

# La detención preventiva en Colombia frente al principio de libertad en los derechos humanos\*

*Fabián Antonio Sorza Cepeda\*\**

## Resumen

Una exploración a la figura de la detención preventiva en el procedimiento penal colombiano, genera la necesidad de valorar en estricto sentido el funcionamiento de la detención preventiva en el proceso penal Ley. 906 de 2004, y, qué argumentos expone el sujeto procesal para solicitar la detención preventiva, y así mismo qué fundamentos aplica el juez de control de garantías para imponer o negar la solicitud que le fuere presentada a fin de privar o no de la libertad al imputado.

*Palabras clave:* ley de proceso penal, detención preventiva, privación de la libertad, sujeto procesal.

## Abstract

An exploration to the figure of the Colombian criminal procedure called preventive detention, generates the need for rating performance of pre-trial detention in the criminal procedure law in the strict sense. 906 of 2004 and arguments exposes the litigation subject to pre-trial detention, and himself that fundamentals applied warranties Control judge to impose or deny the request which is presented in order to deprive or freedom the accused.

---

\* El presente trabajo de investigación es presentado como opción de grado para optar al título de magíster en Derechos Humanos y Derecho Internacional de los Conflictos Armados de la Escuela Superior de Guerra, siendo vinculado al grupo de investigación "DDHH, DICA y Justicia".

\*\* Abogado, Universidad Jorge Tadeo Lozano. Correo electrónico: [fabiorzace@gmail.com](mailto:fabiorzace@gmail.com)

*Keywords:* penal law process, preventive detention, deprivation of liberty, procedural subject.

## Introducción

La Ley 906/2004 faculta al fiscal para solicitar la imposición de la medida de aseguramiento en contra de un imputado, desde la configuración de ciertos presupuestos legales y jurisprudenciales ante el juez penal municipal con función de control de garantías. Esto implica en cierto modo, una restricción a la libertad del encartado en un Estado social de derecho sin haber sido este ni oído ni vencido en juicio, lo cual podría devenir en la flagrante violación de sus derechos constitucionales; al ser la libertad la regla general y su privación la excepción, en un estadio donde no se daría plena aplicación al principio de igualdad de armas.

¿Y el respeto, interpretación, promoción, aplicación y defensa de los derechos humanos se tienen en cuenta al momento de imponer la detención preventiva?

La Ley 906/2004 respecto a la detención preventiva se muestra insuficiente para proteger derechos de los particulares dentro del juicio penal, lo que implica la vulneración de los derechos fundamentales para las personas inmersas en un proceso penal en Colombia. El Estado colombiano también ha sido víctima del régimen de la detención preventiva por las demandas recibidas a causa del mal empleo de la imposición de la privación de la libertad. Esta realidad genera la necesidad de hacer un análisis sobre la dinámica de la detención preventiva: cómo se utiliza y aplica en el procedimiento penal colombiano y su impacto económico y social para las víctimas.

## Diseño metodológico

La investigación se desarrolló aplicando el método de observación estructurada directa de audiencias de medida de aseguramiento. Se observaron directamente 46 audiencias de medida de aseguramiento que se celebraron en la ciudad de Bogotá D. C. 25 de estas coincidían con el objeto de la investigación. Previa solicitud en el Centro de Servicios Judiciales de los juzgados penales en Bogotá. Y una audiencia que evidenciamos personalmente en audiencia pública, siendo indiferente la clase de delito por el cual se procedía. Aquí tuvimos la oportunidad de conocer general y detalladamente el funcionamiento de la medida de aseguramiento y cómo opera la solicitud, quién la solicita, quién la decide, por qué se solicita, qué finalidades preexisten para la imposición y cuál es la tendencia respecto de la decisión del juez en cuanto a la solicitud de imponer la detención preventiva.

Luego de una previa solicitud al Centro de Servicios Judiciales sobre audiencias preliminares, conocida como “El Combo”, se da la legalización de la captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento; diligenciamos los formatos de investigación que permitieron interpretar, sistematizar y graficar la información.

## **La medida de aseguramiento: un riesgo para la sociedad**

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, en el artículo 14.2 expresa “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”. Por su parte, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales del 4 de noviembre de 1950, consagra en el artículo 6.2: “Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que la culpabilidad haya sido legalmente declarada”; en este mismo Convenio en el artículo 5.3 se hace alusión a la presunción de inocencia. En el artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se ratifica la forma fundante de la presunción de inocencia, por virtud del cual:

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

La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, ratificado por Colombia a través de la Ley 16/1974 dispone en su artículo 8: “Toda persona inculpada del delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”. En la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano hay tres artículos que recogen los principios fundamentales en materia de legislación criminal. Uno de ellos, el artículo IX, refiere directamente la presunción de inocencia del imputado. Acoge la noción principal de la crítica que existía por parte de los pensadores ilustrados al duro tratamiento que recibía el imputado en el proceso inquisitivo. Según el cual el imputado no debe ser tratado como culpable, y el resto del precepto trata sobre las consecuencias que de esta premisa se derivan en el ámbito de la prisión provisional.

En reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional afirma que la adopción de medidas preventivas y cautelares en el proceso penal no desconoce la presunción de inocencia, puesto que no implica la determinación de responsabilidad alguna a tener un fin preventivo y no sancionatorio, por ello su imposición no requiere de una sentencia condenatoria ni de un juicio previo. Ha dicho la Corte en cuanto a las medidas de aseguramiento que:

La presunción de inocencia, en la cual descansa buena parte de las garantías mínimas que en un Estado democrático puede ofrecer a sus gobernados, no riñe, sin embargo, con la previsión de normas constitucionales y legales que hagan posible la

aplicación de medidas preventivas, destinadas a la protección de la sociedad frente al delito y asegurar la comparecencia ante los jueces de aquellas personas en relación con las cuales, según las normas legales preexistentes, existan motivos válidos y fundados para dar curso a un proceso penal, según elementos probatorios iniciales que hacen imperativa la actuación de las autoridades competentes [...]. La detención preventiva, que implica la privación de la libertad de una persona en forma temporal con los indicados fines, previo el cumplimiento de los requisitos contemplados en el artículo 28, inciso 1°, de la Constitución Política, no quebranta en sí misma la presunción de inocencia, dado su carácter precario que no permite confundirla con la pena, pues la adopción de tal medida no comporta definición alguna acerca de la responsabilidad penal del sindicado y menos todavía sobre su condena o absolución [...].

La persona detenida sigue gozando de la presunción de inocencia pero permanece a disposición de la administración de justicia en cuanto existen razones, previamente contempladas por la ley, para mantenerla privada de su libertad mientras se adelanta el proceso, siendo claro que precisamente la circunstancia de hallarse este en curso acredita que el juez competente todavía no ha llegado a concluir si existe responsabilidad penal [...].

Hay una diferencia entre las personas en régimen de prisión preventiva y las personas cuya culpabilidad se ha reconocido. Se presume que las personas en régimen de prisión preventiva son inocentes. Al aplicar las presentes normas respecto de las personas en régimen de prisión preventiva, los encargados de hacer cumplir la ley solo pueden imponer las condiciones que se indiquen concretamente, a no ser que se señale otra cosa. Dicho con otras palabras, las personas en régimen de prisión preventiva deberán hallarse en una situación en la que las imposiciones y las condiciones que se le apliquen lo sean únicamente para cerciorarse de que comparecerán en el juicio, de que no podrán alterar las pruebas y de que no podrán cometer otros delitos. Si la reclusión fuera precisa, los oficiales podrán imponer también las restricciones necesarias para mantener el orden y la seguridad en el lugar de reclusión. Sea como fuere, las personas en régimen de prisión preventiva no podrán ser objeto de “castigo” (Organización de las Naciones Unidas, 1994).

La culpabilidad es por tanto, supuesto ineludible y necesario de la responsabilidad y de la imposición de la pena, lo que significa que la actividad punitiva del Estado tiene lugar tan solo sobre la base de la responsabilidad subjetiva de aquellos sobre quienes recaiga. En esos términos, resulta abiertamente inconstitucional la norma de la ley penal que prevea hechos punibles sancionables objetivamente, esto es, tan solo por la verificación de que la conducta del sujeto encaje materialmente en los presupuestos normativos, sin que se tenga en cuenta la culpabilidad. También se opone a la Constitución, y de manera flagrante, la norma legal que presuma la culpabilidad del imputado.

La presunción de inocencia, en la cual descansa buena parte de las garantías mínimas que un Estado democrático puede ofrecer a sus gobernados, no riñe, sin embargo, con la previsión de preceptos constitucionales y legales que hagan posible la aplicación de medidas preventivas, destinadas a la protección de la sociedad frente al delito y a asegurar la comparecencia ante los jueces de aquellas personas en relación con las cuales, según las disposiciones legales preexistentes, existan motivos válidos y fundados para dar curso a un proceso penal, según elementos probatorios iniciales que hacen imperativa a la actuación de las autoridades competentes.

## **Privación injusta de la libertad antes de sentencia condenatoria**

La detención preventiva es privar de la libertad al indiciado, imputado y/o acusado durante el proceso penal que curse en contra de él/ella; esto quiere decir, antes de la sentencia condenatoria que decida sobre la comisión del presunto delito. El sujeto sobre quien se decida la solicitud de imposición estará privado de la libertad durante el transcurso del proceso penal; a menos que se revoque la detención preventiva (Código de Procedimiento Penal, 2004, art. 318) o que se le otorgue la libertad provisional en virtud de alguna de las causales establecidas en el Código de Procedimiento Penal (art. 317).

La detención preventiva es distinta de la figura de la captura. La captura es otra modalidad que pone en riesgo el derecho a la libertad y que consiste en “un acto material o físico de aprehensión que se puede llevar a cabo antes, durante o después del proceso” (Bernal y Montealegre, 2002, p. 168). La captura puede configurarse de maneras diferentes. Una fórmula en lo que respecta a este tema, es la imposición de la medida de aseguramiento.

El concepto claro de detención preventiva es cardinal en lo que respecta a este asunto. Así, sabiendo el significado de la restricción de la libertad antes de juicio, es más palpable identificar dentro de la imposición de la medida de aseguramiento los riesgos para el Estado social, en especial para ciertos principios constitucionales y derechos fundamentales que carecen de protección en el proceso penal, cuando no se tiene certeza de la responsabilidad penal ni de la comisión efectiva del delito.

Al no tener claridad de los hechos ni de la participación real de la persona en el presunto hecho punible (tipicidad, antijuricidad y culpabilidad), y así aplicársele la restricción de la libertad, se estará en presencia de la privación injusta de la libertad antes de sentencia condenatoria, ocasionada por la falta de garantías legales, constitucionales y fundamentales de todo individuo involucrado en un proceso penal, implicado por razones indeterminadas en la comisión de un presunto delito; además de las herramientas jurídicas inexistentes que permitan garantizar el goce de los derechos del procesado mientras se compruebe su real participación.

Desde la perspectiva formal definida por el procedimiento penal colombiano se considera una medida de aseguramiento (Código de Procedimiento Penal, 2004, arts. 306 y ss.) y por lo tanto, como una medida procesal cautelar. Aunque esta óptica es discutible teniendo en cuenta el punto de vista material, esto es, que suple la realidad social, la cual no debería entenderse como una pena de prisión sin sentencia condenatoria; pues esto la convertiría en una figura inconstitucional, por atentar contra los principios constitucionales del derecho penal como lo es el derecho penal de acto (Código de Procedimiento Penal, arts. 6 y 9; Constitución Nacional, art. 29), la presunción de inocencia (Código de Procedimiento Penal, 2004, art. 7; Constitución Nacional, art. 29) y la libertad penal (Código de Procedimiento Penal, 2004, art. 2; Constitución Nacional, art. 28).

De acuerdo con lo precedente, pareciese que se habría estado en presencia de una auténtica pena privativa de la libertad, pues esta posee las mismas características. En los centros carcelarios de Colombia se vulnera y viola con demasiada frecuencia los derechos fundamentales y el derecho internacional, con las medidas que se toman durante el proceso penal antes que se decida y/o se determine sobre el hecho, materia de investigación.

El control de legalidad de las medidas de aseguramiento y de decisiones relativas a la propiedad, tenencia o custodia de los bienes, previsto en el artículo 392 del Código de Procedimiento Penal, que fue declarado exequible por la Corte Constitucional con la sentencia C-805 del 1 de octubre de 2002, bajo el entendido que el control no solo puede ser invocado por el interesado, su defensor y el Ministerio Público, sino además por la parte civil cuando el funcionario judicial se abstiene de adoptar medida de aseguramiento; presenta las siguientes particularidades:

Es llevado a cabo por el juez de conocimiento, para garantizar los derechos y garantías constitucionales de los sujetos procesales, y puede ser formal y material. El material recae sobre la existencia de la prueba mínima para asegurar y se presenta por errores de hecho y de derecho en que haya podido incurrir la Fiscalía al apreciar la prueba.

Los errores de hecho pueden ser falsos juicios de existencia, identidad y raciocinio, y los de derecho por falsos juicios de legalidad y de convicción. Equivocaciones que además de ser demostradas deben dar como resultado la desaparición de la prueba mínima para asegurar, para que prospere el control de legalidad.

[...] este control material también puede ser solicitado en relación con la valoración de la necesidad de imponer la medida de aseguramiento frente a los fines objetivos constitucionales y legales que persigue, esto es, garantizar la comparecencia del procesado al trámite y a la eventual ejecución de la pena, y evitar que continúe delinquiendo y que ejecute actos atentatorios contra la intangibilidad de la prueba (Trujillo, 8 de octubre de 2003).

Una figura de carácter inconstitucional según una tesis sustancialista o sustantivista, que sostiene que la medida de aseguramiento es una plena pena de prisión que quebranta los parámetros estructurales de un marco jurídico legal y constitucional; mientras que las tesis procesalistas aseveran que se trata de una simple medida de aseguramiento o procesal cautelar. La sustentación primordial en la tesis procesalista se genera en los fines de la detención preventiva como medida de aseguramiento que son diferentes a los fines de la pena de prisión.

La medida de aseguramiento de detención preventiva debiera buscar fines de aseguramiento del correcto desarrollo y efectividad del proceso penal, esto es, fines procesales. En tanto que entre los fines de la detención preventiva esté el de evitar el peligro para la comunidad y para la víctima (Código de Procedimiento Penal, 2004, arts. 308, 310 y 311; Constitución Nacional, art. 250.1), se mantiene *grosso modo* el sustentado argumento. El peligro para la comunidad y la víctima es igual si se habla de reiteración de la comisión del delito en el derecho internacional de los derechos humanos y del derecho comparado.

## **La detención preventiva en el contexto internacional. Normativa, doctrina y jurisprudencia, su impacto en el derecho comparado**

La Declaración Universal de los Derechos Humanos expresa en su artículo 11 que:

1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.
2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 9 expresa que:

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueren delictivas según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

Y el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia manifiesta: “Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable”. Este derecho constitucional fundamental deriva cuatro consecuencias que son: a) carga de la prueba

por el Estado (*Onus probandi incumbit accusationis*), “corresponderá al órgano de la investigación penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal [...] en ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria” (Ley 906/2004, art. 7); b) prohibición de la confesión, “Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil” (Constitución Nacional, art. 33) en armonía con el artículo 8 de la Ley 906/2004; c) *in dubio pro reo*, “La duda que se presente se resolverá a favor del procesado”; y d) libertad del acusado como regla y no como excepción.

La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser regla general, pero su libertad podrá subordinarse a que aseguren su comparecencia en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo/numeral 3 del artículo 9 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en línea con el artículo 2 de la Ley 906/2004. En el artículo 295 de la misma ley se dice:

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 y proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales.

Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal. Por lo tanto, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado. En ningún caso podrá invertirse la carga de la prueba. Para dictar sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda. A pesar de que en el Congreso de la República se suprimió la expresión “razonable”, algunas normas de desarrollo del artículo 7 (norma rectora), conservan el término suprimido, por ejemplo en el artículo 372 se dice: “las pruebas tienen por fin llevar al conocimiento del juez más allá de duda razonable”.

Lo dispuesto en el artículo 381 declara que “Para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio [...]”. Aquí no se utiliza el vocablo “razonable”, por lo cual esta institución de la duda, se debe interpretar en el contexto de la norma rectora dispuesta en el artículo 7 de la Ley 906/2004. Reflexiona el profesor Jaime Torres Vega (1993) desde el examen de los textos internacionales sobre derechos humanos, del artículo 27.2 de la Constitución italiana y del artículo IX de la DDHC estar en presencia de tres distintos significados del enunciado “presunción de inocencia”:

Primero, la presunción de inocencia podría ser el concepto fundamental alrededor del cual se constituye todo un modelo de proceso penal, en concreto el proceso penal de corte liberal, en el que se procura establecer garantías para el imputado frente a la actuación



punitiva estatal. Este es el significado que tiene la presunción de inocencia en el debate doctrinal en torno a las distintas concepciones del proceso penal defendidas por las diferentes escuelas penales italianas.

Segundo, la presunción de inocencia podría referirse al tratamiento del imputado durante el proceso penal, conforme con el cual habría de partirse de la idea de que el inculpado es inocente y, por ende, reducir al mínimo las medidas respectivas de derechos en el tratamiento del imputado durante el proceso, en este sentido hay que atribuir a la invocación de la presunción de inocencia en el artículo IX de la DDHC de 1789.

Tercero, la presunción de inocencia podrá ser también una regla directamente referida al juicio de hecho de la sentencia penal, con incidencia en el ámbito probatorio, de acuerdo con la cual la prueba completa de la culpabilidad del imputado debe ser suministrada por la acusación, imponiéndose la absolución del inculpado si la culpabilidad no queda suficientemente demostrada. Este es el significado que se da a la presunción de inocencia en los sistemas jurídicos de influencia anglosajona y que debe atribuirse a los artículos 11.1 de la DUDH, 14.2 del PIDCP y 6.2 del CEDH.

El sistema penal con tendencia acusatoria se precia de las siguientes garantías en torno al tema de las medidas cautelares personales o medidas de aseguramiento, a través de las cuales se exterioriza inicialmente el respeto a la presunción de inocencia a pesar de que la gran discusión universal sobre el punto es “si la persona es inocente para qué se le encarcela anticipadamente a la sentencia de condena”, se compadece la intromisión en tanto que la imposición de la medida cautelar personal-privativa de la libertad sea excepcional o el último recurso y que a esa conclusión se arrije sometidos a los juicios de proporcionalidad, razonabilidad, idoneidad y necesidad.

La presunción de inocencia impone una regla de tratamiento a favor del acusado durante la sustanciación del proceso penal que implica la reducción al mínimo de cualquier medida de derechos del imputado durante el proceso. Cualquier medida que altere esta regla debe considerarse una excepción y no un elemento constitutivo del derecho.

Duport utiliza el derecho a la presunción de inocencia como límite a las medidas cautelares privativas de la libertad, precedentes a una declaración de culpabilidad. Cualquier medida contra un todavía no culpable debe ser de aseguramiento y no sancionatoria. Ello explica que para proteger a la persona sospechosa se exige un criterio de estricta necesidad y de la indispensabilidad de la detención. En ese sentido el profesor D' Haillecourt defiende que el artículo 9 de la DDHC se une directamente con la protección de la libertad, pues autoriza el arresto de un sujeto que se presume inocente; es decir, todavía inocente, con el único fin de asegurar su persona para el juicio. Para el autor, dicho artículo 9 es reflejo y ejemplo de la voluntad que la asamblea de 1789 tenía de conciliar los derechos individuales con la necesidad de represión del infractor de la ley penal.

Se debe entender a la presunción de inocencia como una garantía de la libertad personal frente al ejercicio sancionador “arbitrario” del Estado. No es una garantía absoluta frente al poder de represión estatal en caso de infracción de la ley, sino solo frente a la represión arbitraria, no sometida a derecho y no garantizada por la intervención de los jueces, y que en el caso de aplicarse previo al proceso excede la cautela para convertirse en castigo, concepto este muy semejante a lo que hoy conocemos como garantía jurisdiccional.

A continuación unas premisas que justifican que la restricción de la libertad física en realidad sea la excepción y no la regla, para acompañar de mejor forma que la presunción de inocencia es un límite a la medida cautelar personal privativa de la libertad y como límite es un radio de acción del postulado universal que el derecho penal debe estar cimentado en el respeto a la dignidad humana, quienes están llamados en mejor modo a comulgar con estos asuntos son los jueces de garantías (nada ajeno a la Fiscalía), y por eso estos derroteros deben ser en la práctica judicial denominador común para la toma de decisiones que busquen restringir el derecho a la libertad de locomoción.

Premisas: los intervinientes en el proceso penal serán tratados con el respeto debido a la dignidad humana. Toda persona tiene derecho a que se respete su libertad. Nadie podrá ser molestado en su persona ni privado de su libertad sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente emitido con las formalidades legales y por motivos antes definidos en la ley.

El juez de control de garantías previa solicitud de la Fiscalía General de la Nación o de las víctimas, ordenará la restricción de la libertad del imputado cuando resulte necesaria para garantizar su comparecencia o la preservación de la prueba o la protección de la comunidad, en especial de las víctimas. En el ejercicio de las funciones de control de garantías, preclusión y juzgamiento, los jueces se orientarán por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia.

En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria. La actuación procesal se desarrollará teniendo en cuenta el respeto a los derechos fundamentales de las personas que intervienen en ella y la necesidad de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia. En ella los funcionarios judiciales harán prevalecer el derecho sustancial.

Las normas de procedimiento penal que autorizan de manera preventiva la privación o restricción de la libertad del imputado tienen carácter excepcional, solo podrán interpretarse restrictivamente y su aplicación debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales que son peligro de fuga (no comparecencia), obstrucción a la actividad probatoria y protección a las víctimas y la comunidad. El fiscal y la víctima tienen la facultad de solicitar medidas cautelares personales indicando la persona, el delito y los elementos de conocimiento necesarios para sustentarlas y su urgencia.

El ente acusatorio y la víctima cuando soliciten medida cautelar personal tienen la obligación de indicar o emitir cuál es la inferencia razonable vigente, con base en los me-

dios de conocimiento para pedir la medida cautelar personal del imputado como autor o partícipe de la conducta punible; esto en aras de que la defensa pueda ejercer la controversia oportuna que sin duda es el ejercicio de contradicción a que se refiere el artículo 29 de la Carta Política de 1991. El que se materializa en la sala de audiencia cuando la defensa expone medios de conocimiento para desvirtuar los de la Fiscalía o la víctima, de lo contrario la controversia pertinente sería utópica y en donde queda el postulado universal de la igualdad de armas.

El juez para imponer o no dicha medida, debe hacer inferencia razonable según los medios de conocimiento que le presenten los peticionarios, para arribar a la conclusión o decisión que tome, pues de esa forma permite el ejercicio del contradictorio a través de los medios de impugnación. Eso contribuye a que las decisiones de los jueces no se tomen sobre criterios subjetivos ajenos a los medios de conocimiento enseñados y evaluados en dicha audiencia.

Impera acorde con lo predicado por el artículo 307 de la Ley 906/2004 el principio de gradualidad de las medidas cautelares personales, que va desde privativas en cárcel a residencia y no privativas de la libertad en sus variantes, pero también una medida cautelar personal que debe ser objeto de revocatoria en armonía con los presupuestos fácticos y jurídicos que dejen sin peso la decisión judicial. No es imperativo categórico luego que la Fiscalía sostenga que deba solicitarse la medida de aseguramiento como presupuesto necesario para una acusación, prima la excepcionalidad para privar de la libertad a una persona en este sistema, lo que pone a tono la legislación procesal patria con los estándares internacionales.

El derecho que tiene el acusado de defenderse no se puede eludir ni directa ni indirectamente. El imputado debe poder contar con la posibilidad de allegar pruebas que desvirtúen la solicitud del fiscal o la víctima en el sentido de que el juez de garantías decida sobre las medidas pues, de otro modo, no se le estaría garantizando un juicio justo, contradictorio. Por lo demás, se le estaría negando la aplicación del principio de igualdad de armas. El imputado frente a la decisión que adopte el juez de garantías restringiendo su derecho fundamental de la libertad personal, tiene plenas facultades para interponer los recursos ordinarios por sí o mediante su defensa técnica.

También está facultado para exigirle al juez de garantías que cualquier interpretación que haga para imponer una medida cautelar personal debe ceñirse a lo dispuesto en el artículo 93.2 de la Constitución Política Nacional: “los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia” (adición acto legislativo 2/2001, art. 1). En varias oportunidades la Corte Constitucional ha dicho que el juez de control de garantías, juez constitucional por excelencia, es el “garante de los derechos constitucionales y [...] supervisor de la actuación de las autoridades públicas y de los particulares en la etapa de

investigación penal [...] tiene a su cargo la ponderación y armonización de los derechos en conflicto”.

De esta forma, es lógico sostener que el funcionario judicial que tiene a su cargo conciliar la eficacia y la garantía del derecho penal, en tanto que preservar los derechos y libertades individuales que consagra la Constitución y, al mismo tiempo, debe favorecer la eficacia de la investigación penal como método escogido por las sociedades civilizadas para sancionar el delito y materializar la justicia en el caso específico, puede decretar pruebas de oficio cuando lo considere en estricto indispensable para desarrollar su labor. De hecho, no se trata de convertir la etapa de preparación al juicio en una fase investigativa por parte del juez, por lo que, dentro de la lógica del sistema acusatorio, él no tendría autorización para averiguar la veracidad de lo ocurrido o para preparar la acusación o la absolución del indiciado, se trata de permitirle al juez instrumentos adecuados para ejercer su función de guardián de los derechos y libertades en tensión en el proceso penal. Toda duda acerca del ejercicio de la teoría del delito y probatorio debe resolverse a favor del imputado.

Son requisitos *sine qua non* para solicitar una medida cautelar personal (privativa o no de la libertad física): los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia; con base en esos elementos probatorios y evidencias físicas recogidos y asegurados o en la información obtenida legalmente, se debe arribar a una inferencia razonable, esto es, que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga. Relacionado con lo anterior se manejan unas categorías de la teoría del delito como son la autoría y participación, y eso es para abordar en que se es autor o partícipe no de una infracción a la moral y buenas costumbres sino “una conducta delictiva”.

Para el legislativo en materia penal, una conducta es delictiva cuando es típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado; todo ello conlleva la necesidad de un análisis de las tres categorías que estructuran la teoría del delito a la hora de un juez imponer o no una medida cautelar personal privativa de la libertad o no privativa. Con eso se demuestra que no es cierto que el juez de garantías es ajeno a la responsabilidad penal, pues entonces cómo llega a la conclusión de “autoría y participación de una conducta delictiva”; no se puede predicar que una persona sea presunta autora o partícipe de una conducta que no sea típica, antijurídica y culpable, lo contrario entonces lleva a pensar que las decisiones de los jueces de control de garantías serían sobre responsabilidad objetiva.

Los jueces de control para garantizar la presunción de inocencia tienen el deber constitucional de aferrarse no solo a los medios de conocimiento, sino a la teoría del delito. Como lo señala el profesor Juan Bustos Ramírez, la teoría del delito es un producto de la dogmática. La doctrina, partiendo del derecho positivo, ha ordenado y sistematizado en las categorías tipicidad, antijuricidad y culpabilidad las reglas jurídicas que condicionan la posible responsabilidad penal de una persona.

La ordenación y sistematización de estas reglas facilita su interpretación y su aplicación práctica en el análisis de los casos concretos. En tanto que las normas están integradas dentro de un sistema, su interpretación obliga a considerarlas en conjunto de modo que guarden coherencia entre sí. Por eso, la teoría del delito cumple también una función de garantía, pues no solo evita una aplicación arbitraria de la ley penal, sino que permite calcular cómo se va a aplicar dicha ley en un caso preciso.

Las anteriores razones fundamentan la doctrina y la línea jurisprudencial de que la imposición de una medida cautelar de cualquier orden no allana la garantía constitucional de la presunción de inocencia, por eso las medidas tienen el calificativo de cautelar, siendo provisionales y taxativas revocables en cualquier momento en que los argumentos de sustento se desvanezcan por medio de elementos de conocimiento que se acreditan ante un juez de garantías. En efecto, la única restricción impuesta por el legislador al mando de maximización enunciado en el derecho a la presunción de inocencia, es la previsión legal de las que llamamos “medidas cautelares”. Y tales medidas cautelares son justamente medidas procesales en un doble sentido: se adoptan dentro del proceso de enjuiciamiento y necesitan de un proceso propio para ser adoptadas.

El hecho de que se adopten dentro del proceso, es decir, una vez empieza a actuar al respecto meramente procesal del derecho a la presunción de inocencia, puede llevarnos a error, y estimar que estas medidas no son límites del derecho, sino elementos definitorios del contenido del derecho, como así concluyen otros autores. Desde la teoría constitucional de los derechos fundamentales, no podemos tomar las medidas cautelares “como delimitadoras del derecho” a la presunción de inocencia.

Primero, no son garantías procesales similares a “la garantía de la prueba de cargo”, a la de “mínima actividad probatoria”, a la de “pruebas practicadas en el juicio oral”, etc., que calificamos como “garantías contenido del derecho”. Todas estas protegen la libertad y demás derechos fundamentales del inculpado frente al proceso. Protegen al inculpado del proceso en sí. Mientras que las “medidas cautelares” salvaguardan el “proceso” o un buen funcionamiento de la justicia, o el orden público, o la paz social frente al inculpado. El objeto de protección no es tan solo procesado, sino el procesado en sí o desde una perspectiva más amplia, otros bienes superiores del ordenamiento.

Segundo, las medidas cautelares adelantan los efectos de la sentencia judicial, e incluso antes de la celebración del juicio. Y no sería lógico que aquello contra lo que se enfrenta el derecho a la presunción de inocencia, sea a su vez la que le define. La presunción de inocencia impone una regla de tratamiento a favor del acusado durante la sustanciación del proceso penal que implica la reducción al mínimo de cualquier medida de derechos del imputado durante el proceso. Cualquier medida que altere esta regla debe considerarse una excepción y no un elemento constitutivo de derecho.

Tercero, las garantías procesales que definimos como “contenido del derecho” se establecen por el legislador para asegurar el tratamiento de la inocencia del acusado durante

el proceso. Sin embargo, las medidas cautelares parten de una concepción diferente del procesado. Precisamente porque es su “presunta culpabilidad”, la que hace temer por el desarrollo y desenlace del proceso. Y es esta “presunta culpabilidad”, cimentada en indicios ciertos de comisión del delito, la que justifica la imposición de medidas cautelares, que garanticen la sanción penal al final del juicio.

En definitiva, las medidas cautelares no pueden entenderse como contenido del derecho en cuanto a “delimitación del derecho”, pues no son restricciones para el ejercicio normal del derecho a la presunción de inocencia, sino límites del derecho, pues constituyen por propia definición, restricciones ocasionales, justificadas por circunstancias extraordinarias como son el temor a que el juicio no se celebre por la ausencia del acusado o a la comisión de otros delitos semejantes, o a la pérdida de evidencias necesarias en la investigación y en el enjuiciamiento de los hechos, etc. Que condicionan la esfera protegida por el derecho a la presunción de inocencia.

La visión constitucional sobre este punto tiene una doble vía: reconocer que la imposición de una medida cautelar personal y la acusación no desquebrajan en ningún argumento la presunción de inocencia, como de otra manera esa presunción de inocencia como garantía constitucional no es inconveniente para que un juez previa valoración y análisis de los medios de conocimiento que le presente la Fiscalía o la víctima no pueda decretar una medida cautelar personal, sometido sin duda al principio de la reserva judicial de que trata el artículo 28 de la norma superior, pasando el tema por el filtro de los postulados del derecho internacional de los derechos humanos: proporcionalidad, necesidad, razonabilidad e idoneidad para arribar a los fines constitucionales de peligro de fuga y obstrucción a la actividad probatoria.

La doctrina marca el principio de inocencia fundamental del Estado de derecho como el punto de partida para analizar todos los problemas y aspectos de la aplicación de las medidas cautelares sobre todo, la detención preventiva. Este principio indica, que toda persona debe ser considerada inocente mientras no se destruya su estado jurídico de inocencia en un juicio, mediante sentencia ejecutoriada o firme.

“Según se observa, la necesidad emerge directamente de la necesidad del juicio previo. De ahí que se afirme que el imputado es inocente durante la sustanciación del proceso” (Ovejero, 2006) o que “los habitantes de la nación gozan de un estado de inocencia, mientras no sean declarados culpables por sentencia firme, aun cuando respecto a ellos se haya abierto una causa penal y cualquiera que sea el proceso de esa causa” (Ovejero, 2006).

Como explica Binder (1993), el principio de inocencia no dice que el imputado sea un verdadero inocente, es decir, que no haya participado en la comisión de un hecho punible. Su significado consiste en atribuir a toda persona un “estado de inocencia”. Es por ello que en virtud de esta presunción de inocencia, es el fiscal quien tiene que probar la acusación

y el acusado tiene el beneficio de la duda. También este principio consiste en que nadie podrá ser considerado culpable sino es por sentencia, dictada en un juicio. Para Maier:

El principio de inocencia exige, entre otras cosas, que el imputado sea tratado como inocente durante la sustanciación del caso penal en su contra. La consecuencia más importante de esta exigencia, que obliga a tratar como inocente al imputado, consiste en el reconocimiento del derecho a permanecer en libertad durante el proceso, y en las limitaciones que necesariamente deben ser impuestas al uso excepcional de la coerción estatal durante el procedimiento penal, sin importar la gravedad del hecho que se le atribuye o a la verosimilitud de la imputación (1996, p. 490).

La pregunta que surge entonces es: ¿cómo compatibilizar la aplicación de las medidas cautelares, y sobre todo de la detención que viola el derecho a la libertad de las personas, con el principio de inocencia?

No existe contradicción entre este principio y la imposición de medidas cautelares, porque como ya se dijo, al hablar sobre el juicio previo, la solicitud de imponer la medida cautelar no debe tomarse como un castigo anticipado ni mucho menos responder a criterios tan subjetivos como la peligrosidad del delincuente o la gravedad del tipo del delito cometido. La aplicación de las medidas cautelares debe responder a un fin procesal, que es asegurar la presencia del imputado al momento del juicio (evitando su fuga o la obstaculización de la averiguación de la verdad) y no puede responder a un fin de prevención, que es el que tienen las penas.

La realidad nos muestra, por el contrario, que existe una presunción de culpabilidad y que los procesados son tratados como culpables; que en muchas ocasiones por defectos del procedimiento, la sociedad “debe dejar salir”, a pesar [de] que –ya fueron condenados–, en la denuncia o por los medios de comunicación (Binder, 1993, p. 126).

Si se permitiera que la imposición de medidas cautelares funcionara como un castigo anticipado al imputado, este se encontraría en la misma situación que un condenado, pero con la diferencia de que nunca tuvo juicio, ni acusación fiscal ni se respetó su estado de inocencia.

Históricamente, la llamada presunción de inocencia. No ha tenido como fin impedir el uso de la coerción estatal durante el procedimiento de manera absoluta; la admite con carácter excepcional. Por ello, las normas que limitan la libertad personal deben interpretarse restrictivamente puesto que si el imputado goza de un estado de inocencia no se le puede castigar anticipadamente con privación de la libertad (Ledezma, 2001).

Por restringir, limitar o afectar derechos constitucionales garantizados en la Constitución Política del Estado como son la libertad y la propiedad patrimonial del imputado,

las medidas cautelares deben encontrar respaldo en las leyes fundamentales y estar expresamente previstas y reglamentadas en las leyes procesales. “Las garantías constitucionales no se hicieron para ser estudiadas en los manuales; al contrario, deben formar parte de la conciencia cívica más elemental” (Binder, 1993).

Dado que pareciera que pudiera existir colisión o contradicción entre estas garantías y la aplicación de medidas cautelares (tanto personales como reales) es que vamos a tratar aquí dos de ellas: el principio del juicio previo y el principio de inocencia. La Constitución Política de 1991 determina en el artículo 29:

Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación o juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas, a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho [...].

El indiciado tiene derecho a tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con inmediación de las pruebas y sin dilaciones injustificadas, en el cual pueda, si así lo desea, por sí mismo o por conducto de su defensor, interrogar en audiencia a los testigos de cargo y obtener la comparecencia, de ser necesario aun por los medios coercitivos, de testigos o peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos objeto del debate.

Son esas las razones constitucionales y de bloque que distinguen sin duda alguna el estado de inocencia del estado de culpabilidad y por eso la actividad para imponer una medida cautelar personal, especialmente privativa de la libertad, está en medio de estos dos asuntos, como son un estado de inocencia del imputado y el interés estatal dispuesto en el artículo segundo de la Carta Magna de 1991 donde se condensan los fines del Estado, por lo cual tan válido lo uno como lo otro, en el entendido de que el sistema penal es una forma de control social al cual echa mano el Estado, pero no se puede desconocer la presunción de inocencia.

Por lo tanto, toda petición que haga la Fiscalía o la víctima para que un juez de control de garantías imponga una medida de aseguramiento, debe ceñirse a la valoración de los postulados de proporcionalidad, necesidad, adecuación y razonabilidad, en tanto que la privación de la libertad debe ser el recurso último y excepcional por el cual se decida.

La presunción de inocencia consagrada en el inciso cuarto del artículo 29 superior –así como en los artículos 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos–, configura una de las normas rectoras del debido proceso; de hecho, es en función de este principio que se ha creado todo el catálogo de las garantías procesales (en materia penal), puesto que mientras no se desvirtúe tal presunción a través de las formalidades propias de cada juicio, se habrá de entender que el sujeto que se juzga no cometió el hecho ilícito que se le imputa. En este



sentido, la presunción de inocencia es la institución jurídica más importante con la que cuentan los particulares para resguardarse de la posible arbitrariedad de las actuaciones del Estado, cuando ejerce el *ius puniendi*.

El alcance de este postulado trasciende la órbita exclusiva del debido proceso, puesto que con su modo de operar se garantiza la protección de otros derechos fundamentales que podrían resultar vulnerados como consecuencia de actuaciones penales o disciplinarias irregulares, como lo son la dignidad humana, la libertad, la honra y el buen nombre. Por lo mismo, puede afirmarse que la presunción de inocencia es uno de los pilares esenciales del ordenamiento constitucional colombiano, ya que sobre ella se edifica el sistema de límites y garantías propio de un Estado de derecho.

A partir de tal presunción (de inocencia) el funcionario judicial tendrá como cierto que el sujeto a quien se imputa la comisión de una falta no la ha cometido, hasta tanto el acervo probatorio demuestre otra cosa. Es pues una presunción *iuris tantum* o legal, esto es, no es absoluta, puesto que las pruebas de cargo pueden dar con ella al traste.

La presunción de inocencia solo puede quedar desvirtuada definitivamente en una sentencia que tenga ese carácter y ello no puede ocurrir cuando están pendientes de resolver serios cuestionamientos acerca de su validez jurídica. Es decir, que si a un fallo se le imputan errores de derecho (*in iudicando* o *in procedendo*), esta cuestión debe ser resuelta antes de que el mismo haga tránsito a la cosa juzgada. Por ello, dado que la casación apunta a impedir los agravios que se siguen de la inobservancia del debido proceso y, por ende, del desconocimiento del derecho sustancial que aquel garantiza, ejecutar una sentencia que puede ser cuestionada desde ese punto de vista (el de su corrección jurídica), implica el desconocimiento de esa presunción, principio axial de un derecho penal garantista.

Fundamento insoslayable del debido proceso es la certidumbre, garantizada por el constituyente, de que toda condena estará precedida de un juicio en el curso del cual se establezca la responsabilidad del procesado y resulte desvirtuada la presunción de inocencia. Al respecto, la Corte Constitucional en su reiterada doctrina, ha planteado:

Del artículo 29 de la Constitución resulta que ni el legislador ni los jueces pueden presumir la culpabilidad de nadie.

Es postulado cardinal de nuestro ordenamiento, respecto del cual el constituyente no consagró excepciones, el de que toda persona se presume inocente mientras no se le demuestre lo contrario en el curso de un debido proceso, ante tribunal competente, conforme a las reglas preexistentes al acto que se le imputa, y con la plena garantía de su defensa.

Cuando el legislador establece los tipos penales, señala, en abstracto, conductas que, dentro de la política criminal del Estado y previa evaluación en torno a las necesidades de justicia imperantes en el seno de la sociedad, merecen castigo, según el criterio de aquel (sentencia C-626/1996).

Para que en el caso concreto de una persona, puedan aplicarse las sanciones previstas en la ley, es indispensable, de conformidad con las garantías constitucionales aludidas, que se configure y establezca con certeza, por la competente autoridad judicial, que el procesado es responsable por el hecho punible que ha dado lugar al juicio.

En nuestro sistema jurídico ha sido proscrita entonces, la responsabilidad objetiva, de la cual resulta que el legislador no puede asumir, desde el momento en que consagra el tipo penal, que la sola circunstancia de haber incurrido un individuo en la conducta tipificada apareja la necesaria consecuencia de su responsabilidad y de la consiguiente sanción penal. Esta, al tenor del artículo 29 de la Constitución Política, únicamente puede proceder del presupuesto de que el procesado “se haya declarado judicialmente culpable”. La culpabilidad es, por tanto, supuesto ineludible y necesario de la responsabilidad y de la imposición de la pena, lo que significa que la actividad punitiva del Estado tiene lugar tan solo sobre la base de la responsabilidad subjetiva de aquellos sobre quienes recaiga. En esos términos:

Resulta abiertamente inconstitucional la norma de la ley penal que prevea hechos punibles sancionables objetivamente, esto es, únicamente por la verificación de que la conducta del sujeto encaje materialmente en los presupuestos normativos, sin que se tenga en cuenta la culpabilidad (sentencia C-626/1996).

La presunción de inocencia, en la cual descansa buena parte de las garantías mínimas que un Estado democrático puede ofrecer a sus gobernados, no riñe, sin embargo, con la previsión de normas constitucionales y legales que hagan posible la aplicación de medidas preventivas, destinadas a la protección de la sociedad frente al delito y a asegurar la comparecencia ante los jueces de aquellas personas en relación con las cuales, según las normas legales preexistentes, haya motivos válidos y fundados para dar curso a un proceso penal, según elementos probatorios iniciales que hacen imperativa la actuación de las autoridades competentes.

La presunción de inocencia recibe prioridad por ser el punto de partida de todas las normas en materia de prisión preventiva. Las personas que no hayan sido reconocidas culpables todavía del delito del que se les acusa tienen reconocido el derecho “a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas” (Pacto de Derechos Civiles y Políticos, apartado a, párr. 2, art. 10). La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 11, párrafo 1 declara:

Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

El Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 14, párrafo 2 expresa: “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”. En las Reglas Mínimas para el Tratamiento de

los Reclusos, párrafo 2, artículo 84 se dice que: “El acusado gozará de una presunción de inocencia y deberá ser tratado en consecuencia” (Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, 1955). Por su parte, el Comité de Derechos Humanos, en el párrafo 7 de la Observación General 13 manifiesta:

En virtud de la presunción de inocencia, la carga de la prueba recae sobre la acusación y el acusado tiene el beneficio de la duda. No puede suponer a nadie culpable a menos que se haya demostrado la acusación fuera de toda duda razonable. Además, la presunción de inocencia implica el derecho a ser tratado de conformidad a este principio, por lo tanto, todas las autoridades públicas tienen la obligación de no prejuzgar el resultado de un proceso.

El documento *Derechos humanos y prisión preventiva* de las Naciones Unidas (1994) reza:

Hay una diferencia entre las personas en régimen de prisión preventiva y las personas cuya culpabilidad se ha reconocido. Se presume que las personas en régimen de prisión preventiva son inocentes. Al aplicar las presentes normas respecto de las personas en régimen de prisión preventiva, los encargados de hacer cumplir la ley solo pueden imponer las condiciones que se indiquen concretamente, a no ser que se señale otra cosa. Dicho con otras palabras, las personas en régimen de prisión preventiva deberán hallarse en una situación en la que las imposiciones y las condiciones que se le apliquen lo sean únicamente para cerciorarse de que comparecerán en el juicio, de que no podrán alterar las pruebas y de que no podrán cometer otros delitos. Si la reclusión fuera precisa, los oficiales podrán imponer también las restricciones necesarias para mantener el orden y la seguridad en el lugar de reclusión. Sea como fuere, las personas en régimen de prisión preventiva no podrán ser objeto de “castigo”.

## La presunción de inocencia en los estándares americanos

En el artículo 1, sección 9.3 de la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787 se decreta: “No se aplicarán decretos de proscripción ni leyes *ex post facto*” y la enmienda 6 de esta misma norma superior dice:

En toda causa criminal, el acusado gozará del derecho de ser juzgado rápidamente y en público por un jurado imparcial del distrito y Estado en que el delito se haya cometido, distrito que deberá haber sido determinado previamente por la ley; así como de que se le haga saber la naturaleza y causa de la acusación, de que se le compare con los testigos que depongan en su contra, de que se obligue a comparecer a los testigos que le favorezcan y de contar con la ayuda de abogado que le defienda.

Por su parte, la Constitución Política de Bolivia de 1995 enuncia en el artículo 16 que “Se presume la inocencia del encausado mientras no se pruebe su culpabilidad” y en el artículo 33: “La ley solo dispone para lo venidero y no tiene efecto retroactivo, excepto en materia social cuando lo determine expresamente, y en materia penal cuando beneficie al delincuente”. En la Carta Magna de Brasil de 1988, artículo 5 se consigna:

Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el país la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la prioridad, en los siguientes términos:

[...] 38. No hay delito sin ley anterior que lo defina, ni pena sin previa conminación legal.

39. La ley penal no será retroactiva salvo para beneficiar al culpado.

Por su lado, la Constitución de Colombia en el citado artículo 29 establece:

El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

La Ley Fundamental de Chile en su artículo 19 expone:

La Constitución asegura a todas personas:

3. La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.

Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida. Tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, este derecho se regirá, en lo

concerniente a lo administrativo y disciplinario, por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos.

La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos.

Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por esta [...].

Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legítimamente tramitado. Corresponderá al legislador establecer las garantías de un racional y justo procedimiento.

La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal.

Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado.

Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella.

La norma superior de Ecuador de 1984 en el artículo 19 decreta:

Sin perjuicio de otros derechos necesarios para el pleno desenvolvimiento moral y material que se deriva de la naturaleza de la persona, el Estado garantiza:

[...] 17. La libertad y seguridad personales. En consecuencia:

[...] d) Ninguna persona puede ser distraída del juez competente ni juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas al efecto, cualesquiera que fuese su denominación;

e) Nadie podrá ser penado sin juicio previo ni privado del derecho de defensa en cualquier estado y grado de proceso. Toda persona enjuiciada por una infracción penal tendrá derecho a contar con un defensor, así como a obtener que se compela a comparecer a los testigos de descargo;

f) Nadie podrá ser obligado a declarar en juicio penal contra su cónyuge o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o compelido a declarar con juramento en contra de sí mismo, en asuntos que puedan ocasionarle responsabilidad penal;

g) Se presume inocente toda persona mientras no se haya declarado su culpabilidad mediante sentencia ejecutoriada;

h) Nadie será privado de su libertad sino en virtud de orden escrita de una autoridad competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades prescritas por

la ley, salvo delito flagrante, en cuyo caso tampoco podrá mantenerse sin fórmula de juicio por más de 24 horas, en cualquiera de los casos no podrá ser incomunicado por más de 24 horas.

La Constitución Nacional de Paraguay de 1967 en los siguientes artículos manifiesta:

Artículo 63. La ley reputa inocente a quien no haya sido declarado culpable en virtud de condena de juez competente. El delito o deshonra en que incurran las personas no afecta a sus parientes.

Artículo 64. Nadie puede ser sometido a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiera sido juzgado anteriormente, ni privado de su libertad por obligaciones cuyo incumplimiento no haya sido definido por la ley como delito o falta. No se admite la prisión por deuda.

Artículo 66. Nadie podrá hacerse justicia por sí mismo, ni reclamar su derecho por la violencia, pero se garantiza la legítima defensa de la vida, la propiedad y el honor de las personas.

Artículo 67. Ninguna ley tendrá efecto retroactivo, salvo las leyes penales que sean más favorables al encausado o condenado.

La Ley Fundamental del Perú en el artículo 2 dispone:

Toda persona tiene derecho:

[...] 24. A la libertad y seguridad personales. En consecuencia:

[...] e. Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.

f. Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en flagrante delito. En todo caso el detenido debe ser puesto, dentro de veinticuatro horas o en el término de la distancia, a disposición del juzgado que corresponde.

Se exceptúan los casos del terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas en los que las autoridades policiales pueden efectuar la detención preventiva de los presuntos implicados por un término no mayor de quince días naturales, con cargo de dar cuenta al Ministerio Público y al juez, quien puede asumir jurisdicción antes de vencido el término [...].

Por último, la Carta Magna de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 24 consagra:

Ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, excepto cuando imponga menor pena. Las leyes de procedimiento se aplicarán desde el momento mismo de entrar en vigencia, aun en los procesos penales las pruebas ya evacuadas se estimarán en cuanto beneficien al reo o la rea, conforme a la ley vigente para la fecha en que se promovieron.

## Conclusiones

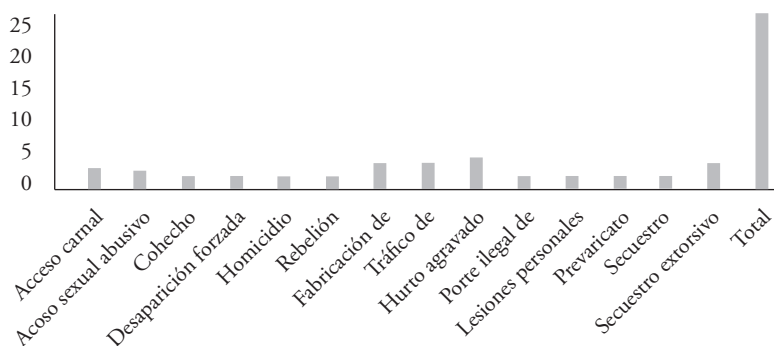
Observamos 46 audiencias preliminares, de las cuales 25 se vinculan con la medida de aseguramiento objeto de nuestra investigación.

### *Aspectos generales*

De las 46 audiencias observadas, 25 fueron tenidas en cuenta para nuestro análisis estadístico, dado que ellas se relacionan con la solicitud de imposición de medida de aseguramiento. Por regla general, en los casos de petición de imposición de medida de aseguramiento, quien la pedía, también en la mayoría de los casos (el fiscal), se mantuvo firme ante el juez hasta el término de la audiencia.

Considerando esta solicitud de detención privativa, puede evidenciarse que se contradice el principio que funda el sistema adversarial, nos referimos al de libertad. Los delitos observados en las 25 audiencias tenidas en cuenta para esta investigación se reportan en las siguientes figuras.

Figura 1.



Fuente: elaboración propia.

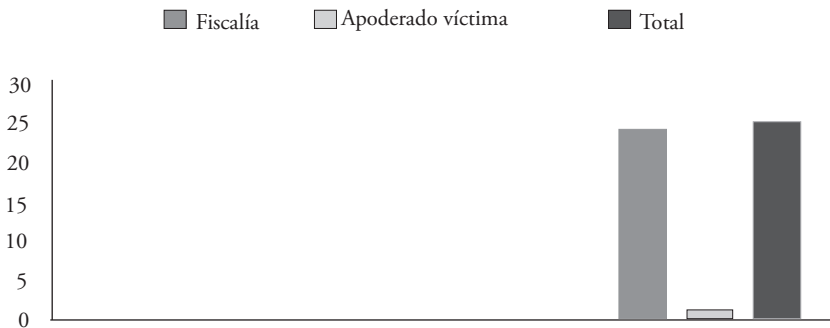
Como reporta la figura 1 las estadísticas demuestran que los delitos pueden variar, pero la solicitud de medida de aseguramiento se mantiene.

Resultados en relación con la solicitud de medida de aseguramiento

Respecto de la solicitud de imposición de medida de aseguramiento

En 24 de las 25 audiencias en estudio, el fiscal fue quien pidió la medida de aseguramiento, manteniéndose en dicha posición.

Figura 2.



Fuente: elaboración propia.

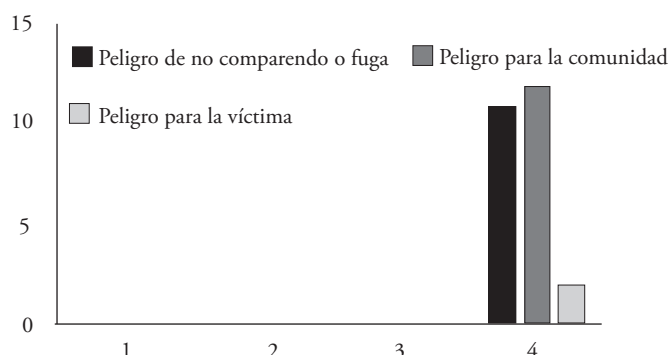
De acuerdo con la figura 2 hay casos en los cuales es el apoderado de la víctima quien solicita la detención preventiva. En las audiencias que analizamos, se reportó solo un caso en que el apoderado de la víctima es quien solicita la medida de aseguramiento.

Con relación a las finalidades legales en que se debe fundar la solicitud de imposición de medida de aseguramiento en donde la Fiscalía argumenta a la hora de exponer la necesidad de la detención, véase la figura 3.

Con respecto a las finalidades en que se funda la solicitud de imposición de medida de aseguramiento, se puede deducir conforme con la dinámica del funcionamiento de la detención preventiva, que el fiscal al momento de solicitar la restricción de la libertad, tiende –con base en los resultados observados en el análisis de las audiencias– a argumentar las tres finalidades, para de esta manera lograr convencer al juez penal de la necesidad de privar de la libertad al imputado. Esta figura se presenta en 23 de las audiencias en estudio.



Figura 3.



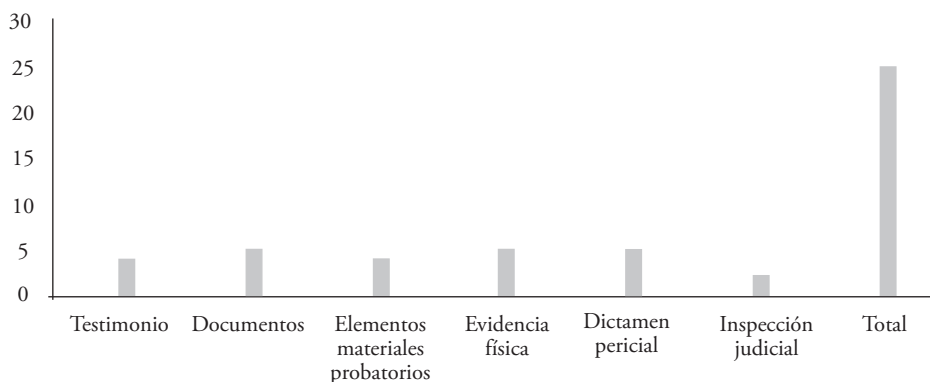
Fuente: elaboración propia.

Los resultados evidencian una parcialidad al momento de solicitar la medida de aseguramiento, en sentido de la finalidad expuesta, pues tanto el peligro de no comparencia o fuga, como el peligro para la comunidad son eventos en los cuales la Fiscalía o quien solicite la imposición de medida de aseguramiento, defiende para convencer al juez en cuanto a lo imperioso de detener privativamente al imputado.

En once audiencias quien solicitó al juez la imposición de la detención preventiva argumentó como finalidad el peligro de no comparencia o fuga y en doce audiencias se argumentó el peligro para la comunidad y la víctima.

Los resultados arrojados por el estudio y análisis de las audiencias en relación con los elementos de conocimiento que están en poder del fiscal y que emplea para fundamentar la solicitud de imposición de medida de aseguramiento, se muestran en la figura 4.

Figura 4.



Fuente: elaboración propia.

Los elementos de conocimiento con que cuenta la Fiscalía para argumentar y fundamentar la medida de aseguramiento, varían según el delito. En cuatro audiencias las pruebas aportadas fueron testimonios. En cinco fueron documentos, en otras cuatro fueron dictámenes periciales a fin de solidificar su argumento, y, únicamente en dos audiencias se presentaron casos de inspección judicial.

Es notable que la Fiscalía por regla general basa la solicitud de imposición de medida de aseguramiento en documentos como denuncias, informes de policía, órdenes de captura, actas de derechos de capturado, antecedentes penales y entrevistas a personas, relacionadas en la comisión de hechos; fotografías, videos de cámaras de seguridad, etc.

Sin embargo, los documentos no son los únicos elementos de conocimiento que se exponen para fundar la imposición de la medida de aseguramiento, sino que también se entregan elementos materiales probatorios desprendidos de las circunstancias de los hechos; los dictámenes periciales son empleados por la Fiscalía también cuando los considera relevantes. Y, aunque no es usual, en dos casos de estas audiencias que analizamos, la inspección judicial fue otro elemento incorporado al proceso.

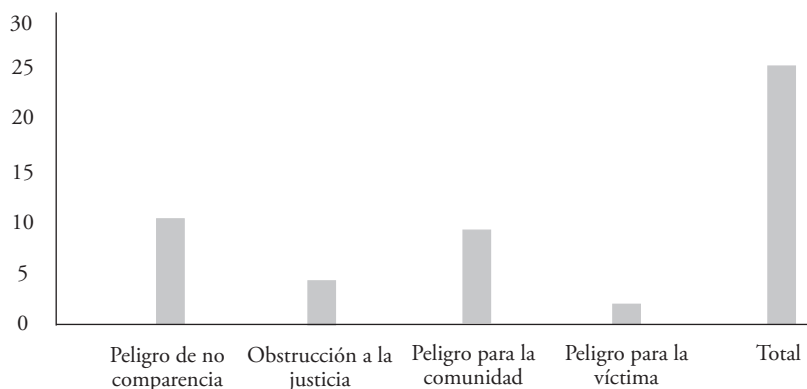
#### Resultados en relación con la decisión judicial sobre la medida de aseguramiento

##### *Respecto de la decisión judicial de imposición o no de la medida de aseguramiento*

De las 25 audiencias tenidas en cuenta para la investigación, en 24 se observó que la Fiscalía desde el momento de su solicitud de medida de aseguramiento ante el juez de control de garantías hasta el final de la audiencia mantuvo en firme su petición y no desistió de esta. Únicamente en dos casos abandonó su empeño. Este desistimiento por parte de la Fiscalía se da a razón de un acuerdo que llega con el Ministerio Público y de Defensa para otorgar alguna posibilidad al imputado de no ser privado de la libertad, siempre y cuando cumpla con el compromiso que incumbe al acuerdo.

La imposición de medida de aseguramiento es concedida en todos los casos estudiados, según la forma como la solicite el fiscal, por regla general el juez de control de garantías otorga tal cual la solicitud que arguye la Fiscalía y no se sale del marco que presenta la parte interesada. Así mismo, la tendencia demuestra que la imposición de medida de aseguramiento que se arguye es en la modalidad de detención preventiva privativa de la libertad. De los casos materia de análisis, no hubo imposición de medida de aseguramiento, en modalidad no privativa de la libertad. Por último, en la figura 5 se reportan las finalidades de la medida de aseguramiento decidida por el juez de control de garantías.

Figura 5.



Fuente: elaboración propia.

Se constata que las finalidades que decide el juez de control de garantías van estrictamente vinculadas con la argumentación de la solicitud de imposición de medida de aseguramiento, es decir que el juez, concede o niega conforme con lo que pide la Fiscalía.

#### *Con relación a los recursos permitidos para interponer ante la decisión judicial*

Por regla general, la decisión judicial respecto de la imposición o no imposición de la medida de aseguramiento, por parte de los intervinientes del proceso penal, acataron el pronunciamiento del juez y, no fueron interpuestos recursos que atacaran la decisión de revocar o mantener la detención preventiva.

#### *Con relación al cubrimiento por parte de la prensa a las audiencias de medida de aseguramiento*

En ningún caso de las 25 audiencias en estudio, la prensa cubrió su realización. Lo que demuestra que esta hace presencia solo cuando el delito es de conocimiento público, es decir, que se involucre un procesado famoso o que sean dirigentes políticos o altos funcionarios estatales que llamen su atención.

## Referencias bibliográficas

- Bernal, J. y Montealegre, E. (2002). *El proceso penal* (4ª ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Binder, A. (1993). *Introducción al derecho procesal penal*. Buenos Aires: Alfa Beta.

- Corte Suprema de Justicia. Auto de 8 de octubre de 2003. M. P.: Trujillo, M. É.
- Corte Suprema de Justicia. Auto de octubre de 2005. M. P.: Milanés, C. S.
- Ledezma, R. (2001). *Módulo I. Política criminal y derecho penal*. ETI.
- Maier. (1996). *Derecho procesal penal*.
- Organización de las Naciones Unidas. (1994). *Documento derechos humanos y prisión preventiva*. Nueva York: ONU.
- Ovejero, A. M. (2006). *Constitución y derecho a la presunción de inocencia*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Torres, J. (1993). *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*. Cataluña: Distribuciones de la Ley S. A.