



Coexistencia de medidas de aseguramiento en Colombia

Diana Ospina Fonnegra

Trabajo de grado presentado para optar al título de Especialista en Derecho Procesal

Tutor

Yeison Manco López, Magíster (MSc) en Derecho

Universidad de Antioquia
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Especialización en Derecho Procesal
Medellín, Antioquia, Colombia
2023

Cita	(Ospina Fonnegra, 2023)
Referencia	Ospina Fonnegra, D. (2023). <i>Coexistencia de medidas de aseguramiento en Colombia</i> [Trabajo de grado especialización]. Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia.
Estilo APA 7 (2020)	



Especialización en Derecho Procesal, Cohorte XV.



Biblioteca Carlos Gaviria Díaz

Repositorio Institucional: <http://bibliotecadigital.udea.edu.co>

Universidad de Antioquia - www.udea.edu.co

Rector: John Jairo Arboleda Céspedes.

Decano: Didiher Mauricio Rojas Usma.

Coordinadora de Posgrados: Cristian Guardia López.

El contenido de esta obra corresponde al derecho de expresión de los autores y no compromete el pensamiento institucional de la Universidad de Antioquia ni desata su responsabilidad frente a terceros. Los autores asumen la responsabilidad por los derechos de autor y conexos.

Introducción

En el derecho penal siempre habrá un tópico de absoluta vigencia: la libertad personal y más aún, su privación, restricción o limitación de manera preventiva o cautelar, acotando que al no haberse culminado el relevo generacional de los trámites con diferentes sistemas procesales se puede generar una mixtura, o incluso en palabras de la Corte Suprema de Justicia (CSJ) en el AP3888 del 1 de septiembre de 2021, una *lex tertia*, que podría culminar con una afectación desproporcional.

Y, es precisamente que al ser la libertad un derecho de raigambre constitucional, se realiza todo un desarrollo legal y jurisprudencial en torno a la procedencia de su afectación, para significar la importancia de la libertad en el proceso y más aún, cuando se trata de la privación de esta en etapas previas a la sentencia.

En igual sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha indicado que para que una medida privativa de la libertad se encuentre en concordancia con las garantías consagradas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José, 1969), debe ser excepcional y para que no sea considerada arbitraria, deberá respetar los principios de presunción de inocencia, legalidad, necesidad, proporcionalidad y cumplir los requisitos que se abordarán en el desarrollo de la monografía.

No hay que dejar de lado que Colombia es un país en el cual la privación de la libertad, lejos de ser la excepción se está convirtiendo en la regla general, más cuando se incorporan cada vez más tipos penales con esta consecuencia procesal de la detención preventiva, es decir, una sociedad que día a día exige más afectaciones que garantías, pensando que el sistema está diseñado para los demás.

Es así que se pretende hacer un recuento general de las medidas cautelares, para proseguir con una aproximación básica al concepto de medida de aseguramiento, con sus elementos y clasificación, seguida de la descripción de los requisitos sustanciales y procesales para la imposición de la medida de aseguramiento privativa de la libertad, para finalizar con el desarrollo de los elementos legales y jurisprudenciales para la imposición de la medida de aseguramiento y las características propias de esta institución y así, concluir o establecer los efectos jurídicos de la imposición de dos o más medidas de aseguramiento de detención preventiva de cara a sus fines procesales.

En síntesis, se busca con este artículo, determinar los requisitos y efectos jurídicos de la coexistencia de medidas de aseguramiento, con base en la información recolectada en la actividad investigativa, la cual es cualitativa y consistió en la revisión jurisprudencial respetando los criterios éticos aplicables en el sentido de realizar una debida citación de las fuentes consultadas.

1. Aproximación básica al concepto de medida de aseguramiento

Teniendo en cuenta que las medidas de aseguramiento se encuentran dentro de las denominadas medidas cautelares¹, se hace necesario indicar algunas características generales de estas.

Por consiguiente, se puede indicar que su justificación tiene cabida en los conceptos de apariencia de buen derecho, el peligro en la mora, prevención de daños (Alvarado, 2013) y la previsión legal de la existencia y procedencia de las cautelas, en aras de garantizar el libre acceso a la administración de justicia y la eficacia de la sentencia que dirima los conflictos que originan el proceso, es decir, la materialización de la pretensión.

Simultáneamente, se podría afirmar que, si bien las medidas cautelares se miran desde la perspectiva de la realización de derechos, la mayoría de ellas se solicita, decreta y practica cuando los derechos aún no están definidos, incluso en los procesos ejecutivos (con excepción del derecho penal) y estas tienen la capacidad jurídica de afectar derechos tanto fundamentales como no fundamentales, por su gran trascendencia, incluso de terceros ajenos al proceso.

Así pues, la principal finalidad de la medida cautelar es la satisfacción de derechos, pero no es la única, pues también se pretende mantener el *statu quo* presente al momento de los hechos.

En cuanto a las características de esta institución jurídica, se tiene, según Calamandrei (2005), que es “un instrumento del instrumento”, es decir, del proceso en sí mismo para obtener la finalidad de este, son previsorias, al no tener una vocación de permanencia en el tiempo y su accesoriedad se deriva de estar siempre en una relación de subordinación y dependencia con el proceso principal.

De igual manera, López Blanco (2012), clasifica estas en nominadas e innominadas y reales y personales, siendo estas últimas las de importancia para el presente artículo en torno a la medida

¹ Las cuales están consagradas en todo el ordenamiento jurídico y consecuentemente se pueden solicitar, decretar y practicar en las diferentes especialidades de la jurisdicción, con sus propios efectos jurídicos.

de aseguramiento preventiva. Luego, estas medidas también deben cumplir con unos requisitos, relativos a la necesidad, razonabilidad y proporcionalidad, los cuales serán objeto de desarrollo más adelante en el aparte destinado para ello en el tema específico.

Finalmente, las medidas cautelares, pueden ser objeto de reducción, modificación o adecuación, para que así, solo sea utilizada “en los casos que no exista otra medida menos gravosa que pueda producir idénticos resultados (...) de forma que la detención figura como una medida proporcionada y alejada de toda arbitrariedad”. (López Barja, 2012).

Recapitulando, la visión de los clásicos procesalistas², sobre la característica principal de la provisoriedad de las medidas cautelares, se traduce en la limitación de los efectos de las cautelas en el tiempo, y en relación con el sistema penal, “la detención es una medida cautelar por la que se priva de libertad a una persona con la finalidad de ponerla a disposición judicial. Por esencia su duración es necesariamente corta”. (López Barja, 2012).

En pocas palabras, la calidad de provisoria significa “que los efectos jurídicos de las mismas no solo tienen duración *temporal* (...) sino que tienen duración limitada a aquel período de tiempo que deberá transcurrir entre la emanación de la providencia cautelar y la emanación de otra providencia jurisdiccional” (Calamandrei, 2005) de carácter definitivo.

Ahora bien, en relación con el sistema penal, se tiene que hay temas de gran relevancia jurídica en torno a las medidas cautelares³ que se presentan en el proceso penal, pues, como se indicó desde el inicio, se suele afectar uno de los derechos fundamentales de mayor valor para los individuos: la libertad⁴ y, aunque no sea el objeto del litigio, es una parte fundamental en el desarrollo del mismo.

² Carnelutti, Chiovenda, Calamandrei.

³ Tales como: la responsabilidad judicial, el test de proporcionalidad, criterios para la imposición, ponderación de la medida en el procedimiento penal militar, actuaciones del juez de control de garantías, la medida de aseguramiento en delitos concretos (inasistencia alimentaria, desobediencia, violencia intrafamiliar), la argumentación jurídica de la valoración de la inferencia razonable de autoría, los principios que las rigen, como excepción o regla general, estándar probatorio de la inferencia razonable de autoría como presupuesto para la procedencia de la medida, presunción de inocencia y libertad, control de convencionalidad, responsabilidad penal, hacinamiento carcelario y estado de cosas inconstitucionales, autoritarismo penal, falencias del proceso penal acusatorio, figuras alternativas a la detención en establecimiento de reclusión, populismo punitivo, seguridad jurídica, privación injusta de la libertad, el debido proceso, vencimiento de términos, constitucionalización del Derecho penal, *in dubio pro reo*, ponderación de derechos fundamentales.

⁴ “Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley”. Artículo 28, Constitución Política de Colombia.

A continuación, es entonces pertinente para un mejor entendimiento del objeto de análisis, desarrollar brevemente el siguiente esquema: 1.1 definición. 1.2 características. 1.3 clases de medida 1.3.1 medidas administrativas. 1.3.2 medidas no privativas. 1.3.3 medidas privativas. 1.4 requisitos para su procedencia. 1.5 legitimación. 1.6 estructura del test de proporcionalidad. 1.7 oportunidad. 1.8 control judicial. 1.9 impugnación.

1.1 Definición

Indiscutiblemente el doctrinante Londoño Ayala (2019) en su obra, realiza una excelente exposición de los motivos que lo llevan a construir este concepto, por lo cual no se hace justicia con la paráfrasis y por eso se indica que para él, la medida de aseguramiento es una “decisión jurídica que tiene por objeto la prevención de acciones tendientes a producir detrimento en el ejercicio de la acción penal del Estado, fortaleciéndola y apoyándola por medio de la imposición de una consecuencia jurídica transitoria y provisional...”⁵. En efecto, con esta definición se abarca la estructura de las medidas cautelares ya mencionadas, pero en esta ocasión, en el ámbito penal, por lo cual, ante la claridad del mismo, no se requiere una mayor profundización.

1.2 Características

Puesto que la medida de aseguramiento tiene unas singularidades en el ámbito penal, no hay mejor forma de definir las que por la misma Corte Constitucional en la sentencia C-774 de 2001, en donde indicó que “la medida de aseguramiento tiene un carácter preventivo, 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”; por lo cual se tiene que dentro de las medidas de aseguramiento de carácter privativo de la libertad, se hallan las consistentes en la detención preventiva en establecimiento de reclusión o en la residencia del imputado, frente a las cuales se pueden presentar la revocatoria, prórroga o sustitución, en tanto no se haya producido el sentido del fallo.

⁵ Continúa indicando que a través de la aplicación del juicio de proporcionalidad se determina su justeza y la cantidad de intervención en la libertad del sujeto pasivo de la acción penal con miras al cumplimiento de los fines procesales de la medida.

Adicionalmente, la competencia para decretar y practicarla está en cabeza de los jueces con función de control de garantías y, según lo establecido en el parágrafo 1° del artículo 39 de la Ley 906 de 2004, “en los casos que conozca la Corte Suprema de Justicia, la función de juez de control de garantías será ejercida por un magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá”, es decir, que quien dirime el conflicto penal es diferente a quien aplica la cautela, quien tiene esta facultad hasta antes de que se emita el sentido del fallo por parte del juez de conocimiento.

1.3 Clases de medidas

Se pueden clasificar en tres, administrativas varias, de las cuales se hará referencia a las limitativas de la libertad y la más relevante en este trabajo: las privativas de la libertad, consistentes en la detención preventiva en cualquiera establecimiento carcelario o en lugar de residencia, como medida cautelar personal, existente en el proceso penal desde sus inicios (Casas, 2011).

Dentro de las medidas administrativas, se pueden identificar el embargo y secuestro de los bienes de propiedad del procesado y la prohibición de enajenar establecida en el artículo 97 del código de procedimiento penal.

Ahora, las medidas de detención preventiva, también tienen entre sí una clasificación correspondiente a: medidas no privativas de la libertad, las cuales se encuentran estipuladas en el literal B⁶ del artículo 307 del código de procedimiento penal (CPP), las cuales pueden ser concurrentes. Y, seguidamente, se tienen las medidas privativas de la libertad, que se encuentran establecidas en el literal A⁷ del artículo 307 del CPP. Las cuales serán desarrolladas paulatinamente en el transcurso del análisis.

1.4 Requisitos para su procedencia

No puede pasar por inadvertido que la afectación de este derecho puede vulnerar otros derechos de igual jerarquía en etapas previas e incluso posteriores a la condena, que no son objeto

⁶ La obligación de someterse a vigilancia electrónica, persona o institución determinada; presentación periódica ante autoridad, observar buena conducta, prohibición de salir del país o de concurrir a determinados lugares o de comunicarse con determinadas personas, la caución real o la prohibición de salir del lugar de habitación entre las 6:00 p.m. y 6:00 a.m.

⁷ Detención preventiva en establecimiento de reclusión o en la residencia señalada por el imputado.

de la facultad punitiva del Estado, y por esta razón el sujeto pasivo de la acción penal debiese soportar el proceso penal con el disfrute pleno de su libertad, pues mientras se define la subsunción o no de los hechos jurídicamente relevantes en el tipo penal para concluir en una sentencia absolutoria, podrían pasar varios días, meses e incluso años de privación de libertad. No obstante, se han establecido criterios especiales para su procedencia, de lo cual se puede indicar que...

La imposición de una medida de aseguramiento, conlleva un componente subjetivo por parte del administrador de justicia, y es la valoración de los fines constitucionales que se encuentran plasmados en el artículo 308 del código de procedimiento penal, por ser un concepto sin referente empírico y, por lo tanto, no susceptible de comprobación, deja a la discrecionalidad del juez tanto la selección de las circunstancias que sirven de fundamento a la inferencia, como la interpretación de éstas, lo que conduce a la indefensión del imputado y que las garantías constitucionales tengan un rol prevalente en estas decisiones, además porque la refutación no es posible en las audiencias de esta naturaleza. (Valoyes, 2020)

En consonancia con lo anterior, se hace necesario referenciar el contenido del citado artículo 308 del estatuto procesal penal, pues este de manera expresa delimita los criterios subjetivos de análisis legal que debe realizar el juez en ejercicio de la función de control de garantías, consistentes en: la inferencia razonable de autoría o participación soportada en elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, necesaria para cumplir uno o varios de los fines constitucionales determinados en evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia⁸, el peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima⁹ y asegurar la comparecencia del imputado o el cumplimiento de la sentencia¹⁰, criterios desarrollados en los artículos 309 al 312.

Seguidamente, se tiene el artículo 313, el cual se puede afirmar que contiene requisitos objetivos para la procedencia de la medida de aseguramiento de carácter restrictivo de la libertad en establecimiento carcelario cuando se trate de delitos de competencia de los jueces penales del

⁸ Artículo 309, Ley 906 de 2004.

⁹ Artículos 310 y 311, Ley 906 de 2004.

¹⁰ Artículo 312, Ley 906 de 2004.

circuito especializados, investigables de oficio cuya pena mínima sea igual o superior a 4 años de prisión, en los referidos en el Título VIII del Libro II del código penal cuando se sobrepase la cuantía de ciento cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes o cuando la persona haya sido capturada por delito o contravención dentro de los 3 años previos a la captura o imputación sin que se haya precluido o absuelto la investigación y adiciona unos específicos para las investigaciones contra los miembros de grupos delictivos organizados y grupos armados organizados en el artículo 313A.

1.5 Legitimación

Dado que la acción penal está en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, tal y como lo establece el artículo 250 constitucional, es quien está legitimada para solicitarla, sin embargo, a través del desarrollo jurisprudencial a partir de la sentencia C- 209 de 2007 y de la importancia de la víctima como interviniente especial, la representación de la víctima tiene esta legitimación en el evento que el órgano acusador no la solicite, según lo establecido en el inciso 4° del artículo 306 de la Ley 906 de 2004¹¹, además tiene unos requisitos específicos que no serán abordados, pues hay grandes discusiones teóricas y prácticas sobre esta facultad extraordinaria.

1.6 Estructura del test de proporcionalidad

Seguidamente, arribando en el artículo 295 del Código de Procedimiento Penal, el cual consagra la afirmación de libertad y, a su vez, establece los parámetros mínimos para afectarla excepcionalmente, los cuales consisten en la necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad dentro de los límites consagrados para proteger los fines perseguidos por el legislador ya mencionados previamente, por lo cual también se estipulan cuáles son esas maneras de afectar legal y legítimamente este derecho con las denominadas medidas de aseguramiento, ya sean privativas, restrictivas o limitativas de la libertad, sin olvidar la finalidad de la restricción de la libertad, establecida en el artículo 296 de la Ley 906 de 2004, así:

¹¹ “La víctima o su apoderado podrán solicitar al Juez de Control de Garantías, la imposición de la medida de aseguramiento, en los eventos en que esta no sea solicitada por el fiscal”.

“La libertad personal podrá ser afectada dentro de la actuación cuando sea necesaria para evitar la obstrucción de la justicia, o para asegurar la comparecencia del imputado al proceso, la protección de la comunidad y de las víctimas, o para el cumplimiento de la pena”.

1.7 Oportunidad

Con motivo de lo anterior, se tiene entonces que la oportunidad para que se solicite la imposición de la medida preventiva limitativa o restrictiva de la libertad se encuentra habilitada durante todo el desarrollo de la actuación procesal, entre la audiencia de formulación de imputación y hasta antes de la emisión del sentido del fallo.

1.8 Control judicial

Puesto que es el juez con función de control de garantías el facultado para imponer la medida de aseguramiento, es este quien debe, con las herramientas proporcionadas por el ordenamiento jurídico en sentido amplio, realizar los controles legales, constitucionales y convencionales para la imposición de la medida con los elementos con vocación probatoria que aporta, generalmente, la Fiscalía General de la Nación en las etapas primigenias del proceso penal, pues dicho sea de paso, se presenta una escasez de medios probatorios por parte de la defensa para desvirtuar la inferencia razonable de autoría o los fines constitucionales que se pretenden proteger, generalmente en los eventos de captura en flagrancia con procedencia y solicitud de imposición de medida de aseguramiento.

1.9 Recursos o impugnación

Finalmente, frente al auto que decreta la imposición de la medida de aseguramiento privativa de la libertad consistente en la detención preventiva en establecimiento de reclusión o en la residencia del imputado/acusado/procesado, se debe indicar que proceden los recursos tanto de reposición como de apelación, este último, en efecto devolutivo.

2. Elementos legales y jurisprudenciales para la imposición de la medida de aseguramiento y las características propias de esta institución

La prisión preventiva tiene una finalidad instrumental. Esta afirmación se desprende tanto de la interpretación del artículo 308 del código de procedimiento penal, así como de lo indicado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso Bayarri vs Argentina en el cual se señala:

“69. Este Tribunal ha observado que la prisión preventiva “es la medida más severa que se puede aplicar a una persona acusada de delito, por lo cual su aplicación debe tener carácter excepcional, limitado por el principio de legalidad, la presunción de inocencia, la necesidad y proporcionalidad, de acuerdo con lo que es estrictamente necesario en una sociedad democrática”, pues “es una medida cautelar, no punitiva”.

Es importante señalar que existen una serie de criterios de obligatoria observancia desde la perspectiva de la Corte y de la Comisión Interamericana para la limitación tanto al Derecho Humano a la libertad como la garantía procesal de la presunción de inocencia; pues esta como se ha visto tiene un fin instrumental, así como los preceptos de proporcionalidad y necesidad se encuentran como necesarios para su imposición en el contexto de la jurisprudencia constitucional colombiana, como puede leerse en la sentencia C- 469 de 2016.

El presupuesto de la instrumentalidad de la medida preventiva es una garantía de la libertad y de la presunción de inocencia y es lo que precisamente permite determinar que la medida no es una sanción previa o que constituye un adelantamiento de la sanción sin el juicio previo. La proporcionalidad es un juicio que se realiza en cada uno de los casos y que debe considerar, efectivamente las circunstancias de hecho que rodean la imposición de esta, pues resulta contrario tanto a la jurisprudencia, como legalmente improcedente la imposición automática de la medida de prisión preventiva por comportamientos que legalmente no contengan esta prescripción o que aunque teniéndolos, no se agoten los fines instrumentales que contiene esta, es decir, imponerla a sabiendas de que el imputado comparecerá al proceso, que este no afectará el proceso o sus pruebas o que este no revista un peligro para las víctimas.

Resulta, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana y en cierta medida, de la Corte Constitucional, problemático el numeral segundo del artículo 308, donde se habla de un peligro para la sociedad o para las víctimas, además, la procedencia deberá acompañarse de las prescripciones del artículo 313 del estatuto procesal penal, así como también los presupuestos de peligrosidad para la sociedad también se encuentran regulados en el artículo 310, estos hacen referencias a la calidad y cantidad de delitos imputables, el hecho de estar disfrutando de un mecanismo sustitutivo de pena privativa o la existencia de sentencias condenatorias por delitos dolosos o preterintencionales.

En este caso, los conceptos circunscritos a la defensa de la comunidad están vinculados a las condiciones personales y no guardan forzosamente una relación entre la eventual peligrosidad del individuo y los elementos que permitan afirmar de manera efectiva, no solo desde la enunciación normativa, sino desde lo fáctico este elemento de peligrosidad, para tal efecto conviene exponer la postura dentro del salvamento de voto de la sentencia C-469 de 2016 del magistrado Alberto Rojas Ríos, para quien la protección de este fin constitucional va en contra de la jurisprudencia interamericana, así:

“Un estudio comparativo entre la jurisprudencia constitucional y los estándares internacionales fijados por la CIDH y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con la detención preventiva, evidencia la existencia de un elevado grado de sincronía. Lo anterior se pone de presente, por ejemplo, en el acatamiento de principios tales como: (i) carácter excepcional de la detención preventiva; (ii) reserva legal del diseño de la medida de aseguramiento; (iii) reserva judicial para el decreto de la detención preventiva; (iv) necesidad de indicios suficientes sobre la responsabilidad del procesado en la comisión de la conducta punible; (v) ejercicio del derecho del procesado; (vi) principios de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad de la medida; y (vii) existencia de causales legales previas que determinen cuándo procede la detención preventiva.

En el tema de las causales de procedencia de la detención preventiva, se presenta una ligera desarmonía entre la jurisprudencia constitucional y los estándares internacionales vigentes en la materia.

Como se ha explicado, tanto la Comisión como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de manera constante, han sostenido por años que la detención preventiva sólo procede por causales procesales, más concretamente: riesgo de fuga y obstaculización de la justicia.

La Corte Constitucional, por el contrario, ha considerado que la protección a la seguridad de la sociedad también es una causal válida para el decreto de una medida de aseguramiento de detención preventiva. Sobre el particular, en fallo C-1154 de 2005, tal Corporación sostuvo lo siguiente:

“Igualmente, la protección de la comunidad en aras de impedir la continuación de la actividad delictual, puede concebirse como fin propio de la detención preventiva a partir de la consideración del mandato del artículo 1º de la Constitución, según el cual, el Estado colombiano se encuentra fundado en “la prevalencia del interés general”, cuyo desarrollo explica el precepto consagrado en el artículo 2º de la Constitución Política, por el cual, es fin esencial del Estado, “asegurar la convivencia pacífica” de la comunidad, no obstante, esta atribución debe actuar en concordancia con el principio de la dignidad humana, y por lo tanto, para no lesionar las garantías fundamentales del sindicado, el ejercicio de esta atribución impone la necesidad de investigar lo favorable como desfavorable al acusado”.

Posteriormente, en sentencia C-390 de 2014, siguiendo los precedentes sentados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Constitucional afirmó que “la privación de libertad del procesado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que sólo se puede fundamentar en un fin legítimo.”

Sin embargo, en sentencia C-231 de 2016, la Corte Constitucional declaró exequible la expresión “el futuro” contemplada en el parágrafo del artículo 2 de la Ley 1760 de 2015, “por los cargos analizados en la presente sentencia”, es decir, un segmento normativo presente en el artículo 308 de la Ley 906 de 2004.

Una de las principales razones para encontrar ajustada a la Constitución la expresión demandada fue que, del análisis de cada una de las finalidades de las medidas de aseguramiento contempladas en el código procesal penal, concluyó que ninguna de ellas se aplica para sancionar una situación ocurrida en el pasado, sino para evitar que valoradas las condiciones actuales del proceso se presente una situación en el futuro, como cuando se valora si la persona constituye un

peligro para la sociedad, la posible obstrucción al debido ejercicio de la justicia, la no comparecencia del imputado al proceso o el no cumplimiento de la sentencia.

Así las cosas, la Corte Constitucional estima necesario ajustar su jurisprudencia a los estándares internacionales vigentes en materia de detención preventiva, y en consecuencia, considerar que el examen sobre la libertad del individuo representa un peligro para la sociedad, no puede ser una causal para decretar dicha medida. (Sentencia C-469 de 2016, salvamento de voto del magistrado Alberto Rojas)

Esta interpretación realizada por el magistrado Rojas, no solo cumple con los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sino que también reduce a las proporciones instrumentales que debería contener esta figura procesal; pues la protección a la sociedad inicialmente se estableció como una figura procesal y no para determinar la peligrosidad de la persona ni mucho menos para adelantar o acumular las sanciones.

Desde la perspectiva del derecho procesal, es importante retomar que esta clase de normas cumplen un carácter instrumental, que, por esta característica, precisamente si bien son de libre configuración por parte del legislador, esta libertad no es absoluta, como lo señaló el magistrado Rojas existe un deber y una restricción de cara a los fines constitucionales.

Si bien la reserva legal en materia de medidas restrictivas a la libertad es legítima por cumplir con el principio democrático y así lo ha reconocido la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos, no se encuentra justificación en que autoridades distintas a las judiciales aplicaran medidas de privación de la libertad de manera preventiva; por lo cual existen límites tanto constitucionales como convencionales que garantizan la protección de este derecho fundamental.

En este aspecto es que resulta valiosa la postura del voto disidente del magistrado Rojas, puesto que manifiesta que los presupuestos como la peligrosidad del investigado resulta contraria al sistema interamericano, así como contrario a la Constitución; pues de igual manera se está creando una suerte de contienda entre un derecho abstracto e indeterminado de la sociedad con respecto al derechos particulares y concretos de ciudadanos como es la presunción de inocencia y la libertad, aún todavía más, se sacrifican estos derechos con un uso instrumental de la norma procesal, lo que hace más gravosa esta vulneración.

Por último, si bien las normas procesales en materia de privación preventiva parecieran dar cuenta de algunos elementos de formalidad e instrumentalidad, en algunos elementos dejan de contar con estos elementos, para pasar a convertirse en efectivos mecanismos de prevención

general o especial, pues se justifica la aplicación de esta medida en contra de las personas más por sus condiciones personales que por los presupuestos legales e instrumentales de protección al proceso.

Coexistencia de medidas de aseguramiento privativas de la libertad

En el contexto colombiano, a pesar de las dificultades anteriormente indicadas, es importante indicar que esta ha sido modificada y no podrá tener una duración mayor a un año, tal y como lo indica la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal en el auto penal 4711 del 4 de julio de 2017, con respecto a la imposición continuada de medidas de prisión preventiva se ha dicho:

“Con la entrada en vigor de los términos previstos en el art. 1º de la Ley 1786 de 2016, a partir del 1º de julio de 2017 (según el art. 5º ídem), es dable afirmar que en Colombia, salvo lo previsto en los párrafos 2º y 3º del art. 317 de la Ley 906 de 2004, “el término de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad no podrá exceder de un año. Cuando el proceso se surta ante la justicia penal especializada, o sean tres o más los acusados contra quienes estuviere vigente la detención preventiva, o se trate de investigación o juicio de actos de corrupción de los que trata la Ley 1474 de 2011 o de cualquiera de las conductas previstas en el Título IV del Libro Segundo del C.P., dicho término podrá prorrogarse, a solicitud del fiscal o del apoderado de la víctima, hasta por el mismo término inicial. Vencido el término, el juez de control de garantías, a petición de la Fiscalía, de la defensa o del apoderado de la víctima podrá sustituir la medida de aseguramiento privativa de la libertad de que se trate, por otra u otras medidas de aseguramiento no privativas de la libertad de que trata el presente artículo”.

Como lo destacó la Corte Constitucional en la sentencia C-221 de 2017, el propósito de la norma fue el de reforzar el uso excepcional de la medida de aseguramiento en el proceso penal, mediante introducción de límites materiales a la imposición de la prisión preventiva y la fijación de términos máximos de duración, tanto en cada una de las fases del proceso (artículo 317

numerales 4 al 6 de la Ley 906 de 2004), como en general para todo el trámite. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal en sede de tutela, 2017)

Si bien, estas normas buscan precisamente garantizar los derechos a la libertad y a la presunción de inocencia, así como la garantía judicial de ser juzgado en un plazo razonable, reconocida en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, su finalidad se va diluyendo en las excepciones que incluye la norma y que desvincula el uso de la prisión preventiva como garantía del proceso, de las víctimas o de las pruebas.

Vuelve a darse la tensión entre el derecho que tiene el ciudadano a ser juzgado guardando la presunción de inocencia y el uso excepcional de las medidas instrumentales garantes del proceso y se da lugar a una serie de condiciones que permiten la extensión, la imposición y la ruptura de un término que debería ser perentorio para extender su uso, así como su nueva imposición a lo largo del tiempo, pues nada tiene que ver con el proceso que la conducta la cometan tres o más personas, o bien que se trate de delitos vinculados a la corrupción o que se adelanten ante la justicia especializada; estas circunstancias no dan cuenta de una razonabilidad o necesidad para que se aplique la prisión preventiva que es de uso excepcional y cuya finalidad es garantizar elementos del proceso, pero las circunstancias anteriormente descritas no parecen razonablemente vinculadas a garantizar el proceso tal y como puede verse en la misma sentencia de la referencia.

En efecto, al tratarse de una medida cautelar, accesoria al proceso, la aplicación de la detención preventiva de ninguna manera tiene que ver con los rasgos estructurales que caracterizan el curso de la investigación y el juzgamiento en uno u otro esquema procesal. En el mejor lenguaje procesalista, la medida de aseguramiento tiene una naturaleza incidental que difiere del objeto mismo del proceso penal -la determinación de la responsabilidad penal de un individuo-. Es un apéndice, y por ello, su aplicación no está en capacidad de trastocar las bases fundamentales, características y diferenciadoras de un determinado modelo de enjuiciamiento penal.

Desde una perspectiva constitucional derivada del numeral primero del artículo 250, las medidas de aseguramiento sirven al logro de los cometidos asignados al derecho penal, en tanto instrumento de protección -de última ratio- de bienes jurídicos, y persiguen, en concreto, el aseguramiento de la comparecencia al proceso, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad. Estas finalidades han de conseguirse al margen de las formas propias y la tendencia asignada a la investigación o al juzgamiento. De ahí que la teleología asignada a la detención preventiva sea la misma en las Leyes 600 de 2000 (art. 355) y 906 de 2004 (art. 296). Lo que varía,

entonces, es la regulación específica de las medidas cautelares personales en una u otra codificación procesal penal.

Y dentro de esa regulación, como se expuso en precedencia, el establecimiento de un límite máximo de vigencia de la detención es manifestación de la garantía fundamental y derecho humano a ser juzgado dentro de un plazo razonable o ser puesto en libertad. Por consiguiente, debiendo hacer parte del debido proceso cautelar, la norma que fija ese plazo y asigna una consecuencia jurídica a su incumplimiento no es una institución propia o privativa del esquema de investigación y juzgamiento acusatorio-adversarial desarrollado por la Ley 906 de 2004, por lo que su aplicación retroactiva a situaciones gobernadas por la Ley 600 de 2000 de ninguna manera resquebraja el sistema mixto previsto en esta última codificación.

De suerte que, por las anteriores razones, el parágrafo 1º del art. 307 de la Ley 906 de 2004, modificado por el art. 1º de la Ley 1786 de 2016, es del todo aplicable a procesos regidos por la Ley 600 de 2000. Por tratarse de un derecho fundamental de toda persona investigada o juzgada penalmente con privación de su libertad personal, los plazos establecidos en la norma rigen para ambos procedimientos.

Ahora, si bien la referida norma menciona al juez con función de control de garantías como competente para sustituir la medida de aseguramiento por vencimiento del término máximo de vigencia de la detención preventiva, ello no es razón suficiente para predicar la imposibilidad de aplicación retroactiva a procesos tramitados por la Ley 600 de 2000. La competencia recaerá, según la fase procesal, en el fiscal o en el juez de la causa.

De otro lado, la inexistencia de medidas de aseguramiento no privativas de la libertad en la Ley 600 de 2000 (art. 356 inc. 1º) tampoco es óbice para impedir la limitación de la vigencia de la detención preventiva -establecida en la Ley 906 de 2004- en dicha codificación. Al respecto, también la Corte tiene definido que, en virtud del principio de favorabilidad, es dable aplicar las medidas de aseguramiento previstas en el art. 307 literal b) de la Ley 906 de 2004 a procesados investigados o juzgados bajo los ritos procesales de la Ley 600 de 2000 (Corte Suprema de Justicia, 2017)

Con base en lo anterior, en la práctica se ve que cuando coexisten procesos penales en contra de una misma persona, a esta se le pueden imponer medidas de aseguramiento por cada uno y se van imponiendo cuando fenece la que se encuentre vigente; por darse un ejemplo, cuando una persona se encuentra enfrentando una medida de aseguramiento por un delito sexual, cuando esta

o bien ha excedido el término y se encuentran razones para continuar con las medidas por la comisión de otro proceso penal, los fiscales suelen solicitar la medida de prisión preventiva en otro proceso penal.

Esta postura que se presenta en la práctica, es problemática, dado que a lo largo del presente artículo se ha indicado que existen tanto constitucionalmente como convencionalmente el derecho a la garantía judicial implica que esta debe darse dentro de un plazo razonable y de igual manera, se insiste en la finalidad instrumental de la medida de aseguramiento; es decir, la privación de la libertad debe ser de carácter excepcional y aunque una persona cuente con varios procesos penales, la concurrencia sucesiva de medidas con ocasión de la coexistencia de procesos penales sin sentencia genera una vulneración a esta garantía judicial establecida como Derecho Humano.

De igual manera, puede darse que existan medidas cautelares tanto personales como de otro tipo, como por ejemplo la imposibilidad de transferir bienes, o bien, en algunos casos puede darse que una persona cuente con una medida de privación de la libertad y se le imponga la imposibilidad de transferir bienes o tomar medidas que permitan la eventual indemnización a las presuntas víctimas por la comisión de la conducta, con arreglo al artículo 92 del Código de Procedimiento Penal.

En últimas, la concurrencia de medidas, procesalmente pueden ocurrir, siempre y cuando se busque establecer algún elemento del proceso, sea para la garantía de los fines del proceso, tal y como puede verse en los lineamientos que da la Fiscalía General de la Nación en la directiva 001 de 2020:

“Uso de la caución como medida de aseguramiento no privativa de la libertad. Dentro del catálogo de medidas de aseguramiento no privativas de la libertad dispuestas en el numeral 8 del literal B del Art. 307 de la Ley 906 de 2004, resalta la posibilidad de solicitar la prestación de una caución real adecuada por parte de la persona imputada u otra a favor de aquella”.

Esta medida podrá solicitarse individualmente o de manera conjunta con otras para asegurar su cumplimiento, siempre que no se trate de una persona de notoria insolvencia, observando lo dispuesto en el inciso 2 de los Arts. 307 y 319 de la Ley 906 de 2004. Por tanto, el fiscal del caso podrá examinar la viabilidad de imponer esta medida y solicitar su imposición, en la cuantía que

considere razonable y proporcional de acuerdo a las condiciones del caso concreto, ante el Juez de Control de Garantías.

La elección e interpretación de las medidas de aseguramiento no privativas de la libertad. El literal B del Art. 307 de la Ley 906 de 2004 establece cuáles son las medidas de aseguramiento no privativas de la libertad que pueden ser solicitadas por los Fiscales. Estas medidas están sujetas al principio de legalidad y sólo pueden solicitarse y adoptarse, aquellas que están incluidas en la norma. Sin embargo, existen varios elementos del régimen de medidas de aseguramiento no privativas de la libertad que pueden ser usados para definir un esquema que sirva verdaderamente a las finalidades constitucionales del caso concreto.

En primer lugar, esta disposición incluye una variedad de medidas como los mecanismos de vigilancia electrónica, el sometimiento a vigilancia, la obligación de presentarse, la obligación de observar buena conducta, la prohibición de salir del país, la prohibición de comunicarse con determinadas personas, la caución y la prohibición de salir del lugar de habitación en determinado horario. En segundo lugar, algunas de estas medidas requieren la definición de contenidos específicos, lo que supone un margen de apreciación a las necesidades del caso concreto. Un ejemplo de esto es la medida de observar buena conducta, que en cada caso puede permitir la restricción de comportamientos específicos útiles al cumplimiento de la finalidad constitucional.

Conclusiones

Una vez expuestos algunos de elementos de la medida cautelar de prisión preventiva en Colombia, se ha visto su vínculo con Derechos Humanos reconocidos por la Convención Interamericana de Derechos Humanos, así como en el ordenamiento jurídico colombiano.

En esta revisión se ha observado que, si bien las normas enuncian que la medida de detención preventiva es de carácter instrumental, de carácter excepcional y debe obedecer a los principios de legalidad, proporcionalidad, razonabilidad y necesidad, cada uno de los elementos debe contar con su debido acervo probatorio, así como en la decisión en la que se fundamenta, agotar los test que permitan determinar cada uno de los elementos fundantes de esta medida; es decir, corresponde contar con los elementos de valoración conjunta, así como con la argumentación sólida y suficiente para su interposición.

En este sentido, el vínculo que tiene el uso de la prisión preventiva como excepcional y sometida a ciertas condiciones especiales, se da porque esta forma de prisión genera una vulneración al derecho a la libertad a la presunción de inocencia, como a la garantía de contar con una respuesta judicial efectiva, es decir, que no existan moras injustificadas a lo largo del proceso que afecten precisamente a las personas que están siendo investigadas.

Algunos elementos normativos, si bien, han pasado el test constitucional, algunos miembros de las Cortes han advertido no solo que las normas alrededor de la prisión preventiva en Colombia no cumple con el estándar interamericano y sobre todo convierten las herramientas de garantía del proceso en elementos de adelantamiento de la barrera jurídico penal; pues estas están más vinculadas a una serie circunstancias particulares de los investigados que a efectivos instrumentos de generación de un aspecto de seguridad al proceso.

Se ve, en igual sentido que las normas que plantean elementos que en principio son garantes del derecho a la libertad, como la no extensión de la medida de aseguramiento por más de un año, con las excepciones donde sí podría ampliarse contienen más casos dentro de lo exceptuado, que dentro de los casos donde se debería dar una aplicación estricta de la duración máxima de un año.

Por último, basta contrastar cualquier informe actual de la situación carcelaria colombiana, así como la declaratoria de estado de cosas inconstitucional en relación con las personas privadas de la libertad, donde un gran número de las personas que se encuentran en cárceles, estaciones de policía e incluso en parques para darse cuenta de que esta condición de excepcionalidad de la prisión preventiva en el caso colombiano es la regla y que como se ha visto, en muchos casos, con ocasión de las formas de configurarlo no cuentan como elementos procesales, sino como formas de criminalizar previamente o de permitir juicios peligrosistas bajo el pretexto de garantizar elementos del proceso.

Referencias

- Alvarado Velloso, A. (2013). *El procedimiento cautelar y la solución urgente y anticipada de una pretensión* [conferencia]. XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal.
- Calamandrei, P. (2005). *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Ara editores.
- Casas Farfán, L.F. (2013). La detención domiciliaria en el marco de los principios que rigen las medidas de aseguramiento. *Temas Socio-Jurídicos*, 30(61). Recuperado a partir de <https://cutt.ly/7JVwBHs>.
- Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia*. <https://cutt.ly/AJVBkxQ>.
- Colombia. Congreso de la República. (2004). *Ley 906 de 2004* (agosto 31): *por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*. Diario Oficial.
- Colombia. Corte Constitucional (2001). *Sentencia C-774-01, 25 de julio. Expediente D-3271. M.P. Rodrigo Escobar Gil*.
- Colombia. Corte Constitucional (2005). *Sentencia C-1154-05, 15 de noviembre. Expediente D-5705. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa*.
- Colombia. Corte Constitucional (2007). *Sentencia C-209-07, 21 de marzo. Expediente D-6396. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa*.
- Colombia. Corte Constitucional (2014). *Sentencia C-390-14, 26 de junio. Expediente D-10009. M.P. Alberto Rojas Ríos*.
- Colombia. Corte Constitucional (2016). *Sentencia C-231-16, 11 de mayo. Expediente D-11022. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub*.
- Colombia. Corte Constitucional (2016). *Sentencia C-469-16, 31 de agosto. Expediente D-11214. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva*.

Colombia. Corte Constitucional (2017). *Sentencia C-221-17, 19 de abril. Expediente D-11685. M.P. José Antonio Cepeda Amarís.*

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2016). *Auto AP7109-2016, 12 de octubre, radicación 46148. M.P. Patricia Salazar Cuéllar.*

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2017). *Auto AP1130-2017, 22 de febrero, radicación 29726. M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández.*

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2017). *Auto AP4711-2017, 24 de julio, radicación 49734. M.P. Eugenio Fernández Carlier.*

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2018). *Auto 11001600010120215007501, AP5198-2018, 5 de diciembre, radicación 54213. M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.*

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2019). *Auto 11001600010120215007501, AP051-2019, 16 de enero, radicación 54351. M.P. Patricia Salazar Cuéllar.*

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2021). *Auto 11001600010220150040001, AP2169-2021, 2 de junio, radicación 59594. M.P. Eugenio Fernández Carlier.*

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2023). *Auto 11001600010120215007501, AP170-2023, 1 de febrero, radicación 62964. M.P. Myriam Ávila Roldán.*

Costa Rica. Corte Interamericana de Derechos Humanos (2008). *Caso Bayarri vs. Argentina, 30 de octubre.*

Londoño Ayala, C.A. (2019). *Medidas de aseguramiento. Análisis constitucional.* (2 ed.) Ediciones Nueva Jurídica.

López Barja de Quiroga, J. (2012). *Tratado de Derecho penal. Tomo I.* (5 ed.) Editorial Aranzadi S.A.

López Blanco, H.F. (2012). *Instituciones de derecho procesal civil colombiano.* Dupre Editores.

Organización de los Estados Americanos (OEA). (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”*. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf>.

Valoyes, J.A. (2020). *Medidas de aseguramiento privativas de la libertad y sus garantías constitucionales*. [tesis de maestría, Universidad Cooperativa de Colombia]. Repositorio Institucional UCC. <https://cutt.ly/2JVrL4w>.