las garantías penales en tanto se afirme la presunción de inocencia, la separación entre acusación y juez, la carga de la prueba y el derecho del acusado a la defensa".* Melgarejo (2013), a su vez, define las garantías procesales como *"las instituciones o procedimientos de seguridad creados a favor de las personas, para que dispongan de los medios que hacen efectivo el goce de sus derechos subjetivos".*

Dicho lo anterior, desde la perspectiva de la casualidad, está acepción es necesaria en la práctica jurídica, porque acerca las disposiciones normativas a las proyecciones del legislador a la hora de promulgar la Ley 906 del 2004, a partir de la entrada de vigencia del sistema penal acusatorio, se deja atrás un sistema inquisitivo que de manera desproporcionada y en contravía de la Constitución Política de 1991 resultaba en arbitrariedades que vulneraban ostentosamente los Derechos Humanos y los derechos fundamentales, por tal motivo, con la consagración del nuevo modelo, se buscó garantizar

derechos trascendentales a la persona dentro del proceso penal a través de prerrogativas que fueran eficaces y eficientes, reconocidas como garantías procesales y que tanto Ferrajoli como Melgarejo observan como mecanismos para la protección de los derechos fundamentales de las partes.

Empero, otros autores no comparten totalmente la idea de que las garantías procesales tengan como principal objetivo garantizar los derechos fundamentales de la persona, sino también como un método para limitar la acción punitiva del Estado. Estos doctrinantes parten desde la perspectiva funcionalista, puesto que guían el objeto de las garantías procesales como una herramienta para que las partes dentro del proceso limiten o anulen el poder judicial y punitivo del Estado. Por su parte, Scorticati (1998), se refiere a las garantías procesales como *"las seguridades que se otorgan para impedir que el goce efectivo de los derechos fundamentales sea conculcado por el ejercicio del poder estatal, ya sea limitando ese poder o repeliendo el uso".* Asimismo, Fuentes (2011), afirma que en cuanto a las garantías procesales *"las mismas son el modo de cumplir con los principios de una seguridad jurídica llena de igualdades evitando que un poder punitivo corrompa estos derechos fundamentales teniendo un alto grado de protección a todo individuo".* La apreciación precedente es necesaria para la práctica jurídica, puesto que muestra un aspecto diferente de las garantías procesales, desde un punto de vista institucional, inscribe la figura jurídica como una forma limitar el poder estatal.

Desde la noción de la regularidad, las garantías procesales tienen como propósito proteger los derechos de las personas que intervienen en un proceso de carácter penal a su vez su objeto es garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos en el marco de un proceso judicial; además, brindan seguridad jurídica, y respeto de los derechos fundamentales en el proceso penal. Estas mismas garantías, por otra parte, sirven para limitar y minimizar el poder punitivo, en la medida en que todas ellas pueden configurarse como técnicas normativas destinadas a vincularlo al papel de averiguación de la verdad procesal (Scorticati, 1998). Por consiguiente, se toman conceptos de Melgarejo que permiten una base teórica subjetiva de las garantías procesales, pero, de manera complementaria se acude a Scorticati, porque se considera que por medio del cumplimiento de estas normas se está limitando en el poder o el ejercicio penal del Estado.

Además, las garantías procesales son los modos de cumplir con los principios de seguridad jurídica, de igualdad ante la ley, de equidad, para asegurar la garantía más general del debido proceso, y evitar que el Estado en ejercicio de su poder punitivo avasalle derechos fundamentales de sus habitantes. Las mismas, están conformadas por los principios constitucionales y de derechos humanos que señalan los requisitos básicos, que debe reunir la investigación criminal y el proceso penal para ser legítimo constitucionalmente (Ferrajoli; 1998). En este contexto, las garantías constitucionales del proceso penal se erigen como un límite y marco de actuación de la justicia penal, de ahí que resulte de suma importancia darles la adecuada relevancia y ajustarlas a las exigencias de la sociedad moderna.

La síntesis conceptual del presente trabajo, se fundamentó en la noción de que las garantías procesales son herramientas que el legislador le otorga al proceso penal, para que las partes y el juez, puedan garantizar derechos subjetivos que cumplan con el postulado del debido proceso, blindando principios, valores y reglas que optimicen los derechos fundamentales y los derechos humanos, esto desde la óptica de los autores Castro, Losada y Vargas (2013). Se considera que esta apreciación es necesaria porque define desde dos aspectos las garantías procesales, por un lado como un compendio normativo que garantiza los derechos inherentes a la dignidad humana y porque también conceptualiza la idea de las garantías procesales como una institución que limita el poder punitivo del Estado. Desde esta concepción es posible comprender porque siendo las garantías procesales una materialización de la esencia de los derechos fundamentales y una restricción al poder punitivo del Estado, el órgano judicial parte imprescindible del mismo utiliza con toda su fuerza y peso la acción punitiva contra los investigados.

Además, la investigación se apega a que en el mundo jurídico las garantías procesales se manifiestan indudablemente como una forma que humaniza el proceso penal, equilibrando las cargas procesales, e imponiendo igualdad de condiciones entre la defensa y la fiscalía; sirviendo como disposiciones jurídicas que le otorgan de manera especial a la defensa y al acusado medios para velar por sus intereses, limitando la acción penal y el poder en manos de la fiscalía, (Losada, Casas y Vargas; 2013). Por tanto, las garantías procesales son para la Fiscalía una normativa que enfoca su investigación y ejercicio de la acción penal a lineamientos estrictos que debe seguir, so pena de que la actuación investigativa sea tachada de nula o arbitraria por no respetar los presupuestos procesales.

Las garantías procesales y sustanciales que introduce el sistema penal acusatorio en la práctica jurídica contienen cierta subordinación institucional y social que irregulariza su aplicación dentro del contexto penal, acaeciendo un aspecto meramente formal. En otras palabras, la ley no se aplica. Las garantías procesales están para cumplir la igualdad material y formal e la ley, el equilibrio de las cargas procesales y la imparcialidad del juez. De la misma composición del juicio penal se puede evidenciar como estos tres presupuestos procesales se rompen, por ejemplo, al permitir que intervengan el Ministerio Público y el representante de las víctimas, el equilibrio del juicio se desvanece, pues puede ocurrir que tres intervinientes dentro del proceso contradigan los intereses y la teoría del caso de la defensa, a diferencia de lo que establece el sistema penal acusatorio, donde la contradicción jurídica y fáctica se espera que se realice entre dos partes, al fin de equilibrar la balanza ante la justicia. Entonces, se visualizan las garantías procesales como un conjunto de principios que pretenden proteger derechos fundamentales y humanos, pero que en la realidad procesal su fuerza normativa incide poco para concebir el ideal procesal penal de la ley 906 del 2004.

Para finalizar, se considera que los elementos esenciales a tener en cuenta en la tesis, son los que de manera íntima interactúan con la realización real de las garantías procesales, situación expuesta por (Fuentes, 2011). Como se ha venido exponiendo, sin duda una de las causas que afectan las garantías procesales es la tradicional visión de concebir el proceso penal y la pena como una forma de retribuir el daño causado por medio del excesivo poder punitivo del Estado. Por eso un elemento importante a tener en cuenta es la utilización de manera frecuente de la medida de aseguramiento por parte de los jueces de control de garantías, ya que el sistema penal acusatorio consagra la última ratio como esencia de las garantías procesales, si se tiene en cuenta que la generalidad es la privación intra-mural y no la excepción, concluiremos que la última ratio está pasando desapercibida por los jueces y las garantías procesales siendo vulneradas de manera sutil e inadvertida.

Las garantías procesales han sido un tema que suscita amplio interés académico, son muchos los doctrinantes que desarrollan el asunto a través de diferentes contextos, pero estableciendo cierta similitud que permite inferir una continuidad conceptual. En este sentido, las garantías procesales han sido el objeto de investigaciones pasadas, en las cuales se ha concluido que estas constituyen un compendio normativo que garantiza a los intervinientes y partes unas atribuciones que harán del juicio un proceso justo y equilibrado.

Los autores Ballesteros (2009) y Gómez (2009) en sus artículos académicos, son enfáticos en concluir que "*las garantías procesales son normas fundamentales para salvaguardar el procedimiento de arbitrariedades mediante el ejercicio de derechos que el ordenamiento jurídico le reconoce a las partes y los intervinientes con el fin de proteger sus intereses jurídicos*".

Desde esta concepción, se parte de una idea normativa que se apega a la proyección de las garantías procesales como derechos subjetivos que protegen la realización de los derechos fundamentales de las personas Scorticati (1998) y Fanego (2005) han precisado que el derecho procesal nace del sustancial, es decir, que no es el procedimiento el que reconoce ciertas disposiciones garantistas para las partes, sino que éstas son inherentes a los sujetos que se inmiscuyen en litigio. Por tanto, se configuran las garantías procesales como derechos fundamentales que reconocen derechos y atribuciones jurídicas para que las partes la hagan valer en el proceso. Idea similar a la anotada por Gómez (2009) y Ballesteros (2009), ya que mantiene las garantías procesales como un conjunto de prerrogativas que el ordenamiento dispuso en razón a la persona, teniendo como objeto respetar dentro del proceso aquello intrínseco con la condición de humano.

Ahora bien, este análisis jurídico empieza a tener un cambio trascendental cuando las garantías procesales dejan de ser consideradas un amparo y pasan a comprender un aspecto meramente formal de la ley que integran una conceptualización jurídica más amplia dentro del sistema acusatorio. De esta forma se empieza a comprender el derecho procesal como un sistema de garantías que tienden a lograr la tutela judicial efectiva. Así pues, Navarrete (2003, p. 537) y Caffarena (2014, p. 45) son claros en advertir que el derecho procesal no es un subsistema, sino que es un sistema de garantías que actúa con autonomía y sustantividad propia. Dicho esto, se empiezan a visualizar las garantías procesales ya no como una figura jurídica aislada sino como unas disposiciones que se realizan a través de un contexto jurisdiccional.

En otras palabras, la conceptualización sigue siendo la misma, puesto que las garantías procesales se vislumbran como beneficios otorgados a las partes para tener un litigio justo. De esta manera, se le atribuye un fin más allá del mero ámbito subjetivo, comprendiendo ahora un espacio procedimental. Conforme a lo anterior, las garantías procesales además de salvaguardar y legitimar derechos subjetivos o sustanciales, conservan

los principios del proceso, en ese sentido, concentra dos dimensiones, sustancial y procesal. Empero, las garantías procesales son cuestiones jurídicas directas para el individuo e indirectas para el proceso, no siendo otro el objeto que mantener la tutela de un juicio justo.

Aunando lo anterior, se empiezan a integrar aspectos que establecen las garantías procesales más allá de meros derechos subjetivos que enaltecen la dignidad humana. Esta acepción busca conjugar las garantías del sistema penal con los fines de la fase de ejecución. Teniendo como eje central que las garantías procesales son el objeto que promueve la labor jurisdiccional de los sistemas judiciales. Así lo expresa Navarrete (2003):

> Si se contempla el derecho procesal desde una vertiente exclusivamente instrumental, se antepondría en su estudio su finalidad practica; esto es, la actuación del ordenamiento jurídico, pasando a un lugar secundario su más importante y primario contenido sustantivo como ordenamiento jurídico, consistente en hacer posible la función jurisdiccional a través de un sistema de garantías procesales que haga posible, en todo momento e hipótesis de patología, la tutela judicial efectiva a través del debido proceso sustantivo. (p. 335).

De esta manera, las garantías procesales se empiezan a concebir inicialmente como un conjunto de derechos subjetivos que salvaguarda derechos necesarios para que el proceso se realice de manera justa y proporcional a la ley y la constitución. Dicho esto, el proceso se observa como un medio que cumple los postulados constitucionales y fundamentales que deben regir las actuaciones jurisdiccionales. El ámbito funcional del ejercicio de la jurisdicción es procesal mediante el cual se garantizan ciertos derechos puesto que son atribuidos a las personas que se inmiscuyen en el litigio. En consecuencia, el planteamiento del derecho procesal desea hacer frente a la norma jurídica un sistema de garantías sustantivo y autónomo. En consecuencia, las garantías en el derecho penal surgen como un elemento diferenciado del proceso como tal, partiendo de la base que la actividad jurisdiccional se desarrolla en razón a los sujetos que intervienen en el proceso, siendo ellos los poseedores de las garantías para limitar el derecho punitivo del Estado

Sin embargo, posteriormente las garantías procesales dejaron de ser una vertiente exclusivamente instrumental, el garantismo procesal supone la conceptualización del proceso de la función jurisdiccional como una realidad sustantiva ajena a su caracterización instrumental, y atemporal. El garantismo procesal implica la puesta en práctica de las garantías que en las leyes procesales se contienen, conjuntamente con las que poseen

proyección constitucional, a través de una postura garantista plenamente comprometida con la realidad constitucional de aquí y ahora. Junoy (2010) expuso:

> De igual modo, durante la segunda mitad del siglo XX, surgió otro fenómeno de especial relevancia para el derecho procesal, a saber, el de la "constitucionalización de las garantías procesales", que ha venido a asegurar —por vía de los textos constitucionales, en el ámbito nacional, y de tratados y convenios supraestatales de derechos humanos, en el ámbito internacional— un mínimo de garantías a favor de las partes, que deben presidir cualquier modelo de enjuiciamiento. Y a través del carácter normativo de estos textos, y de su aplicación directa e inmediata, esto es, su alcance jurídico-positivo, se pretendió evitar que el futuro legislador desconociese o violase tales garantías, así como que el juzgador no se viese vinculado por las mismas en la dirección de los procesos. (p. 50).

No obstante, las garantías procesales empiezan a ser estudiadas desde un enfoque sistemático que implica diferencias conceptuales que ubican la figura jurídica en una realidad sustantiva acorde a la vinculación y el compromiso de la realidad constitucional. Desde esta perspectiva, las garantías procesales no solo son una forma de proteger ciertos derechos fundamentales dentro del procedimiento, sino también un método para conseguir otros fines que no son atribuibles a la persona, es decir, su función ampara cuestiones como la práctica de las pruebas, los fines de la pena, la ejecución de la pena y demás. De esta manera, las garantías procesales producen efectos jurídicos más allá del procedimiento convirtiéndose en una herramienta garantista que posee la técnica para asegurar los fines del Estado.

En este sentido, respecto a la medida preventiva las garantías procesales se configuran como un límite al poder punitivo del Estado, ya que por medio de ellas se busca asegurar la comparecencia del sujeto. No es nueva ni pacífica la discusión entre quienes sostienen que la presunción de inocencia debe prevalecer sobre las finalidades enunciadas para las medidas de aseguramiento privativas de la libertad y quienes piensan que es al revés. Dicho en otras palabras, hay quienes entienden que la medida de aseguramiento privativa de la libertad es una negación de la presunción de inocencia, y como tal, debe ser desterrada de la legislación.

Así las cosas, aunque el concepto de garantías procesales puede variar de acuerdo a la posición de la que se parta, es indiscutible que el eje central del mismo implica percibirlas como disposiciones jurídicas que protegen los derechos subjetivos de las personas durante el proceso. Diversos autores han reconocido tal acepción, aun cuando su enfoque sea procesalista, puesto que al fin y al cabo los mismos están para proteger del poder

jurisdiccional a las personas que se enfrenta a un litigio. En el caso del derecho penal, las garantías procesales se convierten indudablemente en un instrumento que viabiliza los derechos fundamentales sustanciales y procesales de la persona, salvaguardando la esencia del mismo. Conforme a lo anterior, la continuidad entre los autores se refleja en que absolutamente todos observan las garantías procesales como un medio que protege intereses sustanciales y procesales, limitando a su vez el poder punitivo del Estado.

Por último, la ruptura epistémica originada por el uso excesivo de la privación de la libertad en contravía de las garantías procesales, refleja el desentendimiento que el sistema procesal efectúa de las garantías sustanciales, inclusive aquellas que se inscriben dentro del proceso. Si bien muchos doctrinantes han estudiado la figura desde diferentes posiciones jurídicas, ninguno hasta el momento estudió las garantías procesales desde la perspectiva de la medida de aseguramiento. Empero, aunque algunos autores Pérez (s.f.) y Gil (2011), así como Naciones Unidas (2010) han estudiado con cierta generalidad el tema de la desproporcionalidad de la medida de aseguramiento, ninguno lo ha hecho desde el enfoque limitante de las garantías procesales como eje esencial para la decisión y fundamentación.

Precisamente, la fisura epistémica surge en relación a qué la medida de aseguramiento es una formalidad penal que aplica para un presunto infractor, que el Estado apoyado en pruebas y condiciones jurídicas, priva de su libertad de manera temporal, dependiendo de la gravedad de la falta. En ese sentido, las cárceles como nuevo modelo de castigo que involucra el Estado para la seguridad individual y colectiva del orden social y jurídico más allá de ser la represión social por excelencia actualmente, también se desarrollan como un mecanismo para garantizar los postulados del derecho procesal penal, específicamente, el sistema penal acusatorio.

Ahora bien, siguiendo lo referente a la medida de aseguramiento, la de la norma es que la medida cautelar tiene como objeto lograr que la persona que cometió el delito, no genere daños adicionales que menoscaben o vulneren los bienes jurídicamente tutelados por el Estado o afecte el procedimiento penal. Así pues, la detención preventiva que involucra la formalidad penal, se concluye en la medida que a la persona investigada se le haya podido demostrar cierta relación con la conducta penal realizada. Siendo el Fiscal quien solicita ante el juez de control de garantías y atendiendo los criterios de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad, la medida de aseguramiento en tanto se acumulen pruebas que puedan

presumir la responsabilidad del investigado. Conforme a la ley 906 del 2004, las medidas de aseguramientos son de aplicación excepcional, puesto que las garantías procesales como lo son la presunción de inocencia y el derecho fundamental a la libertad significan una restricción fuerte respecto a dicho método.

Hay que tener en cuenta que existen diferentes clases de medidas de aseguramiento como procedimientos, procedencia e improcedencia y trámites que se deben atender para llevar a cabo la solicitud que la Fiscalía eleve ante el Juez de Control de Garantías. De esta manera, existen dos tipos de medidas de aseguramiento: las privativas de la libertad y las no privativas de la libertad. Siendo las primeras las más drásticas, puesto que implican la plena limitación del derecho a la libertad y de acuerdo a la regularidad interna del sistema judicial son las de más utilización parte del órgano investigador y los jueces de control de garantías[4]. El trámite de la medida de aseguramiento iniciará por parte del fiscal, quien ante un juez de control de garantías, en audiencia preliminar solicitará la imposición de la medida. El juez será el único competente para imponer la medida de aseguramiento de acuerdo a los criterios normativos y de razonabilidad, en todo caso, la imposición se basará en elementos objetivos que permitan apreciar la necesidad de imponer la medida de aseguramiento; cuando de los elementos materiales probatorios o evidencia física se infiera razonablemente que el imputado pueda ser el autor lo correspondiente será imponer la medida de aseguramiento.

La medida de aseguramiento como instrumento frecuente en los procesos penales

En relación a la pregunta de investigación planteada sobre ¿Por qué la medida de aseguramiento se convirtió en un instrumento frecuente en los procesos penales?, la presunta razón surge por una cuestión organizativa del sistema judicial, principalmente la obtención de resultados que son exigidos por los órganos administrativos y jerárquicos; como lo fundamenta Noé Barrera (2009), al indicar que el afán de congestionar el sistema penal ha

4 En el 2015, la capacidad del EC La Modelo se mantuvo constante, mientras que la población fue aumentando progresivamente mes a mes. Como consecuencia, se presentaron mayores índices de hacinamiento, siendo el mayor de 71,80% y el menor de 60,7%. El promedio anual de hacinamiento fue de 69,01%, cifra bastante preocupante e indicativa del fracaso de los planes de acción que fueron tomados tras la declaración del estado de cosas inconstitucional en la sentencia T-388 de 2013. (Ariza, 2015).

conllevado la vulneración de garantías penales. Además, que la medida preventiva se vislumbra como una forma anticipada de obtener justicia, concepción arraigada en el contexto social, actor informal dentro de las instituciones judiciales, que por su calidad ejerce presión.

La imposición de la medida de aseguramiento o cualquier otra forma de medida cautelar se ha convertido dentro del aparato judicial penal un medio para asegurar los postulados del sistema penal acusatorio. En ese sentido, es un mecanismo que permite especialmente al Estado, la sociedad y la víctima consagrar sus diferentes intereses mientras transcurre un proceso penal contra el presunto victimario.

La medida de aseguramiento se convirtió en un instrumento procesal frecuente en el Sistema Penal Acusatorio, porque la Ley 906 del 2004 posibilitó a los jueces de control de garantías acudir a la mencionada figura para asegurar la comparecencia del investigado o, en otras palabras, la materialización de la justicia.

La institución de la medida de aseguramiento restrictiva de la libertad como un medio para asegurar la justicia, siempre que sea necesaria, se originó en un mecanismo procesal en constante utilización porque resulta ser el conducto más adecuado, en aspectos de eficacia y eficiencia, para conseguir los resultados perseguidos por la política criminal del Estado. Lo anterior lo fundamenta la base normativa que faculta al sistema judicial para detener a las personas sin haber una condena de por medio, que se ajuste a los elementos del debido proceso.

Ahora bien, la presente Ley 906 de 2004 no es suficiente para asegurar la preservación del derecho fundamental a la libertad, menos configura una ponderación proporcional entre el derecho a la justicia y el derecho fundamental a la libertad y debido proceso en contraposición. Por eso, la disposición normativa contenida en la Ley 906 del 2004 debe replantearse conforme a criterios de razonabilidad jurídica que identifiquen el dictamen de la medida de aseguramiento como ultima ratio, es decir, como la última instancia en la que debe llegar el Sistema Penal Acusatorio para disponer la restricción de la libertad.

Por tanto, la última ratio, que se explica en la medida de aseguramiento y en la imposición de la pena, debe instituirse más que un principio como un derecho a favor de los responsables. En ese sentido, convertir la última ratio en derecho fortalece la institucionalidad del Sistema Penal acusatorio frente a las desavenencias que implican las

medidas intramurales, pues existen otras formas de cumplir los fines de la justicia sin menoscabar de manera inhumana los derechos fundamentales de las personas, siendo suspendidos bajo alternativas más favorables que el encierro.

Por consiguiente, la validación normativa que dispuso el legislador en razón a la medida de aseguramiento, sumado a la política criminal del Estado, habilita a los jueces del Sistema Penal Acusatorio para acudir a la figura procesal en discusión para materializar la justicia y, en ese sentido, los derechos a las víctimas. Ahora, como se infiere de lo anotado anteriormente, el objeto material de la medida de aseguramiento es precisamente asegurar un resultado previsible dentro del proceso penal, es decir, asegurar la materialización de la posible condena, sin embargo, lo anterior contrasta con lo destinado por la ley. El articulado procesal penal señala:

> Artículo 22. Restablecimiento del derecho. Cuando sea procedente, la Fiscalía General de la Nación y los jueces deberán adoptar las medidas necesarias para hacer cesar los efectos producidos por el delito y las cosas vuelvan al estado anterior, si ello fuere posible, de modo que se restablezcan los derechos quebrantados, independientemente de la responsabilidad penal. (Ley No 906, 2004).

En ese sentido, parece prevalecer en el Sistema Penal Acusatorio la pena y el orden justo, frente los derechos que instituye el procedimiento penal a favor de los intervinientes, fundamento del propio Sistema Penal Acusatorio. Aunque, el Estado Social de Derecho tiene la potestad punitiva, es evidente que ella no es absoluta, sino que, por el contrario, tiene unos límites claros y precisos que impiden su desbordamiento de los canales jurídicos adecuados y válidos.

De esta manera, la norma es contradictoria frente a los principios fundantes del Sistema Penal Acusatorio, en razón a que la medida de aseguramiento sea simplemente una generalidad, se demuestra que se privilegia la retribución frente a las garantías o derechos fundamentales de las personas. Se constata, entonces, que tal situación no corresponde con la necesidad de resolver conflictos de manera rápida, fluida y eficiente. En ese orden de ideas, la medida de aseguramiento no puede ser concebida como un instrumento para el restablecimiento del derecho, principalmente porque se están privilegiando aspectos retributivos que garantistas. En otras palabras, se están privilegiando resultados penales por

derechos constitucionales fundamentales y, esto en ocasión a las medidas que avala el artículo 28 de la Ley 906 del 2004.

En relación con lo anterior, se puede inferir la potestad de la fiscalía y los jueces para utilizar cualquier medio legal-procesal para restablecer el orden justo o los derechos vulnerados, siendo factible la medida de aseguramiento respecto aquellas "medidas necesarias" que indica el artículo en mención, teniendo como fin proteger la justicia. No obstante, los artículos 309, 310, 311 y 312 del Código de Procedimiento penal dejan prever otros efectos materiales que busca evitar la medida de aseguramiento, a saber: a. Obstrucción a la justicia, b. Peligro para la comunidad, c. Peligro para la víctima, y d. No comparecencia.

La legislación es precisa en establecer la finalidad de la medida de aseguramiento dentro del sistema penal acusatorio, siendo diversas sus intenciones dentro del ámbito penal. Si bien el objeto de la medida de aseguramiento comporta un fin procesal, la misma no debe alejarse de los postulados sustanciales y subjetivos, es decir, es importante que asegure un fin respecto al procesado.

La más importante es que la medida de aseguramiento, bajo dichos criterios NO cumple con los fines del proceso penal en el Estado Social y Democrático de Derecho, porque no logra el equilibrio entre garantismo y eficiencia, en razón de que la institución estudiada no ha tenido la aplicación que se esperaba ni la que pretende el Derecho Constitucional. Lo que exige modificar el presente artículo a fin de orientar la medida de aseguramiento como un instrumento procesal de carácter limitado para los operadores judiciales, excluyendo elementos de procedibilidad.

Empero, la que determina la utilización constante de la medida de aseguramiento del Estado, es la Política Criminal que él mismo crea, desarrolla y materializa y, que resulta ser una acción que se inmiscuye en la institucionalidad y la sociedad.

En primer lugar, es de importancia resaltar que generalmente en Colombia, se ha venido sosteniendo, la idea de que el país carece de la política criminal. Sin embargo, la política criminal se encuentra subordinada a los fundamentos constitucionales, es decir, que allí se deben encontrar unos condicionamientos específicos para configurar esa política, y en ese punto, se advierte que la Constitución Política de Colombia actúa de manera supremamente protectora de las libertades esenciales de las personas, luego la política criminal, debe enfocarse hacia esa perspectiva principal. Este fundamento constitucional está

íntimamente relacionado con los tratados que Colombia ha suscrito, pero aquí no se incorporan solamente los tratados de Derechos Humanos, sino que también se tienen que considerar los tratados que no hacen parte del bloque de constitucionalidad, pero que la Coste Constitucional en su jurisprudencia ha asegurado que son materia de interpretación y guía para los funcionarios estatales, baja la perspectiva de bloque de constitucionalidad lato.

Así las cosas, la medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario es una consecuencia penológica anticipada, la cual subyace entre la garantía del equilibrio entre los derechos ciudadanos y en particular, su libertad, y el poder represivo eficaz del Estado que le corresponde al Estado mismo. Por ende, vulnera las garantías procesales que establece el Sistema Penal Acusatorio porque actualmente en Colombia, se pide la imposición de la detención preventiva, con base en el denominado "indicio de presencia", o simple sospecha, cuestión que en tiempos pasados era observada como un canal de segundo orden del sistema penal, pues se estimaban como fundantes pruebas concluyentes, pero ahora, los indicios, aspecto relevante de las audiencias de control de garantías tienen una categoría trascendental dentro del sistema penal, como lo refleja la práctica judicial.

Bajo esta perspectiva, es indudable que las medidas de aseguramiento vulneran ciertas prerrogativas que impone el Sistema Penal Acusatorio a favor de las personas, principalmente, respecto al indiciado, sobre quien recae la suspensión de sus derechos fundamentales ante su constante aplicación. Es importante traer a colación lo sostenido por el artículo 7 del C.P.P sobre donde se determina que toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, hasta no exista sentencia condenatoria, situación que contrasta con lo irradiado por las medidas de aseguramiento intramural que limitan el derecho fundamental.

Finalmente, la imposición de la medida de aseguramiento resulta ser una afrenta para el procesado y más cuando su uso es precipitado y frecuente en el Sistema Penal, lo anterior vulnera las normas legales, las cuales disponen ciertas limitaciones para su aplicación y que no están siendo tenidas en cuentas al momento de actuar o están siendo interpretadas erróneamente por los operadores judiciales. Ni el fiscal en el momento de pedir, ni el Juez Control de Garantías en el momento de imponer la medida de aseguramiento, ejecutan el test de proporcionalidad ni de racionabilidad. En Colombia la medida de aseguramiento no es la última, sino la "prima ratio", el fiscal pide la medida de aseguramiento por conveniencia o estrategia procesal y el juez la decreta por simple populismo punitivo.

Lo anterior justificado en las siguientes cifras:

AÑO	Imposición medida de aseguramiento
2007	36.748
2008	49.906
2009	56.749
2010	57.922
2011	60.889
2012	58.588
2013	60.978
2014	63.340
2015	67.186
2016	63.184
Total	575.490

Fuente: Sistema de Información Estadístico de la Rama Judicial SIERJU

Para concluir, hablar de requisitos tales como *"peligro para la seguridad de la sociedad", "evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia"* y *"que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso"* (Ley No 906; 2004), no obedece a los postulados propios de un derecho penal de acto, según desde la perspectiva de la Corte Constitucional, *"sólo se permite castigar al hombre por lo que hace, por su conducta social, y no por lo que es, ni por lo que desea, piensa o siente"* (Corte Constitucional; 1997). Dichos elementos de procedibilidad de la medida de aseguramiento, son supuestos que imponen al juez decidir teniendo en cuenta la personalidad del presunto responsable.

En últimas, son criterios correspondientes a un derecho penal de autor que, teniendo en cuenta la supuesta "peligrosidad" del sujeto, o la existencia de la "posibilidad" de que evada la justicia o afecte el desarrollo del proceso, suponen la imposición de una pena anticipada (Zaffaroni, Alagia & Slokar, 2002, p .170)

Por eso, desde una perspectiva muy personal se considera que es más pertinente y coherente desde el principio de proporcionalidad (Art. 3CP) que se utilizasen medidas alternativas menos lesivas que permitiesen asegurar la integridad del proceso sin restringir la libertad en tan amplia medida.

Conclusiones

Indudablemente, la medida de aseguramiento es una figura aceptada tradicionalmente por la academia y el ordenamiento jurídico colombiano, sin embargo, con la entrada en vigor de un sistema que orienta el proceso a la dignidad humana, es necesario repensar su utilización en el escenario del Estado Social de Derecho.

La medida de aseguramiento connota la afectación de elementos esenciales de la dignidad humana, si bien el Sistema Penal Acusatorio se constituye como una fuente realizadora de la dignidad humana, y los derechos derivados de ella limita los fundamentos de la persona cuando la medida mencionada se aplica, sin haberse surtido un debido proceso racional, ajustado a la ley, que permita establecer la responsabilidad.

La medida de aseguramiento vulnera las garantías procesales que el mismo Sistema Penal Acusatorio erigió a favor del investigado cuando su utilización es indiscriminada, sin sustento claro y real en la ley.

La presunción de inocencia es una garantía integrante del derecho fundamental al debido proceso reconocida en el artículo 29 de la Constitución, al tenor del cual *"toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable*" (C, P. 1991). Así, este elemento fundamental del compendio normativo penal, parte del supuesto de que sólo se puede declarar responsable al acusado al término de un proceso en el que deba estar rodeado de las plenas garantías procesales y dentro del cual se haya demostrado su culpabilidad.

Limitar la libertad con el fin de asegurar un resultado judicial es un riesgo inminente de afectación de la presunción de inocencia

A pesar de la consagración de límites formales y sustanciales, la medida de aseguramiento se ha convertido en una herramienta contra las garantías de las que dispone el ordenamiento para el investigado.

La medida preventiva indiscriminada resulta ser una afrenta para un sistema garantista y constitucional que supone la expedición de la ley 906 del 2004. Un instrumento que conlleve la limitación de los derechos fundamentales se convierte arbitrario si no cumple con las esencialidades propias que justifiquen su accionar. Sin embargo, es difícil concebir un sistema sin la privación temporal (medida de aseguramiento) de los posibles responsables, no obstante, esto no debe conllevar un menoscabo de los derechos y garantías fundamentales de la persona sometida a la persecución penal.

Referencias

Asamblea Nacional Constituyente de Colombia. Constitución Política. Gaceta Constitucional número 114 de julio de 1991.

Ballesteros, A. M. (2009). justicia restaurativa y proceso penal garantías procesales: límites y posibilidades. *Revista Ius et Praxis*, 25-30.

Bula Beleño, A. & Bula Beleño, E., (2015). Críticas a la constitucionalidad de la detención preventiva en Colombia. Barranquilla: *Revista Actualidad Jurídica, Universidad del Norte.*

Caffarena, B. M. (2014). *Ejecución de la pena privativa de libertad: una mirada comparada.* Madrid: Eurosocial.

Castillo, F. R. (2013). *La detención preventiva, excepción o regla en el actual proceso penal.* Bogotá.

Castro Castro, A. Y.; Losada Cardona, L. E.; & Vargas Quezada, J. J. (2013). *La exclusión probatoria como protección de la legalidad.* Medellín: Universidad de Medellín, Antioquía.

Colombia, Congreso de la República, Ley 599 del 2000. *Por la cual se expide el Código Penal*. Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio del 2000.

Colombia, Congreso de la República, Ley 906 del 2004. *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.* Diario Oficial No. 45.658 de 1 de septiembre de 2004.

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-106, (*M.P. José Gregorio Hernández Galindo, marzo de 1994).

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-289, (*M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, abril de 2012).

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-318, (*M.P. Jaime Córdoba Triviño, abril de 2008).

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-327, (*M.P. Fabio Morón Díaz, julio de 1997).

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-290, (*M.P. Alejandro Martínez Caballero, junio de 1998).

Fanego, C. A. (2005). *Garantías procesales en los procesos penales.* España: Lex Nova.

Ferrajoli, L. (1997). *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal.* Madrid: Editorial Trotta.

Fuentes N., M. (2011). Procesal Penal, Garantías Constitucionales y el Avocamiento. San Joaquín de Turmero, Estado Aragua: Universidad Bicentenaria de Aragua, Venezuela.

Gil, R. E. (2011). Medidas sustitutivas a la pena de privación de la libertad. *Derecho y humanidades*, 41-50.

Gómez, J. P. (2009). Los principios rectores y las garantías procesales en el sistema de enjuiciamento. *Justicia Juris*, 69-83.

Junoy, J. P. (2010). El Derecho Procesal entre el garantismo y la eficacia: Un debate mal planteado. *Revista de Opinión jurídica*, 50-57.

Kelsen, H. (1979). La teoría pura del derecho, trad. Roberto Vernengo, Universidad Nacional Autónoma de México, México.

Melgarejo Allegretto, J. (2013). Garantías procesales en el proceso penal Paraguay. Recuperado de http://joelmelgarejoallegretto.blogspot.com.co/2013/07/garantias-procesales-en-el-proceso.html

Ministerio de Justicia – Inpec. (2015). *Informe Estadístico No. 12 – Diciembre 2015.* Bogotá, D.C.

Ministerio de Justicia – Inpec. (2016). *Informe Estadístico No. 12 – Diciembre 2016.* Bogotá, D.C.

Ministerio de Justicia – Inpec. (2017). *Informe Estadístico No. 12 – Diciembre 2015.* Bogotá, D.C.

Navarrete, A. M. (2003). El derecho procesal como sistema de garantías. *Boletín Mexicano de derecho comparado* .

Noé Barrera (2009). *La medida de aseguramiento*. Revista Derecho y Realidad. Núm. 13. I semestre. ISSN: 1692-3936

Organización de los Estados Americanos. (1948). *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.* Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana. Bogotá, abril de 1948.

Organización de los Estados Americanos. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos.* Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. Entró en vigor para Colombia el 18 de julio de 1978. Ley 16 de 1972.

Organización de Naciones Unidas. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.* Adoptado por la Asamblea General en Resolución 2200 A (XXI). Diciembre 16 de 1966. Entró en vigor para Colombia el 23 de marzo de 1976. Ley 74 de 1968.

Pérez, O. G. (s.f.). La ejecución de las medidas no privativas de libertad. *Afduam*, 50-72.

Prieto Monroy, C. A. (2003). El proceso y el debido proceso. *Universitas,* 116, 811-823. Pontificia Universidad Javeriana.

Reale, M. (1989). *Introducción al Derecho*; IXª. ed., Ed. Ediciones Pirámide, S.A., Madrid.

Scorticati, S. S. (1998). *Garantías Constitucionales en el derecho procesal penal.* Buenos Aires: UBA.

Zaffaroni, E. R., Alagia, A. & Slokar, A. (2002*). Derecho Penal, Parte General.* Argentina: Editorial Ediar.