

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA**  
**ESPECIALIZACIÓN PROCEDIMIENTO PENAL, CONSTITUCIONAL**  
**Y JUSTICIA MILITAR**

**CRISIS CARCELARIA Y CONGESTIÓN JUDICIAL**  
**CONSECUENCIAS DEL POPULISMO PUNITIVO E INTERPRETACIÓN**  
**EXPANSIVA DE LA NORMA**

AUTORAS

JAZMIN ESPERANZA GONZALEZ FELIX\*  
ANGELICA BEATRIZ CARDENAS PACHECO\*\*

\*Abogada Especialista en Derecho Penal de la Universidad Libre sede Bogotá, actualmente Defensora Pública adscrita a la Defensoría del Pueblo y litigante.

\*\* Abogada egresada de la Pontificia Bolivariana, actualmente Defensora Pública adscrita a la Defensoría del Pueblo y litigante.

**CRISIS CARCELARIA Y CONGESTIÓN JUDICIAL  
CONSECUENCIAS DEL POPULISMO PUNITIVO E INTERPRETACIÓN EXPANSIVA  
DE LA NORMA**

Resumen:

Se plantea la crisis carcelaria y judicial como consecuencia, entre otras causas, de la interpretación expansiva de la norma por parte de los funcionarios judiciales, ello aunado a la tendencia del legislador a aumentar los delitos y las penas como reacción a la coyuntura política y social.

Se presenta, como un elemento de la posible solución, que la medida de aseguramiento intramural por la causal de no comparecencia al proceso, se interprete restrictivamente, en consecuencia los requisitos exigidos por la ley procesal penal, no son optativos, sino que según su redacción taxativa requiere el cumplimiento de lo contenido en los tres numerales del artículo 312 de la ley 906 de 2000, lo anterior aunado a un estricto ejercicio de ponderación cuya responsabilidad reside finalmente en el Juez de Control de Garantías.

Palabras Clave: No comparecencia, test de proporcionalidad, interpretación restrictiva.

Abstract

There stands firm the prison and judicial crisis as consequence of the expansive interpretation of the norm on the part of the judicial civil servants, it united to the trend of the legislator to increasing the crimes and sentences as reaction to the political and social conjuncture.

Appears as solution, which the measure of insurance intramural for the grounds of not appearance to the process, interprets restrictively, in consequence the requirements demanded by the procedural Law, they are not optional, but according to his restricted draft there needs the fulfillment of three numerals of the article 312 of the law 906 of 2004 the previous thing united to a strict test of deliberation.

Key words: Not appearance, test of proportionality, restrictive interpretation.

## **INTRODUCCIÓN:**

La “política criminal” colombiana, no es clara, es más es "reactiva, sin adecuada fundamentación empírica, con incoherencias y falta de perspectiva clara de derechos humanos" (COMISIÓN ASESORA 2012), es posible que las políticas aplicadas frente a los fenómenos delictivos se produzcan debido a los bandazos dados por la opinión pública, lo cual genera en el legislador una tendencia a incrementar los delitos y las penas, como solución a las crisis de seguridad, especialmente del tratamiento dado al fenómeno del terrorismo (JAKOBS & CANCIO MELIÁ, 2003, pp. 21-56.).

Estas tendencias expansionistas no son nuevas en el ámbito de la ciencia jurídica y de la política (APONTE, 2006, pp.100-144), y tienen relación de igual manera a la ley procesal, haciendo que los requisitos para interponer medida de aseguramiento intramural, sean simplificados ocasionando sobrepoblación carcelaria, amotinamientos, problemas de salud de los internos, vulneración de los derechos humanos, sobrecostos y congestión en la administración de justicia, entre otros.

Con relación a esta problemática la jurisprudencia constitucional fija barreras para garantizar el debido proceso y la presunción de inocencia, estipulando el carácter excepcional o “muy restrictivo” (Cruz B. 2012 p.77) de las medidas de aseguramiento de detención preventiva.

No obstante lo anterior el legislador contraataca incrementando legalmente las causales para imponer medidas restrictivas de la libertad, haciéndolas encajar con las características fácticas de los delitos de mayor connotación nacional, un ejemplo de ello, son las reformas realizadas por

la Ley 1453 de 2011 al artículo 310 del C.P.P., en sus numerales 5 a 8, donde incluye como causales, las siguientes circunstancias; el uso de armas de fuego o blancas, uso de medios motorizados, abuso sexual con menor de 14 años, o cuando se pertenezca a delincuencia organizada, características propias de los delitos que más conmoción causan en la sociedad, estas paulatinas reformas han ocasionado irracionalmente que prácticamente todos los delitos tengan como consecuencia detención preventiva.

En los últimos 10 años en materia de medida de aseguramiento de detención preventiva, la Ley 906 de 2004 ha tenido múltiples reformas ya sea por la ley o la jurisprudencia, cambios promovidos por nuevas legislaciones como el citado en el párrafo anterior o por la jurisprudencia como en el caso de la sentencia C- 1198 de 2008 que manifestó que no solo es suficiente la gravedad y modalidad de la conducta, sino que se debe cumplir la finalidad constitucional de la medida y alguno de los factores dados en el artículo 310 del C.P.P., esta interpretación en la práctica modifica el artículo citado, corrigiendo al legislador.

Así mismo, se dan fenómenos como el causado por la interpretación laxa o extensiva de las normas procesales, realizada por funcionarios judiciales, ignorando el derecho a la libertad en su triple concepción como derecho humano, como principio consagrado en la Constitución Nacional y como garantía del procesado. Trabajaremos en este caso como ejemplo el tratamiento dado en la práctica a los requisitos para ordenar detención preventiva intramural por la causal de no comparecencia.

El artículo 308 numeral tercero, desarrollado en el artículo 312 de la Ley 906 de 2004, además del análisis de la gravedad y modalidad de la conducta, exige el cumplimiento de todos los factores referenciados en el artículo 312 del C.P.P., siguiendo directamente el texto, no obstante en la práctica, la mayoría de los jueces y fiscales interpretan el final del inciso primero que dice “además de los siguientes factores”, como si dijese alguno de los siguientes factores, haciendo una interpretación extensiva de la norma y convirtiendo los tres requisitos del artículo 312 en opcionales.

Esta interpretación extensiva, independientemente de una argumentación completa y del aporte de elementos materiales probatorios frente a la causal del artículo 312 del C.P.P., permite que el Juez de Garantías pierda su esencia como juez constitucional garante de los derechos fundamentales de los procesados y se asimile al fiscal del anterior sistema procesal Ley 600 de 2000, funcionario que usaba la medida de aseguramiento más como regla que como excepción.

La causal de no comparecencia, interpretada de manera laxa, transgrede las barreras impuestas por el legislador, en pro de las garantías del procesado, frente a la detención preventiva, y faculta a los funcionarios para ordenar detenciones preventivas indiscriminadas.

Lo anterior tiene como consecuencia, entre otras causas, el ingreso de gran cantidad de imputados a las cárceles colombianas, dándose la medida de detención preventiva como regla y no como excepción, contrariando el principio de la afirmación de la libertad y concretando la finalidad de la restricción de la libertad sin el rigurosos estudio de su necesidad, ajena a los artículos 295 y 296 de la Ley 906 de 2004.

Este actuar permite utilizar la detención preventiva como institución propia de la prevención especial y general, figuras pertenecientes a la función de la pena, incrementa los gastos de la administración de justicia, atenta contra la salud de los internos y vulnera los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, además de la nefastas consecuencias de la detención de una persona, sin ser vencida en juicio, circunstancia que sin embargo, según la Corte Constitucional están ajustadas al texto constitucional y se presentan como necesarias para garantizar la efectividad de la pena ( C-695 de 2013).

La detención preventiva injustificada o ilegal, causa perjuicios no solo para el detenido y su entorno, sino también al estado Colombiano y sus contribuyentes, ya que según la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, el país enfrenta 293.526 procesos por un valor de 191,6 billones de pesos, de ese total, 37 billones son por cuenta de demandas interpuestas por colombianos contra la Fiscalía, por privación a la libertad de personas que posteriormente fueron declarados inocentes, solo el 10% de dicha cantidad sería suficiente para solucionar el problema de hacinamiento. (El Tiempo. 14 de febrero de 2014).

Frente a la problemática referida en este ensayo se resolverán las siguientes cuestiones:

1. ¿Las constantes reformas a la ley sustancial y procesal penales, tienen como una de sus consecuencias el aumento en las detenciones preventivas?
2. ¿La detención preventiva intramural indiscriminada aumenta la crisis judicial y carcelaria?
3. Así mismo para abordar el tema concreto de la problemática de la interpretación extensiva de las normas procesales, se estudiara en concreto el ejemplo ya propuesto del artículo 312 de la Ley 906 de 2004, para ello se resolverá finalmente la pregunta:

¿Si además de los requisitos constitucionales y legales consagrados, la concesión de la detención preventiva intramural, por no comparecencia del imputado al proceso, requiere necesariamente el análisis de los 3 factores enumerados en el artículo 312 de la ley 906 de 2004?

Para explorar una alternativa de solución a la problemática planteada, se utilizará como estrategia metodológica una de las líneas investigativas de Libertad y Garantismo, teniendo en cuenta los Derechos Fundamentales, y por intermedio de investigación bibliográfica con métodos cualitativos, se logra un artículo de reflexión que busca conocer y analizar la jurisprudencia de la Corte Constitucional respecto a la detención preventiva por no comparecencia al proceso, analizar la doctrina nacional y foránea con relación al tema, establecer la definición de los conceptos pertinentes y proponer una estructura de análisis integral frente a las detenciones preventivas intramurales de utilidad para operadores judiciales.

Concluyendo que efectivamente para conceder medida de aseguramiento intramural por la causal de no comparecencia al proceso del imputado, acorde con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la doctrina, se requiere, además de la inferencia lógica de la comisión de la conducta, el análisis de la gravedad y modalidad de la misma, el cumplimiento de todos los factores determinados en el artículo 312 de la Ley 906 de 2004, no considerados aisladamente, sino como

un todo que constituye el método de verificación del riesgo de no comparecencia al proceso, a lo cual finalmente se debe agregar un completo análisis de la necesidad, proporcionalidad y necesidad de la medida de aseguramiento, realizando análisis de proporcionalidad. Lo cual es útil como límite a la detención preventiva indiscriminada y se constituye en garantía de los derechos fundamentales de los imputados.

## **ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL EN CÁRCELES COLOMBIANAS Y CONGESTIÓN JUDICIAL.**

El ejecutivo y el legislador colombianos, dependen para su legitimidad y elección democrática, del reconocimiento ante la población, por ello sancionan, presentan y aprueban proyectos de ley con impacto frente a la sociedad, para ganar réditos políticos, sirva como ejemplo la radicación de proyecto de ley que busca establecer la cadena perpetua para autores de crímenes contra la niñez presentado por el representantes, Efraín Torres, y la representante a la Cámara por el Huila, Ana María Rincón Herrera (El País 2015).

Este tipo de proyectos cuando son aprobados, no necesariamente tienen impacto favorable en la disminución del índice de criminalidad, pero incrementan el hacinamiento en las cárceles y promueven la congestión judicial, al aumentar penas o negar beneficios por allanamiento a cargos de los imputados, quienes como es natural se abstienen de aceptar responsabilidad en estas circunstancias.

Tal es el caso de la ley 1098 de 2006, que en su artículo 199 prohíbe beneficios y mecanismos sustitutivos para procesados y responsables de algunos delitos cometidos contra menores de edad, las prohibiciones consisten entre otras: en prohibir la sustitución de la detención carcelaria por domiciliaria, la improcedencia del principio de oportunidad por indemnización integral y de la concesión de subrogados penales, así mismo prohíbe beneficios por aceptación de cargos y preacuerdos, y aquellos propios del Juez de Ejecución de penas, además ordena que en caso de proceder medida de aseguramiento esta siempre será carcelaria.



La reacción del legislador expandiendo el derecho penal es verificable en la provisionalidad de los códigos, solo en los últimos veinticinco años en Colombia han regido cuatro códigos de procedimiento penal a saber: Decreto 050/1987, Decreto 2700/1991, Ley 600/2000 y la Ley 906/2004 vigente, dos códigos penales Decreto 100/1980 y la actual Ley 599/2000), además dos códigos de menores Decreto 2737/1989 y la Ley 1098/2006 actualmente vigente.

El Código Penal que rige actualmente ha sido reformado 36 veces desde el año 2000 hasta el 2014, aumentando penas y prohibiendo beneficios por la comisión de ciertos delitos acorde con su gravedad o connotación nacional, sin que estas reformas hayan tenido consecuencias en la disminución de la criminalidad (MINISTERIO DE JUSTICIA, 2014, p 26).

El Código de Procedimiento Penal vigente ha sido reformado por las leyes 985 de 2005 (trata de Personas); 1121 de 2006 (Financiación al Terrorismo); 1142 de 2007 (Delitos Alto Impacto); 1153 de 2007 (Pequeñas Causas, Inexequible); 1257 de 2008 (Violencia de Genero); 1273 de 2009 (Crea delito Informático); 1312 de 2009 (Principio de Oportunidad; )1395 de 2010 (Descongestión Judicial); 1453 de 2011 (Seguridad Ciudadana) 1474 de 2011 (Nuevo Estatuto Anticorrupción) (Orjuela Bossa. 2013, p 40) además la Ley 1542 de 2012 (Prevención de Violencia Intrafamiliar) sin contar el impacto negativo de algunas medidas introducidas por la ley 1098 de 2006.

Todas las modificaciones han aumentado el espectro de requisitos para ordenar medidas de detención preventiva y facilitan el ingreso de imputados a las cárceles colombianas, estos cambios han producido reacciones en pequeños grupos que han buscado la presentación de nuevos proyectos de reforma al C.P.P., para tratar de revertir el nocivo efecto de las reformas, sin embargo estos proyectos se deben manejar con sumo cuidado pues la experiencia ha demostrado que pueden tener el efecto contrario (USAID 2013).

Este proceder del legislador es contrario a los postulados constitucionales y de la doctrina propia de los tratados y convenios internacionales suscritos por el estado Colombiano y demuestra como este, ha instaurado paulatinamente una normatividad penal expansiva, como reacción estatal a los síntomas del conflicto armado de los últimos 50 años, (Pérez Toro, 2000, p. 14.) al flagelo

del narcotráfico, como reacción al fenómeno delictivo propio de la desmovilización y reinserción de paramilitares y guerrilleros a la sociedad o por el alto índice de delitos comunes fruto entre otras causas de la desigualdad económica, social y cultural (Bello Montes, 2009 pp. 165).

Las constantes reformas legales y el aumento de penas y delitos, entre otras causas, incrementan la congestión de procesos judiciales, desde 1993 hasta 2013, la población colombiana creció 30%, pero la tasa de cobertura de los despachos judiciales por cada 100.000 habitantes, disminuyó de 10.9 a 10.5 despachos permanentes. No obstante ese escenario, en el mismo período, la solicitud de servicios de justicia ha tenido un aumento en la demanda de 303 por ciento (informe de Gestión 2013-2014).

Según la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura el inventario de expedientes, que en el 2011 superaba los 2.400.000, disminuyó a 1.800.000, en el 2014. Según sus cálculos, a septiembre del año 2013, el margen de ingresos era de 2.097.000 procesos, y el de egresos, de 1.860.000, lo que demostraría un aumento significativo de la eficiencia en los despachos judiciales (Ámbito Jurídico 2015). Sin embargo también demuestra un remanente de procesos represados, y aunque se han requerido planes de descongestión el ingreso de procesos es tal, que no se vislumbra en un futuro cercano el fin de la congestión.

Así mismo, las constantes reformas legales arriba referidas generan además incertidumbre frente a la Política Criminal aplicable y aplicada en el sistema penal colombiano.

La noción de “política criminal” ha sido definida por la Corte Constitucional según la sentencia C-936 de 2010 como:

*“el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción”*

En la misma jurisprudencia constitucional se reitera que la política criminal puede ser articulada por el Legislador a través de la expedición de normas. En este sentido se indicó que: *“la legislación penal es manifestación concreta de la política criminal del Estado”*, y que *“la decisión política que determina los objetivos del sistema penal y la adecuada aplicación de los medios legales para luchar contra el crimen y alcanzar los mejores resultados, se plasma en el texto de la ley penal”*. Así mismo, se precisó que *“la norma penal, una vez promulgada, se independiza de la decisión política que le da origen, conservando la finalidad buscada por su redactor en el elemento teleológico de la norma”* (C-936 de 2010).

De lo dicho inicialmente, conjugado con la definición dada por la Corte Constitucional respecto a la política criminal, se puede concluir preliminarmente que: el conjunto de respuestas que el Estado colombiano ha estimado necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social, son excesivas desde el punto de vista punitivo y han generado gran represamiento de procesos judiciales, así mismo son utilizadas estas respuestas, como mecanismo de proselitismo político y de placebo frente a el malestar social ocasionado por los delitos de alto impacto.

La legislación penal como manifestación concreta de la política criminal del Estado, denota la confusión que existe por parte del ejecutivo y el legislador en el planteamiento de esta última, y la necesidad de estudios serios para establecer las verdaderas necesidades punitivas del estado, que propendan por una reacción proporcional del estado frente a la infracción penal, que garantice la dignidad de los procesados, y que tenga en consideración el alcance de las medidas a adoptar con relación a la capacidad estructural y económica de los entes judiciales.

Así mismo se requiere que efectivamente la norma penal, una vez promulgada, se independice de la decisión política que le da origen, ya que en la práctica luego de promulgada la norma, persiste el interés político en la misma, teniendo como resultado múltiples reformas posteriores incrementando penas o adicionando prohibiciones, sirve como ejemplo la normatividad relacionada con la violencia intrafamiliar, frente a la cual el legislador frecuentemente reitera su postura política.

De otra parte con relación a la problemática carcelaria, encontramos que las constantes reformas de las normas tienen como consecuencia además el incremento sustancial en el ingreso de imputados a las cárceles, según cifras del INPEC, la situación de hacinamiento para el mes de enero de 2014, es de una sobrepoblación de 44.557 internos, equivalente a un hacinamiento del 58.6%. Las cifras más relevantes de sobrepoblación se encuentran en las Regionales: Occidente con 10.448, Central 9.143 y Noroeste 8.485. Los índices de hacinamientos más altos corresponden a las Regionales Norte 94,4%, Noroeste 92,3% y Oriente 78,4%. (SISIPEC WEB. Enero 2014).

Las circunstancias de los internos en las cárceles del país son inhumanas y las consecuencias para la vida de los mismos son insostenibles, casos como el de La modelo de Barranquilla, donde perecieron 17 internos y hubo más de cuarenta heridos, retratan la realidad carcelaria (El Tiempo 2015).

En este sentido, la Corte Constitucional puso de relieve el estado de cosas inconstitucional desde la famosa sentencia T-153 de 1998 M.P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, y que según sentencias como la T-861 de 2013 y T-815 de 2013, aún persiste, en estos pronunciamientos la Corte exhortó a las principales autoridades nacionales a tomar cartas en el asunto, sin embargo en la actualidad, no se da solución real a la problemática, la misma Corte Suprema se ha manifestado respecto a la problemática entre otras en la sentencia T-58729 de 2012, en la cual aceptó que su propia jurisprudencia sobre la protección a los derechos fundamentales de los presos ha sido vacilante y contradictoria a la hora de adoptar medidas más drásticas para protegerlos y, quiso dar un paso más, al darle órdenes concretas al Ejecutivo para superar las difíciles condiciones en las que vive la población carcelaria.

## **INJERENCIA DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN LA CRISIS**

Una de las causas que creemos más grave y que contribuye sustancialmente a la problemática, es la interpretación laxa de la normatividad procesal penal vigente, de hecho ha generado reacciones incluso del gobierno el cual está fomentando reformas, según el actual

Ministro de Justicia Yesid Reyes, Magister en ciencias penales, hoy en día hay cerca de 18.000 personas están demandando al Estado porque los detuvieron preventivamente sin razón suficiente.

Si se determinara que las referidas detenciones fueron injustas, esas pretensiones pueden costarle al estado colombiano 23 billones de pesos, argumenta el ministro que se requiere racionalizar la detención preventiva y dejarla solamente para los casos en que sea estrictamente necesario, acepta errores tanto de fiscales como de jueces de garantías. Así mismo plantea que la detención preventiva tiene como finalidad impedir que el sindicado escape, que siga delinquiriendo o que pueda alterar las pruebas, frente a ello el Código de Procedimiento Penal consagra once formas distintas de conseguir esa finalidad, una de ellas es la detención preventiva, y es la que se usa en casi todos los casos; existen diez opciones más, sin embargo se aplica la más drástica: la detención preventiva (El Tiempo 2014).

Este ensayo plantea uno de los casos en los cuales se puede dar confusión en la interpretación y por tanto redundar en la problemática planteada en precedencia,

Tenemos que los Funcionarios han dado por solicitar y conceder medidas de detención preventiva por no comparecencia al proceso, con la exigencia de alguno de los factores consagrados en los tres numerales del artículo 312 de la Ley 906 de 2004, no obstante que la norma exige el cumplimiento de todos los factores.

La solución que contribuirá en parte a la depuración del sistema y alivianar de alguna manera la crisis carcelaria y de congestión judicial, radica en la necesidad de interpretar por parte de los funcionarios (entiéndase jueces y fiscales) y demás operadores judiciales, que: la causal de no comparecencia al proceso desarrollada en el artículo 312 del C.P.P., debe estudiarse como una estructura completa y de manera sistemática. Es decir que para que el juez de garantías ordene una detención preventiva intramural se debe dar el cumplimiento de los tres factores exigidos por la norma, además de la inferencia razonable de la comisión de la conducta, la procedencia excepcional de la medida y el cumplimiento estricto del principio de proporcionalidad.

En un esquema de estudio riguroso que exige tener en cuenta necesariamente los postulados Constitucionales y legales y algunas tratados o convenciones internacionales.

Este trabajo plantea que para decretar la medida de detención preventiva por la causal de no comparecencia se debe hacer análisis estructural, sistemático, con respaldo de elementos materiales probatorios y para el caso concreto el especial estudio del artículo 312 del C.P.P., además que este análisis es necesario frente a cualquiera de las causales de detención preventiva consagradas en la legislación colombiana.

El tema central es la libertad de una persona y la garantía de este derecho depende de una completa concepción del concepto del mismo.

### **DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD.**

Es la categoría más alta que se le da al derecho a la libertad, percibido como derecho fundamental o derecho humano, lo cual está estipulado en la Constitución Nacional artículo 28 y ratificado por la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, ya de vieja data por ejemplo la sentencia C-301 de 1993.

Según, ROBERT ALEXY, a la pregunta sobre que propiedades debe tener un derecho para ser considerado como fundamental, se le pueden dar diversas respuestas según se acoja un concepto formal, material o procedimental.

La concepción formal considera fundamentales a todos aquellos derechos catalogados así por la constitución positiva de un ordenamiento jurídico. El concepto material, los identifica con los derechos del individuo, es decir, las libertades negativas o derechos liberales de defensa y la concepción procedimental, establece una relación entre derechos fundamentales y proceso democrático en un doble sentido, por un lado, al establecerse las libertades políticas los derechos fundamentales garantizan el proceso democrático, pero a su vez, los derechos fundamentales en

su totalidad limitan el proceso democrático al tener carácter vinculante frente a las decisiones del legislador y establecer límites para las mayorías políticas (ALEXY, Op. Cit. P 21 a 29).

Son variadas las definiciones existentes de los derechos fundamentales, pero todas coinciden en que se trata de derechos inherentes a la persona humana, de aplicación inmediata y que constituyen la base de todo estado constitucional y democrático de derecho en su forma avanzada o tradicional y que sirven como límite a la intervención estatal con respecto a las personas (CESAR LANDA. 2011).

El estado Colombiano ratificó el carácter de derecho fundamental de la libertad personal básicamente en el Artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Artículo 7 de La Convención Americana de Derechos Humanos, los cuales hacen parte del bloque de constitucional y en dicho sentido son parte integral de la constitución colombiana, en sentido estricto (UPRIMNY 2008).

## **LA LIBERTAD COMO PRINCIPIO**

Según ROBERT ALEXY, los principios “son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización” (Alexy 2014).

El derecho a la libertad se puede interpretar como la afirmación de la libertad durante el proceso penal y que la misma, siguiendo la teoría de los derechos fundamentales, solo se puede afectar cuando sea necesario, adecuado, y proporcional en sentido estricto.

En ese sentido el artículo 295 de la Ley 906 de 2004 concreta la clave de las garantías predicables del procesado al consagrar que:

*Las disposiciones de este código que autorizan preventivamente la privación o restricción de la libertad del imputado tienen carácter excepcional; solo podrán ser interpretadas restrictivamente*

*y su aplicación debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales.*

## **LA LIBERTAD COMO GARANTÍA**

Se puede definir esta garantía; como el límite a la persecución e investigación penal, en los aspectos sustanciales, procesales y de ejecución de penas.

Esta garantía se constituye principalmente a favor del inculcado para ejercer su defensa (Guerrero 2005. p. 112), además también a favor de la víctima, mas no a favor de la sociedad y de la administración de justicia, es más la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva 8/87 y 9/87 afirma que las garantías a las que se refiere el artículo 8.2., de la Convención Americana de Derechos Humanos, son derechos que le pertenecen al sujeto sometido al derecho penal (Corte interamericana de Derechos Humanos, citada por Guerrero Peralta Op. Cit. p. 112).

Esta concepción del derecho a la libertad como garantía y limite al poder punitivo del estado, está incluida también dentro de la concepción de Luigi Ferrajoli, al constituir las bases del nuevo garantismo, el cual se entiende como un conjunto de conocimientos, capaces de fundamentar la limitación al poder punitivo del Estado, desde una óptica de primacía del individuo, que sirven para fundamentar exclusivamente modelos de derecho penal mínimo, a diferencia del anterior garantismo planteado por Beccaria y Carrara entre otros, que también fue utilizado, por la ambigüedad de algunos de sus planteamientos, para fundamentar modelos de derecho penal máximo.

Siguiéndose, que mientras los autores clásicos ponían el acento en la limitación al poder de los jueces a través de la ley, el nuevo garantismo estructura una concepción compleja correspondiente con el concepto de estado de derecho, donde no sólo la ley limita al juez sino que también el propio legislador está limitado sustancialmente por el proyecto político plasmado en las Constituciones modernas (Ferrajoli. 2005).



De la misma manera se vincula la teoría jurídica creada, con los conceptos de democracia, constitucionalismo, validez de las leyes y limitación al poder jurisdiccional (Orjuela Bossa. 2013. P. 350).

De otra parte el concepto de garantía lleva implícita la prohibición constitucional de exceso la cual consiste en que toda afectación a los derechos fundamentales del procesado debe ser proporcional a los fines de la medida, los cuales implican razonabilidad, necesidad y adecuación, aspectos que fueron estudiados por la Corte Constitucional en la sentencia C-591 de 2005, en la cual se dijo que el principio de necesidad de la medida que afecta a la libertad funciona como límite a la posibilidad de que se decreten medidas restrictivas de derechos fundamentales.

En el mismo sentido los funcionarios judiciales y demás partes e intervinientes, deben someter su actuación al riguroso respeto del principio de legalidad, que en el Estado constitucional de derecho debe entenderse siempre como la conjugación de Constitución y ley. Acorde con lo cual el entendimiento de los códigos penal y procesal penal, así como la dogmática relacionada, se encuentran condicionados a la dogmática de los derechos fundamentales establecida en la Constitución, que opera como parámetro de su validez.

De ahí que se sostenga, que los operadores jurídicos ya no pueden centrar sus actuaciones de forma exclusiva en la ley, acorde con el deber que les asiste de verificar que se ajusten a los fines de la Constitución. (Bernal y Montealegre. 2004).

Es así como para garantizar los derechos fundamentales se ha sostenido que la metodología apropiada para su materialización es la ponderación, basada en soluciones que provienen de la lógica de lo razonable, que exige la justificación explícita de las razones a favor y en contra de la medida adoptada, que hacen que sea o no, razonable y proporcionada, así como de los criterios que llevaron a escoger los argumentos a favor de la decisión (BERNAL. Op Cit. p.p. 222 - 235).

Siguiendo la línea que nos marca el artículo 295 del C.P.P., y lo referido inmediatamente, tenemos que la Ley 906 de 2004 instauró el principio de proporcionalidad propio del derecho

constitucional. Este principio debe ser aplicado ineludiblemente por los jueces en general y especialmente por los jueces de control de garantías, a la hora de tomar medidas que afecten y/o limiten derechos fundamentales, máxime si se trata de la libertad personal y para ello debe tener en cuenta las siguientes características propias del derecho fundamental a la libertad.

### **CARACTERÍSTICAS DE LA AFIRMACIÓN DE LA LIBERTAD PROPIAS DEL ANÁLISIS RESTRICTIVO DEL ARTÍCULO 312 DEL C.P.P.**

Excepcionalidad de la restricción:

Esta característica está relacionada con el derecho penal y procesal penal, que fundamenta sus presupuestos de validez en la dignidad humana, debiendo entonces, como ya se había referenciado, limitarse el ejercicio del poder de persecución del Estado y este estar al servicio de las finalidades superiores. Constituyéndose la limitación al derecho a la libertad personal dentro de un marco de atribución excepcional, donde la regla general es que el sujeto sometido a investigación se mantenga en libertad hasta tanto sea vencido en juicio.

Aplicación restrictiva.

Este rasgo del principio de afirmación de la libertad significa que las normas que establecen la limitación al derecho a la libertad durante el proceso penal, son de aplicación restrictiva, es decir que no se pueden aplicar analógicamente, y en caso de cualquier duda sobre su interpretación debe resolverse a favor de la afirmación de la libertad.

Como lo ha sostenido reiteradamente la Corte Constitucional:

*las normas que introducen excepciones a los derechos fundamentales son de interpretación restrictiva, pues la propia Constitución Política les reconoce un orden preferente al darles primacía sobre el resto de disposiciones que conforman el ordenamiento jurídico*

*(artículos 5° y 93 C.P), a la vez que su protección, vigencia y salvaguarda constituye un fin esencial del Estado (Sentencia C-095 2003 ).*

El principio de proporcionalidad en la afectación de la libertad es el primer nivel de análisis constitucional en donde se examinan los fines de la detención preventiva, las “razones tradicionales para detener”, a las que alude el derecho internacional de los derechos humanos, que tienen que ver, según la doctrina colombiana, con la defensa pública, la verdad y la justicia (BERNAL. *Ibíd.* p. 80), vinculadas respectivamente con la necesidad de proteger la comunidad, proteger la investigación y atenuar el riesgo de evasión del imputado de las resultas del proceso y de la pena.

Este principio cuenta con tres sub-principios a saber; Necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad los cuales se definen según Prieto Vega así: (2006).

La necesidad: tiene relación con el estudio específico en el cual se determina que no existan medios diferentes de la medida restrictiva de la libertad, mediante los cuales se asegure de la misma forma la finalidad perseguida con la medida.

La adecuación: implica de un lado la utilidad de la medida de aseguramiento restrictiva para cumplir los fines generales del proceso penal y de otro un examen de los fines y los medios de cara a sopesar cuál de los últimos resulta más adecuado para el cumplimiento de los primeros.

Proporcionalidad y Razonabilidad: este concepto encierra de una parte el principio general que se conoce como prohibición de exceso o de arbitrariedad y desde otra, constituye la aplicación práctica del principio mediante la realización del test o juicio de proporcionalidad con base en la idoneidad, necesidad y ponderación de las medidas examinadas en el caso en particular y del cual la corte constitucional ha hecho referencia en extenso en las sentencias C-022 de 1996, T-230 de 1994, C-530 de 1993, C-445 de 1995, C-093 de 2001 y SU-1219 de 2000.

Por esta misma vía la Corte Constitucional en sentencia C-805 de 2002, adiciona otro sub-principio o criterio y que está acorde con la estructura necesaria para ordenar una detención

preventiva, que denomina criterio de convicción, consistente en la probabilidad de que el procesado sea autor de la conducta punible investigada, este criterio no se encuentra consagrado en el código procesal penal en el artículo 295 como los otros criterios, sino que se encuentra en el inciso primero del artículo 308 y es conteste con la postura asumida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al hacer valer los artículos 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 7.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos en el caso Tibi vs Ecuador del 7 de septiembre de 2004, en el cual el Estado ordenó detención preventiva sin existir indicios suficientes de autoría o participación, decisión que se consideró arbitraria por la Corte Interamericana de Derecho Humanos.

Similares casos se encuentran en los casos Palamara vs Chile del 2005, e inclusive sirven como ejemplo los casos Fox, Cambell y Harley vs Reino Unido 1990 y Murrain vs Reino Unido 1994, donde también se dieron detenciones sin merito sustantivo, entendido este último como la prueba que vincule al imputado con el hecho investigado, ósea la inferencia de autoría y participación responsable (Gómez P. 2014). Precedentes últimos, que aunque no son vinculantes para Colombia, sirven como criterio auxiliar tanto para el sistema interamericano como para la Corte Constitucional colombiana.

Retomando, el principio de proporcionalidad tuvo especial evolución jurisprudencial en Colombia desde la sentencia C-327 de 1997 y la C-774 de 2001, cuando la Corte Constitucional comienza a hacer referencia al tema de la necesidad de la detención preventiva, argumentando que dicha medida tiene su límite en la constitución, específicamente en el propio preámbulo, además en el artículo 2º como garantía de la efectividad de los principios y de los derechos consagrados en la carta, y en los artículos 28 y 29 que garantizan el debido proceso y la presunción de inocencia.

En la actualidad el tema se encuentra decantado y se le da gran trascendencia al juez de control de garantías, desde la sentencia C-591 de 2005 ya citada, hasta la C-1198 de 2008 cuando declaró condicionalmente exequible la expresión “será suficiente la gravedad y modalidad de la conducta punible” del artículo 310 del C.P.P., entre otras valiosas consideraciones, que pusieron coto temporalmente a las decisiones automáticas de los jueces de garantías.

Ahora bien, siguiendo la estructura planteada y que estamos exponiendo en orden ascendente según el articulado de la Ley 906 de 2004, pero que no hace parte necesariamente del camino que el juez tome para sustentar la decisión de solicitud de detención preventiva, ya que luego de conocer plenamente los hechos y los elementos materiales probatorios el juez de garantías debe comenzar su análisis por el artículo 308 de la Ley 906 de 2004.

Es su deber, inicialmente establecer lo referido al mérito sustantivo, que en el proceso penal consiste, en que un hecho investigado tenga carácter de delito y la probabilidad de que el imputado hubiese participado en su comisión, así mismo que existan fundados elementos de convicción que puedan comprometer la responsabilidad penal de la persona procesada, con probabilidades de que sobre dicha persona recaiga una condena penal que lo conduzca a la privación de su libertad.

A esta conclusión según el referido artículo del código de procedimiento penal se debe llegar por una inferencia razonable de autoría o participación.

Según Londoño, A. se ha definido la inferencia razonable, “como una operación lógico analítica encargada de determinar la existencia de una situación a partir de la realidad objetiva de otra, la cual comprende un juicio valorativo de probabilidad o potencialidad inminente” (2011).

Ahora bien, según se avance en el proceso penal, el grado de conocimiento exigido al funcionario judicial, juez o Fiscal según el caso, va aumentando, de tal manera que la ausencia de duda en cuanto a la existencia del delito y la atribución de responsabilidad penal debe ir despejándose a través del filtro del procedimiento (Rey Vega. 2004).

Es así como la inferencia se debe basar en motivos fundados, debidamente respaldados en elementos materiales probatorios, de los cuales se corra traslado a las partes y que estas tengan oportunidad de refutar preliminarmente.

De tal suerte que el legislador no le exige al funcionario jurisdiccional estar totalmente convencido en grado de certeza acerca de la existencia del delito y la responsabilidad del procesado

pues en Audiencias Preliminares no se debate responsabilidad penal, vale decir, no se discute sobre la culpabilidad o inocencia del implicado.

Sin embargo, esta afirmación no implica que el Juez de garantías no esté obligado a realizar un análisis juicioso en punto a la delimitación precisa de la inferencia razonable de autoría o participación en una conducta punible, ni que deje de lado un estudio riguroso de los medios de convicción que sustenta la petición del titular de la acción penal.

Así mismo, en este punto es importante resaltar un principio consagrado legalmente en el artículo 115 de la Ley 906 de 2004 y que pocas veces es traído a colación en las audiencias de garantías, se denomina Principio de Objetividad y consiste en que la Fiscalía adecue su actuación a un criterio objetivo y de transparencia para la correcta aplicación de la Constitución Política y la Ley.

Es decir, que el ente acusador, mediante sus delegados debe realizar un profundo estudio de licitud o legalidad de los medios de conocimiento y un análisis argumentativo lógico de la inferencia razonable reclamada, al igual que una elaborada y correcta construcción dogmática del presunto delito.

Lo anterior, habida cuenta que es la Fiscalía en cuanto titular de la acción y persecución penal, la que ha de constituirse en el primer filtro de legalidad y crear un espacio de fundamentación argumentativa, de cara a ser socializada en audiencia pública preliminar.

En cumplimiento del principio de objetividad, tenemos entonces que la Fiscalía tiene el deber de hacer la argumentación de la inferencia razonable de la comisión del punible, para que el Juez de garantías determine si le asiste razón y, no esperar, como se realiza en muchas audiencias preliminares, que el Juez cumpla exclusivamente con esta carga argumentativa desde la lógica, lo probatorio y lo jurídico.

Analizada y superada, si es el caso, la inferencia razonable de la comisión del punible, se debe proceder al análisis de los requisitos consagrados en los tres numerales del artículo 308, que

para el caso en estudio se trata del requisito 3. “Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia”

Esta causal tiene dos componentes similares que se pueden concretar en que el procesado elude artificiosamente el proceso, ya sea antes o después de la sentencia condenatoria y, está desarrollado en el artículo 312 del C.P.P., el cual es del siguiente tenor:

*“Modificado por el artículo 25 de la Ley 1142 de 2007. El nuevo texto es el siguiente: Para decidir acerca de la eventual no comparecencia del imputado, se tendrá en cuenta, ~~en especial~~, la gravedad y modalidad de la conducta y la pena imponible, además de los siguientes factores:*

- 1. La falta de arraigo en la comunidad, determinado por el domicilio, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades que tenga para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto.*
- 2. La gravedad del daño causado y la actitud que el imputado asuma frente a este.*
- 3. El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro anterior, del que se pueda inferir razonablemente su falta de voluntad para sujetarse a la investigación, a la persecución penal y al cumplimiento de la pena”.*

La necesidad del cumplimiento de los tres factores se deduce:

Del contenido literal del artículo citado en precedencia, y se constata inicialmente, en atención que en los casos en que el legislador exige solo alguno de los requisitos, así lo establece, como en los artículos 308 y 310 de la misma Ley 906 de 2004, en los cuales consagró en sus primeros incisos “se cumpla alguno de los siguientes requisitos” y “alguna de las siguientes circunstancias” respectivamente.

Así mismo la interpretación restrictiva se puede corroborar en lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia: C-1198 de 2008. Magistrado ponente: Nilson Pinilla Pinilla. En la cual declaro inexecutable la expresión “en especial” que fuera adicionada al artículo 312 de la Ley 906 de 2004 por la Ley 1142 de 2007, al considerar que la forma como se presentó la conducta punible o su envergadura, no pueden ser, los criterios especiales y únicos para determinar si el imputado obstaculizará la acción estatal.

Tal como estaba el artículo 312 del C.P.P., antes de la revisión constitucional referida, los tres numerales no tenían ninguna trascendencia, ya que el análisis de la procedencia de la medida se hacía con énfasis en la gravedad y modalidad de la conducta. Por tanto la decisión de la Corte Constitucional, le dio énfasis a los tres factores estipulados por el legislador y los convirtió en imprescindibles para el análisis de la procedencia de la medida y le dio justas proporciones a la gravedad y modalidad de la conducta con respecto a la detención preventiva.

Como complemento de lo anterior, encontramos la sentencia C-695 de 9 de octubre de 2013, del mismo Magistrado Ponente: NILSON PINILLA PINILLA. En la cual refiere la Corte que al modificarse el artículo 312 de la Ley 906 de 2004 por el artículo 25 de la Ley 1142 de 2007, se reemplazó la expresión “además”, por “en especial”, la cual posteriormente fue declarada inexecutable por la ya referenciada sentencia C-1198 de 2008 y estableció que al momento de determinarse la eventual no comparecencia del imputado al proceso, se tendrá en cuenta la gravedad y modalidad de la conducta y la pena a imponer, **“además de los factores originalmente contemplados por el legislador: (i) falta de arraigo, (ii) gravedad del daño causado y la actitud asumida por el agente frente al mismo, y (iii) el comportamiento del imputado durante la actuación o en otra anterior, de modo que se pueda inferir razonablemente su falta de voluntad de sujetarse a la investigación, la persecución penal y el cumplimiento de la pena.** (Resaltado fuera de texto).

Agrega la Corte Constitucional que para determinar la no comparecencia del procesado el juez de garantías **“seriamente deberá considerar los supuestos del artículo 312 para establecer atinadamente el riesgo de su no comparecencia”** (Subrayado es nuestro).



Como se puede ver en estas dos sentencias de control de constitucionalidad las cuales son vinculantes, se reitera que para que se dé la causal de no comparecencia al proceso, se deben cumplir todos los numerales del artículo 312 de la Ley 906 de 2004, los cuales enumera total y reiteradamente en varias oportunidades en las dos sentencias.

Ahora bien establecido lo anterior revisaremos los fundamentos conceptuales para definir la no comparecencia al proceso, según el desarrollo del artículo 312 del C.P.P.

MODALIDAD Y GRAVEDAD DE LA CONDUCTA, se refiere inicialmente a la modalidad de la conducta punible consagrada en el ordenamiento, conforme al artículo 21 del Código Penal, en el que se define que la conducta es dolosa, culposa o preterintencional, en la práctica generalmente se da medida de aseguramiento cuando el delito es doloso, pues esta modalidad encierra los delitos más graves, por lo menos desde la perspectiva de los juristas, no así desde la perspectiva de la gente del común, que por ejemplo consideran de suma gravedad el homicidio culposo agravado, por ejemplo cuando se trata de un conductor ebrio.

La modalidad de la conducta punible se estudia acorde con los cargos imputados por la fiscalía y de los hechos jurídicamente relevantes planteados en dicha audiencia y referidos en la solicitud de medida de aseguramiento, esta se estudia, según las teorías recientes de la tipicidad de la conducta, la cual debe ser concretada por el ente acusador, y estar respaldada por elementos materiales probatorios.

Así mismo, la gravedad de la conducta se establece teniendo en cuenta inicialmente el bien jurídico tutelado, al que hace referencia la conducta punible investigada, ya que existen bienes jurídicos de especial protección para el legislador, frente a los cuales se especifican causales de agravación que pueden incluso doblar las penas en caso de sentencia condenatoria y por lo tanto este aspecto es importante en el análisis objetivo de la procedencia de la detención preventiva.

Lo anterior, nos lleva a la tasación preliminar de la posible pena a imponer, teniéndose en cuenta que cuando se trata de penas muy significativas es posible que estimule al imputado a no comparecer al proceso, sin embargo ello no debe ser analizado de manera aislada, sino que debe

ser considerado en relación con otras circunstancias como por ejemplo el peso de las pruebas incriminatorias (Guerrero Peralta. Op. Cit. 2011).

Sin embargo, como ya se referencio anteriormente en la sentencia C-1198 de 2008. la modalidad y la gravedad de la conducta y la pena a imponer no son los criterios especiales y únicos para determinar si el imputado permitirá la acción estatal, por el contrario, es necesario que se analicen además los criterios subsiguientes contenidos en el artículo 312 de la Ley 906 de 2004, de modo que pueda determinarse la necesidad o no de la medida de aseguramiento no sólo para garantizar su comparecencia, sino el cumplimiento de la sentencia, todo bajo el criterio de necesidad y razonabilidad que constituyen sus presupuestos, al igual que la interpretación restrictiva que sobre las mismas se debe efectuar.

El numeral primero del artículo 312 *Ibidem* se refiere a la falta de arraigo:

El arraigo, según la real academia de la lengua es la acción de arraigar y este a su vez es el acto de Echar o criar raíces o establecerse de manera permanente en un lugar, vinculándose a personas y cosas, así mismo el acto de arraigar también es notificar judicialmente a alguien que no salga de la población, bajo cierta pena, esta última acepción tiene que ver con el derecho civil, del cual fue extraído el concepto de arraigar y tiene que ver con garantizar la presencia del demandado o requerido.

Es decir, el artículo se refiere a la falta de asiento permanente del imputado y estipula que esta circunstancia se puede determinar por el domicilio, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades que tenga para salir del país o permanecer oculto.

El numeral segundo habla de la gravedad del daño causado y la actitud que el imputado asuma frente a este:

Esta gravedad del daño causado, se puede determinar por la posibilidad de resarcir el daño, o si este efectivamente se realizó o solo se puso en riesgo el bien jurídico tutelado, también con elementos tales como, si la persecución penal se sigue de oficio o si el delito es querellable;

también se debe analizar la actitud que el imputado asuma frente al daño, es decir si indemnizó inmediatamente, o restituyó las cosas a su estado inicial.

Frente a la causal tercera, “El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro anterior, del que se pueda inferir razonablemente su falta de voluntad para sujetarse a la investigación, a la persecución penal y al cumplimiento de la pena”. Se deben tener en cuenta la existencia de sentencias ejecutoriadas anteriormente y la comparecencia del acusado al proceso, lo cual casi nunca se da, pues cuando existen antecedentes, el Fiscal fundamenta la solicitud generalmente basado en el artículo 310 numeral 1º. del C.P.P., con lo cual prueba peligro para la comunidad por continuación de la actividad delictiva y no acude a la causal 3ª del artículo 308 ya referida.

Sin embargo, también se puede hacer un análisis sistemático, teniendo en cuenta los artículos 127 y 291 de la Ley 906 de 2004, el primero refiere la ausencia del imputado, que indica en su inciso final, que el Juez de garantías, verificará que se hayan agotado los mecanismos de búsqueda y citaciones suficientes y razonables para obtener la comparecencia del procesado, si el indiciado ha logrado eludir las citaciones, se puede determinar de manera razonable que no tiene la intención de comparecer, así mismo se puede hacer la inferencia en los casos de contumacia (Guerrero Peralta. 2011).

Finalmente para determinar la procedencia de la detención preventiva en establecimiento carcelario se debe verificar si el caso en análisis encaja en alguno de los consagrados en el artículo 313 numerales 1,2,3 y 4, los cuales requieren un análisis objetivo y se destina a lograr detención preventiva para los delitos más graves, sin embargo la mayoría de detenciones se dan con el cumplimiento del numeral 2, considerando que esta causal exige solo el requisito de que el mínimo de la pena imponible sea o exceda de cuatro años.

## **CONCLUSIONES.**

Con respecto a los interrogantes planteados inicialmente concluimos que:

1. Las constantes reformas a la ley sustancial y procesal penales por parte del legislador tienen como una de sus consecuencias el aumento en las detenciones preventivas.
2. Así mismo que el aumento de las detenciones preventivas carcelarias, son una de las causas de la crisis carcelaria y de la congestión judicial.
3. Concluimos también que frente a la causal de medida de aseguramiento por no comparecencia se requiere necesariamente el análisis de los 3 factores enumerados en el artículo 312 de la ley 906 de 2004.

Otras conclusiones son:

1. Existen herramientas en la Constitución, en la jurisprudencia constitucional y en la Ley sustantiva y procesal colombianas, para hacer respetar el derecho a la libertad interpretado como: derecho fundamental, principio y garantía, por parte de los funcionarios judiciales.
2. Aunque existen herramientas como la concepción amplia del derecho a la libertad, estas no son utilizadas en gran medida, por los funcionarios judiciales, al contrario en actitud eficientista se busca la detención preventiva como prioridad.
3. Para la procedencia de la detención preventiva intramural, por cualquiera de las causales consagradas en el artículo 308 de la Ley 906 de 2004 se requiere un gran trabajo argumentativo, tanto del solicitante como de quien resuelve la petición. La decisión, no puede estar basada exclusivamente en la gravedad y modalidad de la conducta y la pena imponible, ya que la normatividad constitucional, exige un análisis sistemático, organizado y concreto de la causal de detención, desarrollando todos y cada uno de los numerales mediante los cuales se desarrolla la causal, así mismo en todos los casos, se requiere hacer interpretación restrictiva y el desarrollo del análisis de proporcionalidad, para establecer o no que la medida es necesaria, proporcional y adecuada, todo esto luego de la inferencia razonable la comisión de la conducta y el cumplimiento de los requisitos objetivos. Todos estos aspectos con sustento en elementos materiales probatorios aportados por las partes, incluso en el análisis de la necesidad y proporcionalidad de la medida debe existir respaldo probatorio y no solo apoyo argumentativo y retorico.

4. El análisis restrictivo, ponderado, sistemático y riguroso, por parte de los diferentes operadores judiciales a la hora de solicitar y resolver medidas de aseguramiento, permitirá poner límite, por lo menos parcialmente, a la concesión indiscriminada de detenciones preventivas, mal fundamentadas, desarrolladas por la intuición y los prejuicios de los funcionarios judiciales, por la presión de los medios de comunicación o el temor de las investigaciones disciplinarias temerarias. Así mismo, se facilitara la implementación de un derecho procesal penal basado en la protección del presunto inocente y la minimización de la reacción violenta del estado frente al delito, con la consolidación de una legitimidad garantista que respeta los derechos fundamentales y los intereses de las minorías.

### **Posibles soluciones:**

Se requieren jueces de garantías y fiscales, proactivos capaces de realizar análisis de control constitucional difuso, que inapliquen las normas que vayan en contravía de la Constitución y los derechos fundamentales, en el entendido que las constituciones de los modernos estados de derecho contienen indicaciones sustanciales que condicionan la tarea del legislador, tornando inválidas sustancialmente las leyes que incumplan con aquellos contenidos tendientes al respeto de derechos fundamentales.

Finalmente queremos resaltar que en el transcurso de la investigación se logró recopilar información, que no dejo de causarnos extrañeza, en el sentido que tanto en la Rama Judicial, en la Fiscalía General de la Nación, en La Procuraduría como en la Defensoría pública, se cuenta con gran cantidad de módulos, catálogos, revistas especializadas, que propenden por la protección de los derechos fundamentales y la interpretación de la procedencia de la detención preventiva como medida excepcionalísima, sin embargo tal cumulo de información, que es difundida en las importantes instituciones referenciadas, no se ve reflejada en las actuaciones de los funcionarios, defensores o el ministerio público, sino que son temas de conferencias, especializaciones, simposios, doctorados, que no logran llevar las ideas a la práctica judicial.

Por ello, es importante lograr que la información no solamente se concrete en textos, sino encontrar que la misma sea asimilada conscientemente por los funcionarios judiciales, así mismo

se deben implementar mecanismos para que los profesionales mejor preparados lleguen a estas instancias de poder, y garantizar el acceso a la carrera judicial por méritos, erradicando el compadrazgo y el método de las recomendaciones y palancas reinante desde hace lustros en las instituciones más importantes del país.

### **Referencias:**

Alexy, Robert. (2003). Tres Escritos sobre los Derechos Fundamentales y la Teoría De Los Principios: Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría jurídica y Filosofía del Derecho, No. 28, Colombia. p. 21.

Alexy, Robert. (2014). Teoría de Los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios políticos y Constitucionales. Madrid.

Aponte, A. (2006). Guerra Y Derecho Penal De Enemigo. Reflexión Crítica Sobre El Eficientismo Penal De Enemigo. Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez. p.p.100-144.

Bernal Cuellar, Jaime y Montealegre Lynett, Eduardo. (2004). El proceso penal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. p.p. 222 a 235).

Bello Montes, Catalina. (2009). Posconflicto en Colombia: un análisis del homicidio después del proceso de desmovilización de los grupos de autodefensa. Revista Criminalidad Policía Nacional Dijin. p. 165.

Cruz Bolívar, Leonardo. Fabián. (2012). Fundamentos de la Detención Preventiva en el Procedimiento Penal Colombiano. Revista Derecho Penal y Criminología N° 95. Universidad Externado de Colombia. p.77.

Ferrajoli, Luigi. (2005) Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal., Editorial Trotta: Madrid. 7a.ed.

Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. (2014). Estándares Internacionales Vinculantes que Rigen la Detención Preventiva. Defensoría del Pueblo.

Guerrero Peralta, Oscar Julián. (2005). Fundamentos Teórico Constitucionales del Nuevo Proceso Penal. Ediciones Nueva Jurídica y Gustavo Ibáñez: Bogotá. p. 112.

Jakobs, G. y Cancio Meliá, M. (2003). Derecho Penal Del Enemigo, Madrid: Civitas. pp. 21-56.

Londoño Ayala, Cesar citado en Prueba Para La Revocatoria de La Medida de Aseguramiento En El Sistema Acusatorio. Del Rio González. XXXII CONGRESO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL. Universidad Libre: Bogotá. P. 181-214.

Orjuela Bossa, María del Pilar. (2013). Garantismo y Medida de Aseguramiento en el Proceso Acusatorio. Librería Ediciones del Profesional LTDA 1ª edición. Bogotá. P. 40.

Pérez Toro, W. F. (2000). Guerra y delito en Colombia. Universidad de Antioquia. p. 14.

Prieto Vega, Alberto José. (2006). Régimen de Libertad en el Sistema Acusatorio Colombiano. Defensoría del Pueblo.

Rey Vega, Carlos. (2004). La Información en la Investigación e Inteligencia Judicial. Leyer: Bogotá.

Uprimny Yepes, Rodrigo. (2008). Bloque de Constitucionalidad Derechos Humanos y Proceso Penal, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. p.77.

---

CESAR LANDA. (2011). Teorías de Los derechos Fundamentales. UNAM. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/6/ard/ard3.htm>, recuperado el 4 de febrero de 2015.

El Tiempo 27 de enero de 2015. Un año de la tragedia de la cárcel de barranquilla que dejó 17 muertos. <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-13498048>. Recuperado 8 de febrero de 2015.

El Tiempo. 14 de febrero de 2014. <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-13498048>. Recuperado el 18 de febrero de 2014.

El Tiempo. 14 de febrero de 2014. <http://www.eltiempo.com/politica/justicia/entrevista-a-yesid-reyes-ministro-de-justicia-sobre-reforma-al-sistema-penal-acusatorio/14707955>. Recuperado 15 de abril de 2015.

El País. 19 de febrero de 2015. <http://www.elpais.com.co/elpais/colombia/noticias/radican-proyecto-busca-cadena-perpetua-para-autores-crime-nes-contra-ninez>. Recuperado 13 de abril de 2015.

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO. Informe rendición de cuentas. Julio de 2013 a junio de 2014. P.26.

<http://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/Rendicion%20de%20cuentasF%20%282%29.pdf>  
recuperado 19 de enero de 2015.

USAID. Programa Observatorio de Reforma a la Justicia primera entrega agosto de 2013. <file:///C:/Users/sandro/Downloads/Reformas%20SPA.pdf>. Recuperado 25 de enero de 2015.

SISIPEC WEB. Enero 2014

[http://www.inpec.gov.co/portal/page/portal/INPEC\\_CONTENTIDO/NOTICIAS%20Y%20NORMATIVIDAD/ESTADISTICAS/INFORMES\\_ESTADISTICOS/INFORME%20ESTADISTICO%20ENEROCORREGIDO03042014.pdf](http://www.inpec.gov.co/portal/page/portal/INPEC_CONTENTIDO/NOTICIAS%20Y%20NORMATIVIDAD/ESTADISTICAS/INFORMES_ESTADISTICOS/INFORME%20ESTADISTICO%20ENEROCORREGIDO03042014.pdf). Recuperado 20 de junio de 2014.

COMISIÓN ASESORA DE POLÍTICA CRIMINAL. Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano. MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO.



2012.

[https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/INFO%20POLI%20CRIMINAL\\_FINAL23NOV.pdf](https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/INFO%20POLI%20CRIMINAL_FINAL23NOV.pdf).

Recuperado 13 de abril de 2015.

Informe de Gestión Sala Administrativa Consejo Superior de la Judicatura. 2013-2014.

<http://www.ramajudicial.gov.co/-/informe-de-gestion-2013-2014-sala-administrativa-consejo-superior-de-la-judicatura>. Recuperado 13 de abril de 2015.

Ámbito Jurídico. 22 de enero de 2015. [ww.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-152201-06procesos\\_represados\\_disminuyeron\\_un\\_25\\_en\\_los\\_ultimos\\_cu/noti-152201-06procesos\\_represados](http://ww.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-152201-06procesos_represados_disminuyeron_un_25_en_los_ultimos_cu/noti-152201-06procesos_represados). Recuperado 14 de abril de 2015.

---

Corte Constitucional Sentencia C- 301 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional Sentencia C-591 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas.

Corte Constitucional Sentencia C-095 de 2003 M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL.

Corte Constitucional Sentencia C-022 de 1996 M.P. CARLOS GAVIRIA DÍAZ

Corte Constitucional Sentencia T-230 de 1994 M.P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Corte Constitucional Sentencia C-530 de 1993 M.P. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO

Corte Constitucional Sentencia C-445 de 1995 M.P. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO

Corte Constitucional Sentencia C-093 de 2001 M.P. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO

Corte Constitucional Sentencia SU-1219 de 2000 M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Corte Constitucional Sentencia C-327 de 1997 M.P. FABIO MORON DIAZ

Corte Constitucional Sentencia C-774 de 2001 M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL

Corte Constitucional Sentencia C-591 de 2005 M.P. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Corte Constitucional Sentencia C-1198 de 2008. M.P. NILSON PINILLA PINILLA.

Corte Constitucional Sentencia C-695 de 9 de octubre de 2013. M.P. NILSON PINILLA  
PINILLA.

Corte Constitucional Sentencia C-936 de 23 de noviembre de 2010. M.P. LUIS ERNESTO  
VARGAS SILVA.

Corte Constitucional Sentencia T-861 de 27 de noviembre de 2013. M.P. ALBERTO ROJAS  
RÍOS.

Corte Constitucional Sentencia T-815 de 12 de noviembre de 2013. M.P. ALBERTO ROJAS  
RÍOS.

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia T-58729 de marzo 27 de 2012, M. P. Javier  
Zapata.