

**LA DETENCION PREVENTIVA EN EL SISTEMA ACUSATORIO
COLOMBIANO.
CAMBIO DE PARADIGMA DEL INCISO 1 DEL ART. 310 C.P.P.**

TRABAJO DE INVESTIGACION

FLOR ÁNGELA ORJUELA SANABRIA

Tutor:

Dr. MAURICIO ANTONIO TORRES

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRIA DERECHO PROCESAL PENAL Y DERECHOS HUMANOS
BOGOTÀ D.C. 2015**

TABLA DE CONTENIDO

Resumen	3
Introducción	5
1. Obligación de determinación de las normas jurídicas	9
1.1. La discusión dogmática	9
1.2. Problemas de la indeterminación normativa	14
1.3. En el campo internacional	16
1.4.. La convención interamericana de derechos humanos	16
1.5. La Constitución Política y el tema de determinación	
1.6. Posición de la Corte Constitucional	17
2. El peligro para la comunidad del imputado en Colombia	28
2.1. Antecedentes	28
2.2. Tratamiento en la ley 1760 de 2015	35
2.3. Expectación de acto y detención preventiva	39
Conclusiones	45
Recomendaciones	48
Bibliografía	49

LA DETENCION PREVENTIVA EN EL SISTEMA ACUSATORIO COLOMBIANO.

CAMBIO DE PARADIGMA DEL INCISO 1 DEL ART. 310 C.P.P.

Flor Ángela Orjuela Sanabria

Abogada – Especialista en Derecho Penal

“Tú eres reo de un delito luego es posible que lo seas de otros ciento.

Esta duda me oprime, y quiero salir de ella con mi criterio de verdad;

Las leyes te atormentan porque eres reo, porque puedes ser reo,

Porque yo quiero que tú seas reo”

Cesare Beccaria.

RESUMEN

La conquista de derechos y garantías individuales supone la libertad para el procesado al cual no se le ha desvirtuado la presunción de inocencia, como regla general, pero el control social que lleva inmerso el derecho penal demuestra que el instituto de la detención preventiva es el que se impone, bajo plurales justificaciones, pero de las cuales nos centraremos única y exclusivamente en la necesidad frente al peligro para la comunidad que representa el imputado en su actuar, fin que en la práctica judicial colombiana ha variado su paradigma a través de la gravedad y modalidad del delito, el daño causado, su impacto social y la expectativa futura.

Estos cambios se perciben a partir de la implementación de la ley 906 de 2004 como regulatoria del acto legislativo 03 de 2002 que modificó el contenido del artículo 250 superior, la ley 1142 de 2007, la ley 1453 de 2011 y la reciente ley 1760 de 2015. Este tema fluctúa entre una aparente estructura de política criminal y las últimas tendencias dogmáticas en la evolución de la teoría del delito, pareciendo que se tienen en consideración al momento de la detención preventiva, mixturas entre el llamado derecho penal de acto y el de autor, frente a la expectativa futura, esta última aunque exótica, absolutamente imprecisa e indeterminada, todo ello dentro del mismo modelo procesal penal llamado acusatorio con tendencia adversarial.

Palabras Claves: norma penal, indeterminación, detención preventiva, peligro futuro, acto, autor.

ABSTRACT

As a general rule, the conquest of rights and individual warranties implies the defendant's freedom for which it has not been undermined a presumption of innocence. Nevertheless, the social control immersed in Criminal Law demonstrates that The Institute of Preventive Detention is the one who imposes based on plural justifications, but emphasizing solely and exclusively on the need faced with the risk that the accused's behavior poses to the community.

This purpose, has changed its paradigm in the judicial Colombian perform through the seriousness and modality of criminal offense, the damages incurred, social impact and future expectation.

These changes are perceived from the **Law 906 of 2004** procedure as regulatory of Legislative **Act 03 of 2002** which redefined the content of the **Article 250**, Law 1142 of 2007, Law 1453 of 2011 and the recent Law 1760 of 2015.

This topic fluctuates between an apparent framework of criminal policy and dogmatic patterns in the evolution of the rational choice theory, appearing as these all above were taken into account at the moment of pre-trial detention, mixtures between the criminal law of the “act” and the perpetrator facing the future expectation.

Although it is exotic, this last one stage is entirely vague and indeterminate. All within the same procedural criminal model denominated accusatory, but also with an adversarial propensity.

Key words: criminal law, indeterminacy, pre-trial detention, future risk, act, perpetrator.

INTRODUCCIÓN

■ El derecho penal es entre otras cosas, el resultado del llamado control social indirecto, que se basa en principios y valores pre constituidos, conformado por, primero, un cuerpo normativo, esto es un “conjunto de procesos y normas y por ello actividad organizada de los grupos sociales” (Peces & Barba, 2000, p.39). Segundo, un sistema de defensa que se emplea cuando los individuos se “desvían” de los mismos, lo que Durkheim llamó “anomia social” (Posada, C.G. (1982). Durkheim, la división del trabajo social.p.286). Dentro de éste último aparece la medida cautelar de carácter personal de privación de la libertad de quien presuntamente se ha sustraído de la sujeción de dichos valores sociales pero a quien no se le ha desvirtuado la presunción de inocencia.

Desde la entrada en vigencia de la ley 906 de 2004 que ingresa un modelo procesal penal acusatorio con tendencia adversarial en Colombia, se percibe que la concepción de la detención preventiva y el peligro para la comunidad empieza a sufrir una serie de transformaciones, al principio benévolas, con plena coherencia con las posturas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Constitucional Pero luego, vemos como en la sociedad del conflicto colombiana, tan solo a dos años de vigencia de dicha ley, el legislador reacciona en pro del populismo punitivo y modifica el inciso 1 del art. 310 de la ley 906 de 2004, con la entrada en vigencia de la ley 1142 de 2007, pero no siendo suficiente

el desarrollo legislativo, en especial ante la crítica esbozada por la Corte Constitucional en la sentencia C-1198 de 2008, se motiva la emanación de la ley 1453 de 2011 que, nuevamente, modifica el contenido del inciso primero del artículo 310 *ibídem*, al adicionar los requisitos para su aplicación. Con este panorama, ese camino aparentemente ganado en el derecho penal de acto, conforme al artículo 29 constitucional, pareciera sufrir un cambio de estructura o paradigma legislativo frente a los contenidos constitucionales con la entrada en vigencia de la ley 1760 de 2015, introduciendo un concepto de expectativa futura de acto, como condición *ex post*, para indicar que el peligro que el imputado represente para la comunidad ha de contemplarse hacia el futuro, evidenciando una potencial contradicción frente al acto como fenómeno *ex ante* a la restricción de la libertad, y un verdadero problema de indeterminación normativa que genera inseguridad jurídica.

La invitación es a recorrer el camino trazado por el legislador en el desarrollo del peligro para la comunidad en la privación de la libertad, las posturas adoptadas en la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional en desarrollo del ejercicio jurisdiccional de control de constitucionalidad, el carácter vinculante del principio de convencionalidad respecto de los fallos adoptados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como aplicación del Bloque de Constitucionalidad frente al desarrollo jurisprudencial de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y principalmente su concordancia y apoyo en las teorías dogmáticas sobre el concepto de determinación de la norma penal, lo cual llevará a que se

revise de manera tangencial, los principios que resultan afectados, como lo son, el de legalidad y seguridad jurídica.

Así las cosas en esta investigación se plantea como problema a resolver, si ¿El cambio de paradigma introducido por la ley 1760 de 2015 tanto en el párrafo 2 del art. 308 C.P.P. dirigido a que “*el juez de control de garantías deberá valorar de manera suficiente si en el futuro se configurarán los requisitos para decretar la medida del aseguramiento*”, y del inciso primero del artículo 310 C.P.P, en torno a la necesidad de la detención preventiva del imputado por constituir “*un peligro futuro*” para la seguridad de la comunidad, deviene en indeterminación de la norma penal?

Para cumplir los objetivos propuestos, la metodología a seguir será en primer orden abordar el tema de la obligación de la determinación normativa en la dogmática penal, seguidamente, se tratará el punto de vista en general en el escenario internacional, para continuar con la concepción en la Carta Política de nuestro país y cuál ha sido la posición de la Corte Constitucional en el acuñamiento de dicho concepto, a través de las posturas adoptadas en sus diferentes decisiones. Seguidamente se analizará la producción legislativa colombiana respecto de las normas orientadas para los jueces con función de control de garantías respecto de los requisitos a seguir para la imposición de las medidas de aseguramiento, privativas de la libertad fundadas desde el concepto de “peligro que pueda representar el imputado para la comunidad consagradas en las leyes 906 de 2004, 1142 de

2007, 1453 de 2011 y ley 1760 de 2015; trayendo a colación las diferentes exposiciones de motivos que han tenido cada una de las leyes en comento y sus modificaciones, atendiendo el momento histórico de las mismas.

Todo lo anterior permitirá develar que el legislador colombiano no ha mantenido una política criminal clara acorde a los principios rectores del sistema acusatorio vigente, problema que si bien no es el que ocupa este trabajo, inevitablemente debe tenerse en cuenta por cuanto es la base de la producción normativa que ha desconocido la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional sobre la determinación normativa exigida para todos los campos del derecho pero con mayor rigurosidad en materia penal, y dentro de esta, sobre privación de la libertad en forma cautelar, que por introducir conceptos ambiguos, imprecisos, equívocos, indeterminados, vulneran los principios que van estrechamente ligados a aquél, cuales son el de legalidad y seguridad jurídica, y que provocan decisiones diferentes en casos similares; provocando que la cuestión de fondo para determinar cuando una persona es un peligro para la comunidad a fin de detenerle preventivamente quede a la discreción del Juez de Garantías, situación que, además de vulnerar los principios ya enunciados, genera en la ciudadanía incertidumbre sobre lo que realmente se tiene en cuenta al momento de afectar ese sagrado derecho fundamental.

I. Obligación de Determinación de las Normas Jurídicas

1.1. La Discusión Dogmática

El sistema jurídico es el sistema de enunciados que contienen consecuencias normativas como “enunciados prescriptivos de sanciones, es decir, entre cuyas consecuencias hay normas o soluciones cuyo contenido es un acto coactivo.” Y entonces “norma jurídica” será toda norma que forme parte de un sistema jurídico. (Alchourrón & Bulygin, 1975, p.106).

La norma se formula por medio del uso del lenguaje, una vez promulgada se establece la relación entre autoridad y sujeto. “...el acto normativo se ha ejecutado...es decir se ha emitido y está en vigor, una prescripción” (V, Wright, 1979, p.140). No obstante el lenguaje natural trae consigo problemas de naturaleza terminológica, por ejemplo de ambigüedad, vaguedad, emotividad, que no permiten que esa relación autoridad – sujeto sea eficaz, como que, éste último no comprenda que es lo que en realidad la norma le está prohibiendo, permitiendo o sancionando. Y que a su vez tampoco pueda ser ejecutada bajo la misma premisa por los operadores jurídicos.

Cuando un término contiene una referencia precisa, clara y bien determinada, decimos que se trata de un término cerrado o rígido. Por el contrario, los términos que contienen una referencia difusa se denominan flexibles, abiertos, elásticos, o vagos. *“Las exigencias de taxatividad en la determinación del ámbito de lo punible, dimanantes del significado esencial del principio de legalidad, requieren que la formulación de los tipos se lleve a cabo mediante términos rígidos, en los que la discrecionalidad del intérprete quede reducida al mínimo”* (Cobo & Vives, 1987, p.308).

Consideramos que es pertinente recordar que, la ambigüedad se refiere a que el concepto o término puede ser entendido de diferentes maneras, o puede que tenga diversos significados, pero entendemos según CARRIO (1990) *“...el significado de las palabras está en función del contexto lingüístico en que aparecen y de la situación humana dentro de la que son usadas”*(p.29). La vaguedad por su parte ya no es posibilidad de varios significados sino *“la falta de certeza de éstos”* y la emotividad tendrá que ver con el recibo que en cada persona tiene el término de que se trate, (Peces & Barba, 2000, p.22).

En todo caso siendo la norma un producto del intelecto del legislador que se verte en su lenguaje, ya promulgada recae en los jueces su aplicación en casos concretos, mediante la construcción de silogismos y argumentos jurídicos, no de otra manera se puede entender una decisión judicial, del artículo *“sentencia judicial y creación del derecho”* (Bulygin, 1966, p. 355), se puede extraer que ella se divide en parte resolutive o sea la norma

individual, y la parte considerativa que contiene las razones de orden jurídico que justifican la decisión. No existirán pues, decisiones judiciales que no tengan como base una norma. Desde los tiempos de BECCARIA, ello estaba claro: “En todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto. Pondráse cómo mayor la ley general, por menor la acción conforme o no con la ley, de que se inferirá por consecuencia la libertad o la pena”. (Beccaria, 1992, p.31). Deviene desde luego que la premisa mayor (norma) se encuentre determinada de tal manera que si bien admite criterios de interpretación, no deje posibilidad de aplicación al producto de la subjetividad del operador jurídico, de tal forma que la conclusión sea similar para casos similares. El silogismo no será válido si la premisa mayor es indeterminada.

Examinadas las posiciones de diferentes autores sobre el tema de indeterminación normativa, nos parece que Riccardo Guastini recoge sencilla pero acertadamente el concepto de “*indeterminación en contextos teóricos –jurídicos*” indicando que se puede presentar por vaguedad, equivocidad, incompletitud, textura abierta, conflicto o falta de identificación de normas vigentes. (Guastine, 2010, p.128).

Frente a la indeterminación normativa aparecen dos clases de casos según el autor traído a colación, los que caen en el ámbito de la norma, es decir que ella los regula, y los “*dudosos*” de los cuales es posible indicar con “*igual razón*” que están y no están regulados por la norma. (Guastine, 2010, p.129).

Conocidas las situaciones que provocan indeterminación normativa, entremos a mirar desde el punto histórico como han concebido los filósofos del derecho la obligación de determinación de la norma. Por su parte Kelsen traído a colación por (Amado, 1996, p.16), establece los niveles jerárquicos de las leyes, con una interrelación entre ellas, de manera que los escalones siempre tendrán nexo tanto formal como material. Para él, en la parte intermedia se encuentran las normas generales que se aplican por los órganos judiciales, y que cumplen dos funciones “...*determinar esos órganos y los procedimientos que deben observar*” y “**determinar el contenido** de las normas individuales producidas en esos procedimientos judiciales...”. (Subrayas y negrilla fuera de texto).

Siguiendo con el pensamiento de Kelsen analizado por García Amado, “...no solamente **el contenido de las leyes sino el de todos los demás preceptos** de un orden jurídico, así como las decisiones judiciales y administrativas, pueden hallarse determinados por la Constitución” (García, 1995, p.148), se tiene que las normas inferiores en su contenido además de ser claras e inequívocas, han de corresponder al mandato de determinación que ha fijado la Constitución. (Subrayas y negrillas fuera de texto)

Respecto del contenido de la norma y su determinación conocemos todos el enfrentamiento sobre el derecho concebido como el conjunto de normas, entre Dworkin y Hart, mientras que para el primero el Derecho es “*completo*” luego los jueces carecen de

discreción (Dworkin, 1989, p.127) para el segundo es “*indeterminado e incompleto*” y por eso lo jueces en sus decisiones tienen discreción y por tanto “*poder de creación normativa*”.

Hart parte del criterio según el cual aun contando con un ordenamiento jurídico conformado por reglas, ni estas ni los precedentes permitirán un único resultado, pues en los “*casos importantes*” como él los llamó y que son los “*casos difíciles*” (Dworkin, 1993, p.32) el juez tiene que elegir entre varios posibles significados del texto legal. De ahí que las reglas jurídicas pueden tener un núcleo central de significado indiscutido, y en algunos casos puede ser difícil imaginar un debate acerca del significado de la regla (Dworkin, 1993, p.15) Así las cosas, Hart reconoce que en las reglas hay “*un límite, inherente en la naturaleza del lenguaje*” (Hart, 1961, p.157) y por eso cualquiera sea la técnica legislativa en el momento en que en algún punto se cuestione aparece la indeterminación, y las zonas de penumbra de la norma, que puede morigerarse si se tiene en cuenta el llamado principio legislativo de integridad, que hace referencia a que “*los legisladores traten de hacer del conjunto total del derecho, en cada acto de aplicación, un conjunto moralmente coherente*”. (Dworkin, 1988, p.217). El principio judicial de integridad es, siguiendo el pensamiento de este autor, la identificación por parte del juez de “*derechos y deberes jurídicos (...) suponiendo que todos ellos fueron creados por un único autor (...) Las proposiciones de derecho son verdaderas si figuran en o se siguen de los principios de justicia, equidad y debido proceso que proveen la mejor interpretación constructiva de la práctica jurídica de la comunidad*” (Dworkin, 1988, p.225)

Entonces sí el Juez es el que completa la norma de acuerdo a su particular modo de interpretarla crea derecho, pero esa creación debe estar sujeta a la vez a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico, así lo entendemos de Dworkin quien en contravía de lo propuesto por Hart, indica que el mundo jurídico no está compuesto solo por las reglas sino también por los principios jurídicos que son los que determinan cuando un juez puede rechazar o alterar una regla establecida y cuando no puede hacerlo. Consecuencia de lo precedente, la respuesta correcta a los “*casos difíciles*” es aquella que cuenta con los mejores argumentos según las interpretaciones que están en juego, pero para eso según Dworkin (1986) “...*se requiere una teoría normativa que permita juzgar cuándo una interpretación resulta ser la mejor justificación de la práctica jurídica (p.p.4-15).*”

Se impone entonces como necesario, que la ley tenga una descripción clara e inequívoca de los hechos y las consecuencias jurídicas, con el fin de que si bien pueda admitir interpretaciones, sea previsible, como lo acota Atienza, cuando plantea que la orientación que pueden tener las normas jurídicas puede ser de tipo social, histórico, crítico social, político; pero con un límite pues en otro caso la dogmática dejaría sencillamente de ser un mecanismo que facilita el funcionamiento y desarrollo del derecho válido, velando al mismo tiempo por la seguridad jurídica (Atienza, 2009, p.243) al punto que, de un tiempo acá, como

respuesta al constante cambio de las sociedades ha aparecido una nueva profesión jurídica: la del “*draftman* o redactor de normas jurídicas” (Atienza, 2009, p.247).

Sobre lo que se debe entender como la teoría de la legislación Garcia Amado en sus ensayos de filosofía jurídica. Cita a Noll, indicando que si como en democracia, el pueblo mismo es en última instancia el legislador, tanto el surgimiento como el contenido de las leyes deben ser accesibles y transparentes para todos, racionalmente controlables, y esto implica que la legislación puede ser objeto de enseñanza (Amado, 2003, p. 16).

Así también lo concibe Habermas lo que él llama la racionalidad legislativa con base en un principio de “universalización” (generalización de intereses) de las normas en el cual se finca el criterio de validez en tanto permita que los afectados como participantes en un discurso práctico las acepten. (Habermas, 1987, p.73).

1.2. Problemas de la indeterminación normativa

Corolario de lo expuesto en precedencia es que, la indeterminación normativa conlleva problemas como que sí en últimas quien completa la norma es el juez es éste el que crea derecho, de manera que se confunde el órgano que produce la ley, y de otra parte el

contenido indeterminado irrespeta el principio de legalidad, del cual retomamos el planteamiento que lo recoge, formulado por Clauss Roxin: un Estado de Derecho debe proteger al individuo de una intervención excesiva de su potestad punitiva que siempre debe existir antes de la sanción, luego el principio de legalidad, “...sirve para evitar una *punición arbitraria y no calculable sin ley o basada en una ley imprecisa o retroactiva*” (subraya y negrilla fuera de texto). (Roxin, 1997, p.137). Valga decir en el tema de afectación del derecho a la libertad por ser derecho fundamental se exige que la norma jurídica que tenga por objeto limitarlo debe ser “(i). *Escrita, expresa, taxativa, clara*; (ii) *no admite interpretación analógica, extensiva ni deductiva en otras modalidades* y (iii) *solamente admite interpretación literal.*” (Subrayas y negrillas fuera de texto) (Gonzalez & Cuellar, 1990, p.69).

La indeterminación normativa además conlleva inseguridad jurídica pues los asociados no saben a qué atenerse, en contravía a lo que un estado democrático debe ofrecer, esto es seguridad jurídica orientada a las normas en su creación y derogación, pero también a los criterios preestablecidos que encausen la acción judicial, así lo deja expuesto Peces Barba, al indicar que entre otros puntos la seguridad jurídica va dirigida a la interpretación normativa que hacen los jueces para evitar la arbitrariedad y “*excesiva autonomía interpretativa*” (Barba, 2000, p. 328). De manera que si esos principios generales de interpretación para los jueces no se encuentran determinados, entra en juego la discrecionalidad judicial.

Se colige de lo anterior que la falta de determinación de la norma, por el uso de términos vagos como “peligro futuro”, y analizar “a futuro si se reúnen los requisitos para imponer la detención preventiva al imputado en Colombia a partir de la ley 1760 de 2015, dejara a la discreción del juez tal decisión que afecta un derecho fundamental cual es la libertad personal.

Es entonces necesario abordar el tema de la discrecionalidad judicial, La cual según DWORKIN (1967) puede ser “*discrecionalidad débil o fuerte*” (p.14), la primera se presenta cuando existen términos vagos o difíciles, que el funcionario judicial no puede aplicar mecánicamente, sino requiere el uso de su opinión y la segunda que en algunas cuestiones el funcionario no se encuentra vinculado por las pautas, sino al alcance de las mismas. En torno al problema de discrecionalidad judicial por normas indeterminadas, se dice “...*cuando los jueces resuelven un caso que cae en zona de indeterminación lo que hacen es crear derecho para el caso en cuestión*”. (Bulying, 1966)

Por su parte Alexy, sobre el mismo tema de discreción judicial indica que si la regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos”. Pues, “las reglas contienen **determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible**”

(Alexi, 1993, p.86 y s) subraya y negrilla fuera de texto.

Así las cosas las normas no pueden contener conceptos imprecisos o simplemente indeterminados que conlleven a su inaplicación en la práctica por no estar en el mundo de lo posible.

Según análisis del profesor Rafael de Asís el tema de determinación de la norma es “la exigencia de plenitud” que tomando sus palabras no es partir del supuesto de que las normas solucionan directamente todo conflicto jurídico sino “*más bien la existencia de una respuesta siempre por parte del Derecho*” El Juez y la motivación en el derecho. (Asis, 2005, p.42) Es decir que si existen “lagunas normativas” serán colmadas por los mecanismos que el mismo ordenamiento ha creado, y si ellos no lo solucionan entonces es un asunto que no entra en el ámbito jurídico. (Asis, 2005, p.30 y s)

1.3. En el campo internacional

El principio de legalidad que impone la obligación de determinar claramente la ley penal sea subjetiva o adjetiva, ha sido consagrado en el Art. 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (1948), el Art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas (1966), aprobado en Colombia por la Ley 74 de 1968, y el Art. 9º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) (1969), aprobada en Colombia por la Ley 16 de 1972. Todos dirigidos en el tema del proceso penal

a que “a nadie se le puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”. Expresión que si bien tiene que ver con la pena, denota que cualquier determinación respecto a la afectación o injerencia a los derechos fundamentales del procesado, entre ellos los de dignidad humana, debido proceso, legalidad, derecho a la libertad personal, que es el que interesa para este trabajo, siempre debe estar fijado previamente en la ley.

1.3.1 Definición de Ley según la Convención Americana de Derechos Humanos

El artículo 30 de la Convención define ley “*como norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes*”. Con lo cual se infiere que la Corte Interamericana no considerara válidas las restricciones a los derechos reconocidos por la Convención Americana, cuando provienen de una norma que no satisface las condiciones establecidas en su definición de “*ley*”.

1.4. La Constitución Política de Colombia y la determinación normativa

Constitución Política en el artículo 4 señala que ella es la norma de normas y es la que se debe aplicar en caso de incompatibilidad con otra norma. De otra parte, en el (art

29 CP). Fija las reglas de forma clara e inequívoca, de lo que los ciudadanos hemos de exigir cuando nos enfrentemos a un proceso judicial o administrativo. Esta norma superior establece que no podremos ser juzgados sino por leyes preexistentes al acto que se nos imputa (Subraya y negrilla fuera de texto)

Para los jueces en tanto, la carta en su (art 230 CP) les indica que en “*sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial*”. (Subrayado y negrilla fuera de texto). Solo podrán cumplirse cada uno de esos mandatos constitucionales, en la medida en que la ley sea clara, inequívoca, es decir determinada; que si bien permita aplicar métodos de interpretación llamase gramatical, sistemático, teleológico etc. no deje posibilidad de aplicar la subjetividad del operador judicial. Es el cumplimiento estricto del principio de legalidad.

1.5 Posición de la Corte Constitucional

Sobre la determinación normativa la Corte constitucional dirige sus decisiones en torno a indicar que el poder de configuración legislativa no es absoluto, precisamente porque las leyes deben armonizarse con principios fundamentales garantizados en la carta y con descripciones comprensibles para todos los asociados.

Aun cuando la Corte Constitucional no ha tratado directamente el tema de la indeterminación normativa en el proceso penal, luego no podemos decir que exista línea jurisprudencial al respecto, sí hace alusión de su prohibición en varias de sus sentencias, de las cuales se han extraído las más relevantes, como que recogen las garantías constitucionales a respetarse en el debido proceso penal, tenemos la Corte constitucional, sentencia C 038 de 1995 febrero 9 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero, que fija las bases constitucionales a tener en cuenta por parte del legislativo en materia de producción de normas de carácter penal, y le fija derroteros en el cumplimiento de su labor, veamos;

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

En esta misma decisión la Corte Constitucional hizo énfasis al límite del poder de configuración del legislador, en síntesis:

“El Legislador tiene frente a la Constitución una relación compleja puesto que ésta es tanto de libertad como de subordinación. El Legislador no puede desbordar la Constitución y está subordinado a ella porque la Carta es norma de normas. Pero, en función del pluralismo y la participación democrática, el Legislador puede tomar diversas opciones dentro del marco de la Carta.”

Dentro de las garantías de debido proceso se reconoce la relevancia del principio de legalidad, y deja claro que viene ligado íntimamente a la predeterminación de la norma, en torno a ello aparece por ejemplo la sentencia del 3 de marzo de 1999, siendo M.P. Carlos Gaviria, así:

“El principio de legalidad garantiza la seguridad jurídica de los ciudadanos por cuanto les permite conocer cuándo y por qué motivos pueden ser objeto de penas ya sean privativas de la libertad o de otra índole evitando de esta forma, toda clase de arbitrariedad o intervención indebida por parte de las autoridades penales respectivas... Del principio de legalidad se deriva el de la tipicidad, al cual se ha referido la Corte en varios pronunciamientos. La ley debe describir con precisión razonable los elementos generales del delito, es decir, los distintos tipos penales con su consecuente sanción. La Constitución

prohíbe la vaguedad o ambigüedad de las normas penales.”. (Subrayas y negrillas fuera de texto)

Es clara entonces la necesidad de que las normas sean absolutamente determinadas, ya que el delincuente “realiza el tipo penal de la ley, es decir no viola para nada la ley penal” (Kaufmann, 1977, p.3), y de ello se desprende su responsabilidad penal.

Mediante sentencia C-559 de 1999 de agosto 4 de 1999, siendo magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero, se declaró la inconstitucionalidad de dos tipos penales sobre contrabando en razón de “*la ambigüedad de la descripción penal.*” Dijo la corte “*...Por paradójico que suene, en materia penal el principio de legalidad vincula no sólo a los jueces sino también al propio legislador pues ese principio constitucional consagra un doble mandato: así, ordena a los jueces que sólo sancionen conductas previamente establecidas en la ley, pero a su vez, impone al Legislador el deber de definir de tal manera las conductas punibles, que éstas sean inequívocas y empíricamente verificables. Sólo así los jueces estarán verdaderamente sometidos a la ley y se asegura el derecho de defensa de los acusados, quienes tienen entonces la posibilidad de refutar en el proceso las acusaciones precisas que les formula el Estado. En tales circunstancias, la Corte concluye que la mala redacción de una norma que define un hecho punible no es un asunto de poca monta sino que tiene relevancia constitucional, puesto que puede afectar el principio de legalidad penal estricta, ya que no queda clara cuál es la conducta que debe ser sancionada. Por ende, si en general en todos los campos del derecho,*

la buena técnica jurídica es siempre recomendable, en el campo penal es no sólo importante sino necesaria, pues los defectos de redacción de una disposición, que generen ambigüedad penal, pueden implicar la inconstitucionalidad de la norma en cuestión.” (Subrayas y negrillas fuera de texto)

La misma decisión se tomó en la sentencia C-843 de 1999, de 27 octubre de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero, en la cual el tema eje a tratar fue “*El principio de legalidad penal excluye la ambigüedad en la descripción de penas y la indeterminación en los procedimientos*” y declaró contraria a la Constitución una norma sancionatoria dirigida a las personas jurídicas en materia ambiental, pues ella no predeterminaba claramente las conductas punibles, las sanciones y el procedimiento para imponerlas.

Sobre el tema de determinación normativa en esta decisión se dijo:

“no sólo que las conductas punibles deben estar descritas inequívocamente sino que las sanciones a imponer deben estar también previamente predeterminadas, esto es, tiene que ser claro cuál es la pena aplicable, lo cual implica que la ley debe señalar la naturaleza de las sanciones, sus montos máximos y mínimos, así como los criterios de proporcionalidad que debe tomar en cuenta el juzgador al imponer en concreto el castigo. En efecto, según la Carta, nadie puede ser juzgado sino "conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa" (CP art. 29), lo cual significa, para lo relativo a la pena, que es el legislador, única y exclusivamente,

el llamado a contemplar por vía general y abstracta la conducta delictiva y la sanción que le corresponde. Por su parte, el artículo 15-1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 9º de la Convención Interamericana señalan que a nadie se le “puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”, lo cual significa que la pena tiene que estar determinada previamente en la ley pues sólo así puede conocerse con exactitud cuál es la pena más grave aplicable.”.

También en la sentencia C-739 de 2000, de junio 22 de 2000, siendo M.P. Fabio Morón Díaz, resalta el principio de legalidad como garantía constitucional de la siguiente manera:

“Es claro que en el artículo 29 el Constituyente de 1991 consagró de manera expresa el denominado principio de legalidad, “nullum crimen, nulla poena sine lege”, principio tradicionalmente reconocido y aceptado como inherente al Estado democrático de derecho, sobre el cual se sustenta la estricta legalidad que se predica del derecho penal, característica con la que se garantiza la no aplicación de la analogía jurídica en materia penal, la libertad de quienes no infringen la norma, y la seguridad para quienes lo hacen de que la pena que se les imponga lo será por parte del juez competente, quien deberá aplicar aquella previamente definida en la ley.” En esta sentencia la Corte declaró la inconstitucionalidad parcial del artículo 6 de la Ley 422 de 1998, que tipificaba el delito de acceso ilegal o prestación ilegal de los servicios de telecomunicaciones, en razón de que contenía algunas normas demasiado amplias y equívocas.

*LA DETENCION PREVENTIVA EN EL SISTEMA ACUSATORIO
COLOMBIANO.
CAMBIO DE PARADIGMA DEL INCISO 1 DEL ART. 310 C.P.P.
Flor Ángela Orjuela Sanabria*

En Sentencia C-829-01, la corte explica la relevancia del principio de legalidad así:

El estricto respeto del principio de legalidad del delito, el proceso y la pena, tiene varias razones de ser. Por una parte, constituye una manifestación del principio de separación de los poderes públicos: A los Estados de derecho les repugna la idea de que quien tiene el poder de reglamentar la ley o de ejecutarla, tenga también la facultad de promulgarla y esto es así desde el surgimiento de la modernidad política. Por otra parte, la determinación legal del delito, el proceso y la pena por parte de la instancia legislativa, asegura que las decisiones que se tomen respecto de esos ámbitos, tan ligados a los derechos fundamentales de la persona, sean tomadas luego de un intenso proceso deliberativo en el que se escuchan todas las fuerzas políticas con asiento en el parlamento. Así, al ciudadano se le otorga la garantía de que las leyes que regulan su existencia han sido expedidas con el concurso de sus representantes. Finalmente, el estricto respeto del principio de legalidad en esas materias es también una garantía de seguridad jurídica: Se desvanece el peligro de que las prohibiciones, los procesos y aún las penas, por no estar específicamente determinados, sean urdidos sobre la marcha y, en consecuencia, acomodados a las urgencias coyunturales que asalten a sus reglamentadores o ejecutores. De allí que esta Corporación haya indicado que “En desarrollo del principio de legalidad del proceso, todos los elementos de éste deben estar íntegra y sistemáticamente incorporados en la ley, de manera

LA DETENCION PREVENTIVA EN EL SISTEMA ACUSATORIO
COLOMBIANO.
CAMBIO DE PARADIGMA DEL INCISO 1 DEL ART. 310 C.P.P.
Flor Ángela Orjuela Sanabria

que no pueden, ni las partes, ni el juez, pretender que el mismo discurra por cauce distinto al previsto en la ley” (C-829 del 8 de agosto de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil)

En sentencia C-101 de 2004, del 10 de febrero de 2004 siendo M.P. Jaime Córdoba Triviño la Corte hizo énfasis en el respeto estricto y la razón de ser del principio de legalidad del delito, el proceso y la pena, en los siguientes términos:

“13. La conducta punible, el proceso y la pena son las categorías fundamentales del sistema penal. En las sociedades civilizadas cada una de esas categorías debe ser determinada por la ley y debe estarlo de manera cierta, previa y escrita. Cierta, por cuanto debe definirse con certeza el ámbito de las prohibiciones, procesos y sanciones de tal modo que los ciudadanos sepan a qué atenerse en su diaria convivencia. Es decir, con seguridad deben conocer qué comportamientos no están permitidos, a qué reglas procesales se somete la persona a la que se le impute una conducta prohibida y cuáles son las consecuencias sobrevinientes en caso de ser encontrado responsable de ella. Previa, en cuanto se trata de decisiones normativas que deben ser tomadas por la ley antes de los hechos que generan la imputación penal. Esto es, las normas que configuran las conductas punibles, los procesos y las sanciones deben estar predeterminadas. Y escrita, por cuanto se trata de normas con rango formal de ley. Es decir, para la predeterminación de la conducta punible, el proceso y la pena, existe reserva de ley.

LA DETENCION PREVENTIVA EN EL SISTEMA ACUSATORIO
COLOMBIANO.
CAMBIO DE PARADIGMA DEL INCISO 1 DEL ART. 310 C.P.P.
Flor Ángela Orjuela Sanabria

A su vez la Corte Constitucional en sentencia C- 123 del 17 de febrero de 2001, M.P. Marco Monroy Cabra al examinar el principio de legalidad de la privación preventiva de la libertad manifestó:

“El principio mencionado aplica no sólo para quien es privado de la libertad como sanción definitiva por haber transgredido la normatividad penal, sino a favor de quien es retenido temporalmente, como resultado de la adopción de una medida preventiva. Tal subordinación tiene fundamento en el hecho de que, aunque la privación preventiva de la libertad no constituye la imposición de una sanción penal - pues durante la etapa instructiva no existe convicción sobre la responsabilidad penal del sujeto indagado- aquella afecta de manera directa el núcleo esencial del derecho fundamental a la libertad. Por lo anterior, las exigencias que emanan del principio de legalidad de la pena impregnan también el de la legalidad de la privación preventiva de la libertad, y es esta la razón por la cual las categorías que regulan el primero son plenamente aplicables al segundo. Si nadie puede ser sancionado por motivos previamente establecidos en la ley, tampoco puede ser temporalmente privado de la libertad cuando dichos motivos no existen.

Se observa como principio de legalidad y determinación normativa van estrechamente ligados, pues de nada sirve que exista ley previa si esta no es clara e inequívoca, y ello aplica tanto a los tipos penales como la sanción y la afectación de los derechos fundamentales, para los fines de este trabajo. El de la libertad personal.

*LA DETENCION PREVENTIVA EN EL SISTEMA ACUSATORIO
COLOMBIANO.
CAMBIO DE PARADIGMA DEL INCISO 1 DEL ART. 310 C.P.P.
Flor Ángela Orjuela Sanabria*

Sobre la utilización de términos ambiguos, vagos tenemos la Sentencia C-350 de 20 de mayo de 2009, con ponencia de la Honorable Magistrada Maria Victoria Calle, cuya demanda va dirigida a la declaración de inconstitucionalidad del numeral 9 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002, se trata de un tema de derecho disciplinario, que incluye en la norma objeto de estudio, los términos “moral y buenas costumbres”.

En la decisión, La corte indica que el lenguaje jurídico debe ser el mismo natural, pero en ocasiones aparecerán problemas por el empleo de conceptos ambiguos, vagos o de textura abierta.

La Constitución no es un conjunto de palabras, sino un sistema de reglas y principios por tanto no hay lugar a analizar si un concepto o palabra es inconstitucional lo que es correcto es que se ataque los actos administrativos y el uso y consecuencias jurídicas que se les dé, por cuanto la indeterminación compromete el principio de legalidad que en últimas es el que da seguridad jurídica a los ciudadanos pues les permite prever las consecuencias de su actos. Todo ello se reduce al respeto del debido proceso del art. 29 C.N.

“...la defensa material del principio de legalidad y de las libertades personales, ha llevado a que la Corte Constitucional sea más estricta en el control de las normas sancionatorias que por su grado de indeterminación puedan poner en riesgo los derechos fundamentales de las personas, no obstante reconocer la amplia facultad del legislador para

fijar sanciones disciplinarias a los funcionarios públicos, en especial en contraste con las sanciones de carácter penal, pero señalando el límite que tal facultad encuentra en los derechos fundamentales.”(Corte Constitucional, Sentencia C 350, 2009.)

En el mismo sentido analiza la Corte, que las normas acusadas extralimitaban el grado de indeterminación que es aceptable constitucionalmente: encontrando en efecto que *“los literales acusados describen conductas sancionables a través de conceptos absolutamente imprecisos, lo cual conduce a que sea el juzgador, según sus criterios subjetivos, el que los llene de contenido” (Corte Constitucional, sentencia C 350 de 2009).*

Y es que la corte constitucional dejó sentado que la norma debe ser clara a fin de ser entendida por los ciudadanos y no debe dar lugar a la discrecionalidad del juzgador, pues si bien algunos conceptos que no son precisos en otras ocasiones han sido declarados exequibles lo han sido en la medida que pueden ser reconocidos por la ciudadanía.

Otra referencia de la doctrina Constitucional que se ocupa del caso, se encuentra el expediente de referencia D-934, donde se Demanda la inconstitucionalidad del artículo 16 (parcial) de la Ley 393 de 1997 *“por la cual se desarrolla el artículo 87 de la Constitución Política”, según demanda presentada por los ciudadanos Eudoro Echeverri Quintana, Katherine Carvajal Diez, Jonathan Durán Ramírez y Juan Sebastián Sepúlveda Salazar, y ponencia del Honorable Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva:*

“El procedimiento judicial es el escenario estatal que, por definición, debe estar conformado de manera que garantice los derechos constitucionales y sirva de espacio para su realización. Esto conlleva que cuando la legislación que regula dicho trámite, en vez de propiciar esa eficacia se configura como barrera para su ejercicio efectivo, resulte contrario a los principios y valores previstos en la Carta. Sobre el tópico, este Tribunal ha indicado que el legislador no está facultado para prever, bajo el simple capricho o la arbitrariedad, las ritualidades procesales, “... pues no puede desconocer las garantías fundamentales, y debe proceder de acuerdo con criterios de proporcionalidad y razonabilidad, a fin de asegurar el ejercicio pleno del derecho de acceso a la administración de una justicia recta. Por ello las leyes que establecen procedimientos deben propender por el hacer efectivos los derechos de defensa, de contradicción, de imparcialidad del juez, de primacía de lo substancial sobre lo adjetivo o procedimental, de juez natural, de publicidad de las actuaciones y los otros que conforman la noción de debido proceso”.

Sobre el tema concreto de la norma procedimental penal encontramos el pronunciamiento de la Corte Constitucional, para el tema que hemos abordado, sobre la detención preventiva en la sentencia C-695 de 9 de octubre de 2013, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, en la cual trae a

colación su anterior sentencia C-123 de 17 de febrero de 2004 cuyo Ponente fue el Dr. Marco Monroy Cabra en la que se expresó:

*“No es suficiente que los supuestos fácticos por los cuales el legislador considera que una conducta delictiva da lugar a la imposición de una medida de aseguramiento se encuentren establecidos en la ley, pues es imperativo además que aquéllos sean claros, precisos y unívocos, esto es, **deben excluir cualquier ambigüedad previsible y deben abstenerse de hacer generalizaciones y abstracciones que pudieran minar la seguridad jurídica de los asociados.**”*

(Subrayas y negrillas no están en el texto original)

La sentencia C-695 de 2013 resolvió la demanda de inconstitucionalidad de la expresión “(...) o que no cumplirá la sentencia” numeral 3 art. 308 C.P.P. Es importante precisar que dicha expresión fue atacada por considerarse que dos hechos muy probablemente ocurrirán, primero que el imputado será condenado y segundo que no va a cumplir la sentencia. Precisamente ese era el cargo que el actor elevó a esa expresión, por vulnerar el principio de presunción de inocencia y adelantarse a que el imputado sería condenado. Vulnerando los principios de legalidad y del debido proceso.

La Corte en esta decisión recoge la línea jurisprudencial sobre el tema de la medida de aseguramiento de detención preventiva y recalca que debe estar sujeta al principio de legalidad

de la sanción, porque aunque se trata de institutos diferentes en su fines, como que la primera es cautelar y la otra es punitiva, para ambas es exigible respetar el principio de legalidad que en últimas es la determinación de la norma penal. En este sentido la Corte ha manifestado:

*“Acorde con la doctrina, la jurisprudencia de la Corte ha puntualizado que esa reserva judicial para la referida limitación, guarda relación con el “principio de legalidad de la privación preventiva de la libertad”, el cual deviene del “principio de legalidad de la sanción penal”, de modo que las exigencias para la aplicación de este último se hacen extensivas a aquéllas, aunque no se trate de una definición por haber transgredido la normatividad penal, sino de una prevención. Mientras se determina la responsabilidad, sin que ello constituya la **imposición de una sanción penal**, habida cuenta que su naturaleza es cautelar y con carácter meramente instrumental o procesal, mas no punitivo” (Corte constitucional, sentencia 695 de 2013)*

Se colige entonces, de conformidad con lo planteado por la Corte Constitucional que es absolutamente necesario que para que una persona pueda ser privada de la libertad en forma cautelar los motivos para ello deben estar previamente establecidos por la ley, pero que los mismos además han de ser claros e inequívocos, no se permiten términos ambiguos como el que empleo el legislador de la ley 1760 de 2015, “peligro futuro”, como lo veremos más adelante al analizar esta ley.

II. El peligro para la comunidad del Imputado en Colombia

2.1. Antecedentes

La política criminal se instituye en un conjunto de directrices (instrumento legal) que guían las decisiones que toma el poder político y proporcionan los argumentos para su crítica. La política criminal “cumple, por ende, una función de guía crítica” (Zaffaroni, 2000). Es oportuno entonces, recordar cual ha sido la redacción de los artículos 308 y 310 C.P.P. desde la ley 906 de 2004 al día de hoy. Y especialmente determinar cuáles han sido las razones que llevaron al legislador a hacer modificaciones de los conceptos de gravedad del hecho y peligro para la comunidad a fin de justificar la detención preventiva del imputado. Así mismo cual fue la postura de la corte Constitucional al analizar la exequibilidad de los mismos.

El artículo 308 de la ley 906 de 2004, desde su creación ha permanecido igual sobre los requisitos para imponer medida de aseguramiento e indica lo siguiente:

“El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos:

1. *Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.*
2. *Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.*
3. *Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.”*

El artículo 308 C.P.P. es la base normativa para la imposición de cualquier medida de aseguramiento, trátase de privativa o no de la libertad. No obstante cada uno de los fines que allí se exponen se desarrollan en los artículos subsiguientes, sobre el peligro para la comunidad tenemos el art. 310 ibídem. Que originariamente en la ley 906 de 2004 en su inciso primero se decía lo siguiente:

*“ARTÍCULO 310. 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 tenerse en cuenta** las siguientes circunstancias”:*
(subrayado y negrilla fuera de texto)

Exposición de motivos sobre el peligro para la comunidad para imponer detención preventiva de la ley 906 de 2004:

“...En consecuencia, no bastará con evidencias de las cuales se pueda inferir la autoría o participación en la comisión de un delito, sino que se torna indispensable que la privación

*de la libertad devenga necesaria en razón del pronóstico positivo que se elabore, a partir de tres premisas básicas: que el imputado estando en libertad pueda obstruir el curso de las investigaciones; que pueda darse a la fuga; o que, **por la naturaleza del hecho investigado, constituya un peligro para la sociedad o las víctimas del delito.** (Subrayado y negrilla fuera de texto) (Gaceta del Congreso de la República de Colombia, 2002).*

Se aprecia cómo, el legislador de 2004 pretendía que la privación cautelar de los procesados en el sistema procesal llamado acusatorio fuera realmente excepcional y por ello, era obligatorio realizar un pronóstico individual, que con base en criterios objetivos, le permitieran al juez determinar que la detención preventiva era la única medida a aplicar en determinado caso. Es así, que en el art. 310 C.P.P. enunció una serie de circunstancias que obligatoriamente se analizarían para tal efecto: la continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales; el número y naturaleza de delitos imputados; el hecho de estar acusado, o con medida de aseguramiento o mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional; o tener condenas vigentes por los mismos.

Pero con tan solo dos (2) años de vigencia de la ley 906 de 2004, aparece la ley 1142 de 2007 art. 24, modificó el inciso 1 del art. 310 C.P.P. de la ley 906 de 2004 así: “*Peligro para la comunidad. Para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad, **será suficiente la gravedad y modalidad de la conducta punible.***”

Sin embargo de acuerdo con el caso, el juez podrá valorar adicionalmente alguna de las siguientes circunstancias:...” (Subrayado y negrilla fuera de texto). Los 4 numerales de dicho artículo se mantuvieron iguales, pero al decir el “juez podrá” simplemente en la práctica judicial ya no se tuvieron en cuenta si no que se regresó a la connotación de gravedad del hecho como supuesto para indicar que el imputado era un peligro para la comunidad.

La exposición de motivos sobre la detención preventiva justificada en el peligro para la comunidad de la ley 1142 de 2007 fue del siguiente tenor:

“En la fase normativa, el legislador debe asegurarse de que las normas jurídico penales, tanto las procesales como las sustanciales respondan de manera adecuada a las necesidades político criminales de seguridad comunitaria imperantes. Por ello, si desde el punto de vista práctico las autoridades de manera eficiente logran capturar y enjuiciar a las personas que han llevado a cabo conductas punibles que afectan gravemente las bases de la convivencia y la seguridad comunitaria, y posteriormente a esta labor eficaz -en virtud de vacíos normativos- no es posible imponer medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario; la comunidad puede ver minada la confianza en la vigencia de las normas y en la promesa constitucional de protección efectiva a sus derechos.”

(Subrayado y negrilla fuera de texto)

(Gaceta del Congreso de la República, 2006)

De la lectura total de la exposición de motivos de la ley 1142 de 2007, se observa que hay reconocimiento en torno a la excepcionalidad, racionalidad y proporcionalidad de la medida de detención preventiva, pero explica que las circunstancias descritas en los cuatro numerales del art. 310 C.P.P. que fijó el legislador del 2004, para considerar que el imputado es un peligro para la comunidad, han resultado en la práctica judicial un impedimento para asegurar intramuros a personas que cometen delitos graves como homicidios o secuestros entre otros y que la ciudadanía está decepcionada. En su momento, tal y cual quedó registrado en la exposición de motivos, se manifestó:

“Sin embargo, en punto a la protección de la comunidad y las víctimas, como uno de los fines del proceso que garantiza la medida de detención, la práctica ha mostrado que la gravedad y la modalidad de los hechos ha pasado a un segundo plano en el examen de riesgo, frente a la exigencia de que la fiscalía necesariamente debe llevar a la respectiva audiencia elementos materiales probatorios o información que indique la pertenencia del imputado a una organización criminal o la continuación de la actividad delictiva o la pluralidad de delitos imputados o la existencia de investigaciones pendientes o sentencias condenatorias vigentes. Estas últimas circunstancias no siempre se presentan en un caso, a pesar de que, en virtud de la dinámica de los hechos,

pueden resultar alarmantes la gravedad y modalidad de la única conducta

punible (verbigracia un secuestro extorsivo o un hurto calificado cometido por varias personas, sin que pueda sugerirse organización criminal).” (Subrayado y negrilla fuera de texto). (Gaceta del Congreso de la República, año 2006.)

Frente al estudio del artículo 24 de la ley 1142 de 2007 la Corte en sentencia C-1198 de diciembre 4 de 2008, con ponencia del Magistrado Nilson Pinilla Pinilla, manifestó:

“La preceptiva del artículo 24 de la Ley 1142 de 2007, según la cual para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad, **será suficiente la gravedad y modalidad de la conducta punible, pero que, de acuerdo con el caso, el juez podrá valorar adicionalmente las demás circunstancias allí contenidas,** no atiende los criterios de necesidad y proporcionalidad de la medida de aseguramiento y al establecer como suficientes la gravedad y la modalidad de la conducta se desconocen esos criterios y con ello el principio de libertad que cobija el proceso penal y el de legalidad de la medida preventiva para su privación, pues se olvida que no es suficiente ese criterio para determinar la procedencia o no del decreto de la misma, es imperativo que se consulte su necesidad.”

“En el entendido de que para determinar **el peligro que el imputado representa para la comunidad, además de la gravedad y la modalidad de la conducta**

punible, el juez debe valorar si se cumplen los fines constitucionales de la detención preventiva señalados en los artículos 308 y 310 de la Ley 906 de 2004". (Negrilla y subrayado fuera de texto) (Corte Constitucional, sentencia C 1198 de 2008)

Inexplicablemente, la ley 1453 de 2011 revivió los apartes declarados inexequibles vulnerando el principio de cosa juzgada constitucional e insistiendo en la gravedad de la conducta del imputado, como vértice a tener en cuenta para privarlo cautelarmente de la libertad por representar un riesgo para la comunidad:

“ARTÍCULO 310. PELIGRO PARA LA COMUNIDAD. Para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad será suficiente la gravedad y modalidad de la conducta punible, además de los fines constitucionales de la detención preventiva. Sin embargo, de acuerdo con el caso, el juez podrá valorar adicionalmente alguna de las siguientes circunstancias: ...”. (Subrayado y negrilla fuera de texto).

En la exposición de motivos de la ley 1453 de 2011, no se hace alusión concreta a la detención preventiva, pero si en la introducción se indica cual es el espíritu de esa ley:

“El terrorismo y la criminalidad organizada son fenómenos que afectan gravemente la paz y la seguridad pública, convirtiéndose en medios para minar

*las bases del Estado de derecho y afectar a los ciudadanos en su vida, honra y bienes; razón por la cual, estos **graves atentados contra la ciudadanía deben prevenirse y atacarse de manera decidida y ejemplar.*** (Subrayado y negrilla fuera de texto).(Gaceta del Congreso de la República, 2011)

En sentencia C-121 de 2012 la Corte Constitucional morigeró el pensamiento peligrosista del legislador de 2007 y 2011 indicando que:

“la medida de aseguramiento, por su parte, tiene carácter preventivo, y no siempre comporta la privación efectiva de la libertad (art. 307 C.P.P.). Su propósito es garantizar el cumplimiento de los fines de la investigación. Desde el punto de vista del grado de certeza requerido para esta decisión, su decreto requiere que de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenida legalmente se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o participe de la conducta que se investiga (art. 306 C.P.P.)...”

Esto constituye la aplicación del derecho penal de acto, ya que el pronóstico sobre la imposición de detención preventiva se hace a partir de ese acto, no por lo que es el imputado y menos por lo que pudiera llegar a ser en el futuro.

En este sentido cabe recordar, que, en palabras de Roxin (2000), el Estado “debe mejorar las relaciones sociales, esto es, la libertad, la seguridad, y el bienestar de sus

ciudadanos”, para ello es necesario “orientar la finalidad de la pena a la evitación de comportamientos delictivos mediante la incidencia en el delincuente y en la conciencia jurídica de la comunidad” (p. 24). En torno a esa función de “incidencia activa en las relaciones sociales efectivas” (Mir Puig, 1982, p.22), toma importante relevancia el principio constitucional de la presunción de inocencia, del cual la Corte Constitucional ha manifestado:

“se desconoce este aspecto de la garantía de inocencia presunta cuando a decisiones provisionales y precarias sobre la probable responsabilidad penal de una persona, se le imprimen efectos negativos extraprocesales, cual si se tratara de una sentencia condenatoria en firme, y a la manera de un antecedente penal, se presentan como indicativos de peligrosidad”.

La Corte entiende los postulados filosóficos sobre libertad, y en esta decisión se centra exclusivamente en la discusión de la posibilidad de afectar la libertad en forma cautelar cuando el procesado cuenta con otra medida de aseguramiento o el simple hecho de estar acusado en otro proceso corte clásico de pensamiento peligrosista que hace imposible que armonicen con el derecho penal de acto y retira por ello las expresiones “estar acusado o tener medida de aseguramiento” del numeral 3 del art. 310 C.P.P. De allí se colige que si la corte ha indicado que no puede tenerse en cuenta procesos anteriores que no han terminado con condena como indicativo de peligrosismo, pues no se ha desvirtuado la presunción de inocencia, no será posible entonces bajo la nueva expresión que se incluye en la ley 1760 de

2015: “peligro futuro” realizar ese diagnóstico, pues se deja a la discrecionalidad del operador jurídico el alcance de tal concepto, retornando abiertamente a la aplicación del derecho penal de autor e incluso de derecho expansionista y netamente funcionalista para los cuales el hombre ya no es el centro del estado, y ello va en contra de la dignidad humana que es principio fundamental de la carta. Así lo describe la Constitución Política Colombiana en el art. 1. “Colombia es un Estado social de derecho...fundada en el **respeto de la dignidad humana**...” . (Subraya y negrilla fuera de texto).

En la misma sentencia la Corte dejo fincado:

“Esta valoración debe efectuarse en concreto, en relación con las características específicas del proceso en el cual se examina la posibilidad de adoptar una medida de aseguramiento, y no tomando en cuenta circunstancias que ya fueron objeto de valoración a la luz de los fines específicos de otro proceso (...). Ha indicado la jurisprudencia internacional que se presenta una presunción de culpabilidad cuando se restringe el derecho a la libertad personal

“más allá de los parámetros establecidos por la ley y los márgenes de razonabilidad con la excusa de preservar la presunta eficacia de la investigación”. Tal proceder implica un favorecimiento “a la presunción de que las personas que se encuentran detenidas como resultado de esa investigación, son culpables”.

2.2. Tratamiento en la Ley 1760 de 2015

Como se observa la posición de la Corte constitucional sigue manteniendo en el nuevo modelo procesal penal, el derecho penal de autor a su vez la doctrina Colombiana así lo ha manifestado por ejemplo el profesor Fernando Velásquez en su manual de derecho penal pág. 61 “...el fenómeno criminal no puede caracterizarse a partir del modo de ser de la persona, sus hábitos, temperamento, pensamiento o afectividad; esto es, se castiga por lo que se hace y no por lo que se es (Corte Constitucional, sentencias C-221 de cinco de mayo 1994, C-239 de 20 de mayo 1997, y C-425 de cuatro de septiembre 1997)”. Sin embargo como se ha venido exponiendo las leyes 1142 de 2007 y 1453 de 2011, han hecho caso omiso de ello, claro sin apartarse de que el acto cometido por el imputado es el que mide su peligro para la comunidad, pero con la entrada en vigencia de la ley 1760 de 2015, se introduce situaciones ex post, por cuanto se conmina al juez a hacer un pronóstico de lo que el procesado puede hacer en el futuro en contra de la comunidad, y ante esa expectativa es que se decide la urgencia de la medida, con base en las mismas circunstancias delimitadas en los 4 numerales del art. 310 C.P.P..

Y es que el legislador de 2015, considera que es indiferente la calificación jurídica que se haya dado a la conducta cometida, pues el juicio de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad de la detención preventiva se debe hacer en consideración al peligro que a

futuro pueda representar el procesado. Lo hace modificando el artículo 308 de la ley 906 de 2004, que ni la ley 1142 ni 1453 habían tocado y lo introduce también en el inciso primero del Artículo 310 C.P.P. los cambios son los siguientes: “ART. 2º—Adiciónese un párrafo al artículo 308 de la Ley 906 de 2004, del siguiente tenor:

*“PAR. —La calificación jurídica provisional contra el procesado no será, en sí misma, determinante para inferir el riesgo de obstrucción de la justicia, el peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima y la probabilidad de que el imputado no comparezca al proceso o de que no cumplirá la sentencia. **El juez de control de garantías deberá valorar de manera suficiente si en el futuro se configurarán los requisitos para decretar la medida del aseguramiento**, sin tener en consideración exclusivamente la conducta punible que se investiga”. (Subrayas y negrillas fuera de texto).*

Se denota en esa redacción la inclusión de una condición ambigua y vaga como lo es:

“si en el futuro se configuraran los requisitos para decretar la medida de aseguramiento” y se extiende para todos los fines constitucionales, luego debe entenderse que es necesario que el Juez entre a valorar en que momento a futuro llegaran a presentarse tales circunstancias, aun cuando al mismo momento de la imposición de la medida ellas no estén presentes. Verbi gracia, puede que no haya forma de demostrar que el imputado obstruirá el

proceso, o no comparecerá al mismo o no cumplirá la sentencia, pero en el futuro si podría ocurrir. Como podrá el juez adelantarse en el tiempo para evitar un “*peligro futuro*”? En torno al inciso primero dice la mentada ley en el inciso 1 del art. 310 C.P.P. de la siguiente manera ART.310 “*Peligro para la comunidad. Para estimar si la libertad del imputado representa un peligro futuro para la seguridad de la comunidad, además de la gravedad y modalidad de la conducta punible y la pena imponible, el juez deberá valorar las siguientes circunstancias: 1. La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales. 2. El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos. 3. El hecho de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional. 4. La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional. 5. Cuando se utilicen armas de fuego o armas blancas. 6. Cuando el punible sea por abuso sexual con menor de 14 años. 7. Cuando hagan parte o pertenezcan a un grupo de delincuencia organizada*”

Veamos cuales fueron los motivos de la ley 1760 de 2015:

“*Por tal razón, se propone la inclusión de un párrafo al artículo 308 de la Ley 906 de 2004, ratificando así lo dispuesto por la Corte Constitucional, en el sentido de que no basta considerar exclusivamente la naturaleza de la conducta punible imputada o la pena a*

imponer por tal conducta, sino que, además, deben atenderse los requisitos constitucionales de la medida de aseguramiento, **particularmente valorándose con suficiencia la configuración de tales requisitos, analizados de cara al riesgo de su ocurrencia en el futuro.** (Subrayado y negrilla fuera de texto)

*Por la misma razón, el artículo 3° propuesto afecta el artículo 310 de la Ley 906 de 2004, acentuando la regla según la cual no basta la gravedad y la modalidad de la conducta punible imputada para determinar si se configura peligro para la comunidad, sino que **debe estimarse que tal peligro se debe referir al comportamiento futuro del imputado**, para lo cual se deben valorar la circunstancias descritas en cada uno de los numerales del artículo.”*

(Subrayas y negrilla fuera de texto) (*Gaceta del Congreso de la República, 2015 pp. 9.*) La exposición de motivos la suscribieron el Fiscal Eduardo Montealegre y el Min. Justicia Yesid Reyes.

Ha de recordarse que, la ley 1760 de 2015 es producto de la exigencia que le hiciera la corte Constitucional al legislador, en su sentencia C 390 de 26 de junio de 2014, M.P Alberto Rojas Ríos, sobre el estudio constitucional que llevo a cabo al numeral 5 del art. 317 C.P.P. sobre la indefinición en la que se encontraban los detenidos preventivamente en el interregno desde la presentación del escrito de acusación y la instalación del juicio oral. Porque en la práctica judicial ocurría que desde la presentación del escrito por Fiscalía a que realmente se formulara oralmente la acusación estaban pasando meses y hasta años. Muy obediente el legislador acogió el estudio de la corte para indicar que el término de 120 días

se debe contar desde la presentación del escrito de acusación. Pero aprovecha para incluir una figura exótica como lo es el peligro futuro a la hora de imponer detención preventiva, y usa para ello un sofisma de distracción cual es el que ya la corte Constitucional ha dicho que no es la gravedad del hecho la que debe tenerse en cuenta sino otras circunstancias, pareciese que nuestro legislador pretendiera acomodarse a los postulados constitucionales vigentes, pero tal inclusión a más de ser ambigua, imprecisa e inexacta desconoce el derecho penal de acto, de manera que la detención preventiva ya no se impondrá por el hecho cometido sino por los que el procesado pueda cometer en el futuro.

La imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva es la actuación judicial en la cual se debe aplicar con todo su rigor el debido proceso pues va dirigida a quien le permanece incólume la presunción de inocencia, incluso si ha aceptado los cargos imputados. De manera que si bien es cierto el individuo se encuentra sometido a un proceso penal por un acto que presuntamente cometió y que en Colombia es legítimo detenerle preventivamente entre otras cosas para proteger a la comunidad y especialmente a las víctimas, será incierto a partir de la ley 1760 de 2015 el diagnostico que se haga sobre los actos futuros, concepto que tendrá diferentes interpretaciones porque precisamente es un concepto vago que conlleva a que los jueces de garantías o ignoren esos términos como viene sucediendo en la práctica judicial desde la entrada en vigencia de la ley 1760 de 2015, es decir desde el pasado 6 de julio de 2015, o que cada cual realice el diagnostico de cuando un imputado es peligroso a futuro, ateniéndose a su subjetividad, o en el mejor de los escenarios se realice por los jueces de garantías un control excepcional de inconstitucionalidad. En tanto

que para los asociados no se tendrá claro cuando un comportamiento, una conducta es previsible ocurra a futuro para que haga necesario la privación preventiva de libertad a efectos de evitar que suceda.

2.3 Expectación de acto y detención preventiva.

Según se entiende de la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, la medida de aseguramiento de detención preventiva justifica su existencia en la protección de los fines constitucionales de protección al proceso y a la comunidad especialmente a las víctimas. Contamos entre otras con la sentencia C 634 de 31- 05 de 2000 Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa, materializo lo que justificaba la prisión preventiva así: *“Las medidas cautelares constituyen actos jurisdiccionales de naturaleza preventiva y provisional que de oficio o a solicitud de parte, se ejecutan sobre personas, bienes y medios de prueba para mantener respecto de estos un estado de cosas similar al que existía al momento de iniciarse un trámite judicial, buscando la efectiva ejecución de la providencia estimatoria e impidiendo que el perjuicio ocasionado con vulneración de un derecho sustancial, se haga más gravoso como consecuencia del tiempo que tarda el proceso en llegar a su fin...”*

Se reconoce por la corte Constitucional de 2000, antes de implementarse el sistema acusatorio, que la medida cautelar tiene su causa y fin en el proceso penal, solo se concibe para mantener la seguridad del mismo y procurar su éxito. Mas la práctica judicial persistió

LA DETENCION PREVENTIVA EN EL SISTEMA ACUSATORIO
COLOMBIANO.
CAMBIO DE PARADIGMA DEL INCISO 1 DEL ART. 310 C.P.P.
Flor Ángela Orjuela Sanabria

en darle otros alcances, retomando una y otra vez la defensa social, Por ello hubo necesidad que la Corte Constitucional a más de ratificarse en lo expuesto en la C 634 de 2000, enunciada en precedencia, le diera alcance constitucional al llamado peligro para la comunidad o las víctimas, como justificación a la prisión preventiva, en la C. 774 de 2001 de 25 de julio de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil, al añadirle al objeto de las medidas cautelares en el proceso penal la función de “...afianzar la tranquilidad jurídica y social en la comunidad...”. Y lo hizo retomando el art. 1 de la carta que establece la prevalencia del interés general, por lo cual es justificable privar de su libertad al investigado a quien no se le ha desvirtuado la presunción de inocencia, por proteger intereses colectivos, dice la corte “...*la protección de la comunidad en aras de impedir la continuación de la actividad delictual, puede concebirse como fin propio de la detención preventiva...*”. Si se habla de continuar delinquiendo se parte de la premisa que el individuo ya delinquirió, vulnera principio de inocencia.

Tenemos también la sentencia C 774 de 2001 enunciada en precedencia, en torno a la protección de la comunidad manifestó:

*“La detención preventiva procede de acuerdo con el artículo 28 de la Constitución Política, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos: mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con la observancia de las formalidades legales y **por motivos previamente definidos en la ley.**”* (Subrayas y negrilla fuera de texto). Ante la nueva redacción de los artículos 308 y 310 del código de procedimiento penal, contenidos en la ley

1760 de 2015, ya reseñados, no se respeta el principio de legalidad que tanto promulga la Corte Constitucional sobre la materia concreta de la privación preventiva de la libertad, por cuanto lo que se tendrá en cuenta ya no es el acto cometido sino los que se puedan cometer en el futuro, dejando además a la discrecionalidad del juez la determinación de cuáles pueden ser tales actos. Los numerales del art. 310 C.P.P. quedaron igual en la ley 1760 de 2015. Veamos cómo sería posible mirarlos a futuro:

“1. La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales.” El análisis era hacia el pasado, y se desprendía del mismo hecho. En tal circunstancia se edificaba el peligro para la comunidad pues no es lo mismo que una persona delinca aisladamente y ocasionalmente, respecto de otro que ha decidido hacer parte de una empresa criminal que permanece en el tiempo. Bajo que supuestos se ha de indicar que si por ejemplo la estructura criminal ha sido desvertebrada esto pueda suceder en un futuro con el que una vez hizo parte de la misma. ¿No es dejar al criterio subjetivo del juez esa determinación?

2. El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos. De la misma descripción legal se desprende que es a presente. Como se estructura esta circunstancia a futuro? Los delitos que podrá cometer si se le deja en libertad?

3. [El hecho de estar acusado, o de encontrarse sujeto a alguna medida de aseguramiento,] o de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional. El primer aparte declarado inexecutable en C 121 de 2012. En cuanto a lo segundo se encuentra en tiempo presente, luego el Juez bajo su propia convicción determinara como ello va a analizarse a futuro.

4. *La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional.* De aquí el juez seguirá argumentando como lo ha hecho hasta ahora, es decir que si el imputado ya fue condenado antes por un delito, necesariamente indica su peligrosidad a futuro pues no ha funcionado la rehabilitación que persiguió esa sanción anterior, indefectiblemente seguirá delinquirando a futuro por ello es acreedor de la detención preventiva.

5. *Cuando se utilicen armas de fuego o armas blancas.* De por si esta circunstancia representa un problema porque no se tiene en cuenta por ejemplo si el arma de fuego tiene salvoconducto y el delito se cometió por legítima defensa. Como se aplicaría a futuro? Posiblemente se podría decir que si ya el imputado delinquiró por ejemplo con arma blanca a futuro ya será un arma de fuego. El criterio no es objetivo.

6. Cuando se utilicen medios motorizados para la comisión de la conducta punible o para perfeccionar su comisión, salvo en el caso de accidentes de tránsito. De manera que el Juez cuando se presente un caso en el cual el medio para asegurar el producto de un hurto, por ejemplo, diría que es necesario detener preventivamente previendo que a futuro el sistema de huida utilizando vehículos motorizados se perfeccionará.

7. Cuando el punible sea por abuso sexual con menor de 14 años. La consideración será que si lo hizo ahora lo hará en el futuro porque es un enfermo que no va a corregirse, y si hoy fue abuso sexual en el futuro ya será violación.

8. Cuando hagan parte o pertenezcan a un grupo de delincuencia organizada.”
Igual que numeral 1.

De este breve ejercicio se deriva que se deja a la imaginación del operador jurídico el análisis de cada causal y su ocurrencia en el futuro.

Con la introducción del concepto “peligro futuro” se vuelve al derecho penal de autor y no de acto en contravía de lo plasmado En sentencia C-121 de 2012, la corte trata de morigerar el pensamiento peligrosista del legislador de 2007 y 2011 indicando que “...La medida de aseguramiento, por su parte, tiene carácter preventivo, y no siempre comporta la

privación efectiva de la libertad (art. 307 C.P.P.). Su propósito es garantizar el cumplimiento de los fines de la investigación. Desde el punto de vista del grado de certeza requerido para esta decisión, su decreto requiere que de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenida legalmente se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o participe de la conducta que se investiga art 306 C.P.P...” Y sobre el principio de presunción de inocencia manifiesta “...se desconoce este aspecto de la garantía de inocencia presunta cuando a decisiones provisionales y precarias sobre la probable responsabilidad penal de una persona, se le imprimen efectos negativos extraprocesales, cual si se tratara de una sentencia condenatoria en firme, y a la manera de un antecedente penal, se presentan como indicativos de peligrosidad...”. La corte Constitucional entiende los postulados filosóficos sobre libertad, y en esta decisión se centra exclusivamente en la discusión de la posibilidad de afectar la libertad en forma cautelar cuando el procesado cuenta con otra medida de aseguramiento, como comprender entonces ahora la justificación de tal medida restrictiva de la libertad con situaciones de posible ocurrencia a futuro?

De manera que si el legislador de 2015 indica que lo que está haciendo al introducir el concepto de peligro futuro para la comunidad, es adaptándose a los pronunciamientos de la corte sobre que no es suficiente la gravedad del hecho sino que deben tenerse en cuenta las circunstancias de los cuatro numerales del art. 310 C.P. si se configuraran a futuro, está

cambiando el análisis de unos motivos presentes, y lo que es más grave ante lo vago del concepto de peligro futuro para la comunidad, se deja a la subjetividad del operador jurídico el estimativo de la expectación de acto.

La valoración que haga el juez sobre la necesidad idoneidad, adecuación, urgencia y razonabilidad de la detención preventiva, debe efectuarse en concreto, en relación con las características específicas del proceso en el cual se examina la posibilidad de adoptar una medida de aseguramiento, y no tomando en cuenta circunstancias de mera expectativa y por convicción íntima, y que se alejan definitivamente del derecho penal de acto para regresar al derecho penal de autor proscrito por nuestro ordenamiento penal, que es constitucionalizado y que no puede permitir inclusión de conceptos por parte del legislador seguramente para estar a la moda con las últimas tendencias, que percibimos van dirigidas al llamado derecho penal del enemigo, que genera la impresión que *"... lo que genera la pertenencia al grupo de los enemigos no es el hecho (derecho penal de hecho) sino las características del autor (derecho penal de autor)"* (Cancio, Melía, Gómez & Jara, 2006, p.242). Tema éste que consideramos toca con el problema que hemos propuesto, como que es la razón para que el legislador produzca normas indeterminadas, solo por populismo legislativo.

CONCLUSIONES

Colombia hace parte de la convención Americana sobre los derechos humanos, que en materia de privación de la libertad preventiva impone el respeto al principio de presunción de inocencia, por eso es excepcional, su imposición debe estar precedida del debido proceso ajustada al cumplimiento del principio de legalidad que conlleva la obligación de determinación de las leyes penales

La privación preventiva de la libertad en Colombia es usada como política criminal según el momento coyuntural que por populismo legislativo produce leyes que fincan la razón de ser de la medida de aseguramiento privativa de libertad en el peligro para la comunidad con base en la naturaleza del hecho y delitos imputados, con inclusión de términos exóticos pero vagos que comprometen garantías constitucionales del imputado, tales como respeto al principio de legalidad, al debido proceso, a la seguridad jurídica, con la introducción en la ley 1760 de 2015 de conceptos como el de peligro futuro.

No hay legitimidad en la expresión que introduce la ley 1760 de 2015 al art. 308 C.P.P. *“el juez de control de garantías deberá valorar de manera suficiente si en el futuro se configurarán los requisitos para decretar la medida del aseguramiento”*, por cuanto le impone al juez la carga de soportar una decisión que afecta la libertad del imputado con base

en explicar cuáles actos futuros es que éste puede llegar a cometer, que serán la base para indicar si a “futuro” los requisitos de la medida de aseguramiento se harán presentes.

Las decisiones judiciales de los jueces de garantías sobre afectación del derecho fundamental de la libertad con base en “peligro futuro” del imputado serán discrecionales, no se ceñirán a un ex acto sino post, luego vulneraran flagrantemente el principio de legalidad.

El inciso 1 del art. 310 del Código de Procedimiento Penal modificado por la reciente ley 1760 de 2015 contiene términos vagos que dejan a la subjetividad del operador jurídico el discernir situaciones que puedan ocurrir a futuro, de manera que las decisiones para casos similares no serán iguales, infringiendo el llamado “Tertio comparationis”.

La comunidad Colombiana no comprenderá, ni podrá aceptar, ni reconocerá dicha normatividad, por las múltiples acepciones y la imprecisión del concepto de “futuro” que desconoce la obligación de que la ley debe ser clara expresa e inequívoca, propio de la tipicidad.

Retornara a la sociedad jurídica colombiana el llamado Derecho Penal de autor, lo que conllevara a un retroceso en esa materia del Derecho penal de acto que se propugnaba en un estado social y democrático de Derecho.

La inclusión de conceptos como peligro futuro, y análisis futuro calara la mentalidad de los operadores jurídicos acarreado un retroceso en el proceso penal - constitucional que estaba incursionado en nuestro modelo de justicia con tendencia acusatoria. Dejando entrada a concepciones ajenas a nuestro modelo procesal como es el llamado derecho penal del enemigo.

Se llevara el mensaje a la sociedad colombiana que la respuesta legislativa a la criminalidad reinante en nuestro país es “fortalecer” y “privilegiar” la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva, por cuanto el incluir el concepto de “peligro futuro” del imputado, y análisis del cumplimiento de los requisitos de la medida a “futuro”, otorga a la comunidad sensación de protección indefinida, y muy seguramente cumplimiento de prevención general, pero esto es propio de la pena ajeno totalmente al instituto preventivo de la detención previa a la condena.

La política criminal del estado en materia de lucha contra la criminalidad se aleja cada vez más de la prevención y se centra en la medida de aseguramiento de detención preventiva para la protección a futuro de la comunidad, imponiéndole al imputado a quien aún no se le ha desvirtuado la presunción de inocencia un estigma propio del llamado derecho penal del enemigo, todo por el llamado populismo legislativo.

RECOMENDACIONES

La política criminal del estado debe ser coherente con el derecho penal de acto que rige nuestro ordenamiento procesal penal, luego no puede dar cabida a conceptos inequívocos que conlleven a que sea el Juez que bajo su particular opinión para casos similares decida en forma diversa cuando un imputado puede acarrear un peligro futuro para la comunidad, o cuando puede prever que a futuro se harán presentes los requisitos para imponer medida de aseguramiento en su contra.

Como el problema jurídico es de indeterminación del apartado del párrafo del art. 308 del código de procedimiento penal introducido por la ley 1760 de 2015 “ *El juez de control de garantías deberá valorar de manera suficiente si en el futuro se configurarán los requisitos para decretar la medida del aseguramiento*”, y del que se agregó al inciso 1ero del art. 310 *ibídem*. “*peligro futuro*” lo procedente no es que la Corte dicte una sentencia interpretativa, para precisar que debe entenderse por peligro futuro ni que situaciones deberían tenerse en cuenta por los jueces para considerar que a futuro se harían presentes los requisitos para imponer la medida de aseguramiento, pues dicha sentencia sería contraria al principio de legalidad en sentido amplio, ya que esa es competencia exclusiva del legislador, de allí que la única solución es declarar la inexecutable de dichos conceptos.

*LA DETENCION PREVENTIVA EN EL SISTEMA ACUSATORIO
COLOMBIANO.
CAMBIO DE PARADIGMA DEL INCISO 1 DEL ART. 310 C.P.P.
Flor Ángela Orjuela Sanabria*

No obstante en tanto la Corte Constitucional se pronuncia sobre la norma que contiene tales conceptos, valga decir sobre la exequibilidad de los apartados que se han reseñado como vagos e imprecisos, los jueces de control de garantías deben realizar el control de inconstitucionalidad excepcional, y abstenerse de hacer esa clase de valoraciones.

BIBLIOGRAFÍA

- Alchourrón, C, Bulygin, E. (1975). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos aires: Astrea.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales, trad. De E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales*. Madrid.
- Asis, R. (2005). *El juez y la motivación en el Derecho, Dykinson*. Madrid.
- Atienza, M. (2001). *El sentido del Derecho*. Barcelona: Ariel.
- Barba, G. P. (2000). *curso de teoría del derecho*. madrid: marcial pons.
- Beccaria, C. (1992). *De los Delitos y las Penas*. Santafe de Bogotá: Latinoamericana.
- Bulygin, E. (1966). Sentencia judicial y creación del Derecho, en Alchou-rrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*. Madrid: centro de estudios Constitucionales.
- Cancio m, Gomez, Jara, Díez (2006) *Derecho Penal del Enemigo. El Discurso Penal de la exclusión*. 2vols. Madrid y Buenos Aires.
- Carrio, G. (1990) *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo – Perrot.
- Casanovas, P. & Moreso, J, J. (1993) *¿Realmente no hay respuesta correcta en los casos difíciles? El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Barcelona: Crítica.
- Cobos & Vives. (1987). *Derecho penal, parte general*. Valencia
- Constitución Política de Colombia

*LA DETENCION PREVENTIVA EN EL SISTEMA ACUSATORIO
COLOMBIANO.
CAMBIO DE PARADIGMA DEL INCISO 1 DEL ART. 310 C.P.P.
Flor Ángela Orjuela Sanabria*

- Convención Americana de Derechos Humanos
- Corte Constitucional de Colombia
- C- 038 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero
- C- 599 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero
- C-843 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero
- C-739 de 2000. M.P. Fabio Morón Diaz
- C- 634 DE 2000 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa
- C-829 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil
- C- 101 de 2004 M.P. Jaime Córdoba Triviño
- C- 123 de 2001 M.P. Marco Monroy Cabra
- C- 350 DE 2009 M.P. Maria Victoria Calle
- C- 695 de 2013 M.P. Nilson Pinilla Pinilla
- C-390 de 2014. M.P. Alberto Rojas Diaz
- Declaración Universal de los Derechos Humanos
- Dworkin, R. (1967) *the model of rules*. University of Chicago: Law Review.
- Dworkin, R. (1988) *El imperio de la justicia*. Barcelona: Gedisa.
- Gonzalez & Cuellar,S, N. (1990). *proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. madrid: colex.
- Garcia, A. (2003) *Ensayos de filosofía jurídica*. Bogotá: Temis
- Guastine, R. (2010) *La torre Massimo y otros*. Perú: Ara, editores
- Habermas, J. (1987) *Teoría de la acción comunicativa*. Madrid: Taurus

- Hart, H.L.A. (1998) *El concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abedelo-Perrot.
- Kaufmann, A. (1977) *Teoría de las Normas*. Depalma
- Kelsen, H (1993) *La teoría pura del derecho. Método y conceptos fundamentales, trad.* Madrid: De L. Legaz y Lacambra Revista de Derecho Privado
- Mir Puig, S. (1982). *Función de la pena y teoría del delito en un Estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Bosch.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- Peces & Barba, M. (1993) *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Madrid: Debate
- Posada, C.G. (1982). *Durkheim, la división del trabajo social*. Madrid: Akal
- Roxin, C (2000). *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Tirant lo Blanch.
- Roxin, C. (1997). *derecho penal parte general tomo i*. madrid: navalcarnero.
- Velásquez, Fernando (2010) *Manual de Derecho Penal*. 2010. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Von Wright, G. H (1979) *Norma y acción, una investigación lógica*. Madrid: Tecnos.
- Zaffaroni, E (200) *Tratado de Derecho Penal”, Parte General, Vol. III*. Buenos Aires
- Buenos Aires, Argentina.
- www.cej.org.co/doc-sl/SL_PL_SEN_164_2010.pdf

*LA DETENCION PREVENTIVA EN EL SISTEMA ACUSATORIO
COLOMBIANO.
CAMBIO DE PARADIGMA DEL INCISO 1 DEL ART. 310 C.P.P.
Flor Ángela Orjuela Sanabria*

- <http://190.26.211.102/proyectos/index.php/proyectos-ley/periodo-legislativo-2014-2018/2014-2015/article/115>
- Procedimientopenalcolombiano.blogspot.com.co/2010/04/exposicion-de-motivos-ley-906-de-2004_10.html