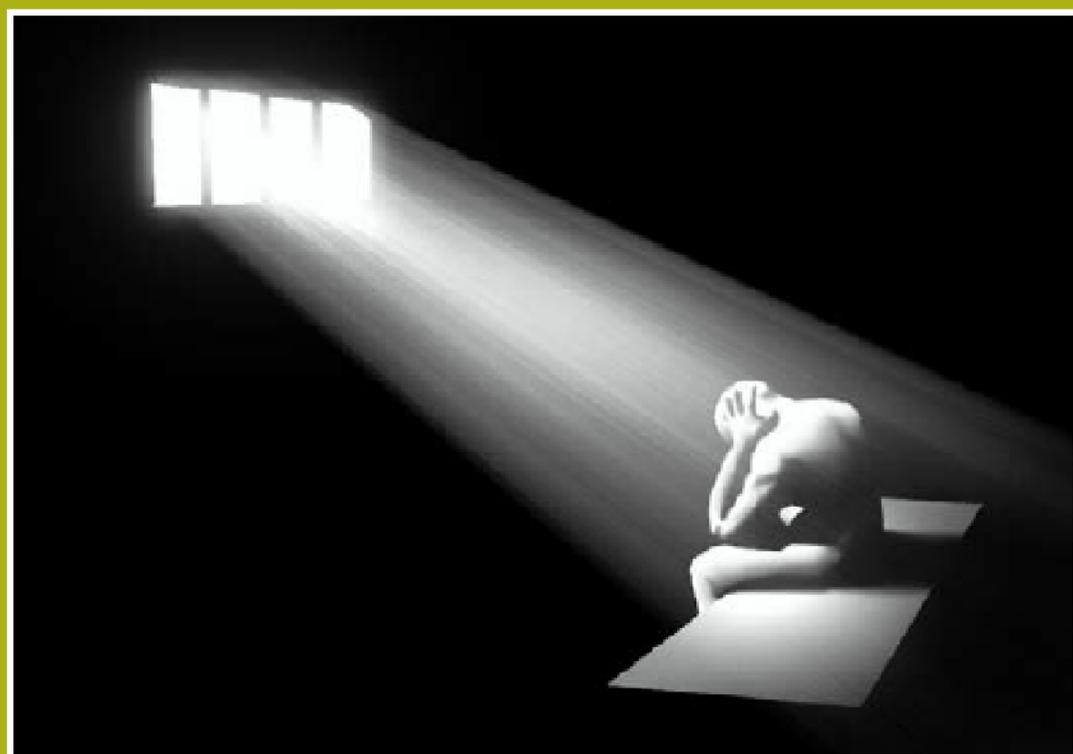


Luis Gonzaga Vélez Osorio

**Otra cara del sistema acusatorio colombiano:
menosprecio de la libertad personal
y autoritarismo penal**



**UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA**
1803

**FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIAS POLÍTICAS**

Colección mejores trabajos de grado

La colección Mejores trabajos de grado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, surge con el objetivo de hacer visibles los trabajos de grado de pregrado y posgrado de nuestra Unidad Académica que han sido distinguidos con la máxima calificación, y como una manera de reconocer a quienes, gracias a su esfuerzo, recibieron recomendación de publicación del texto completo por parte de sus jurados.

Luis Gonzaga Vélez Osorio

**Otra cara del sistema acusatorio
colombiano: Menosprecio
de la libertad personal
y autoritarismo penal**



**UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA**

1 8 0 3

**FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIAS POLÍTICAS**

Colección mejores trabajos de grado

Otra cara del sistema acusatorio colombiano: Menosprecio de la libertad personal y autoritarismo penal

© Luis Gonzaga Vélez Osorio

© Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Edición: 2012

ISBN: 978-958-8748-96-2

Este libro hace parte de la colección
MEJORES TRABAJOS DE GRADO
de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
de la Universidad de Antioquia
Número 12

Corrección de textos: Andrés Vergara Aguirre.

Diseño y diagramación: Eledy Arana Grajales, Imprenta Universidad de Antioquia

Impresión y terminación: Imprenta Universidad de Antioquia

Calle 67 No 53-108, PBX: (57-4) 219 53 30

Impreso y hecho en Colombia / Printed and made in Colombia

Foto carátula: Rufus Gefangenen. Tomada de: http://www.flickr.com/photos/rufo_83/140271855

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad de Antioquia

Oficina de Comunicaciones

Teléfono (57-4) 219 58 54

Correo electrónico: derecho@mitra.udea.edu.co

Página web: <http://derecho.udea.edu.co>

Ciudad Universitaria

Calle 67 No 53-108, bloque 14

A.A. 1226

Medellín - Colombia

El contenido de la obra corresponde al derecho de expresión de los autores y no desata responsabilidad institucional frente a terceros. Los autores asumen la responsabilidad por los derechos de autor y conexos contenidos en la obra, así como por la eventual información sensible publicada en ella.

Hecho el depósito que exige la ley.

Prohibida la reproducción parcial o total de este libro, por cualquier proceso reprográfico o fónico, especialmente por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo. (Ley 23 de 1982)

A Dios por su infinito amor.

*A los Profesores Hernando Londoño Berrío,
Armando Luis Calle Calderón y Sebastián Naranjo Serna
por sus valiosas orientaciones.*

*A la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
de la Universidad de Antioquia porque me infundió
el espíritu crítico que hizo posible la realización de este
trabajo.*

Contenido

PRÓLOGO	9
INTRODUCCIÓN	25
1. EN BUSCA DE LA JUSTIFICACIÓN PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE UN SISTEMA ACUSATORIO EN COLOMBIA	35
1.1. El proceso penal colombiano como escenario para el respeto del derecho a la libertad	35
1.2. El proceso penal colombiano como escenario para la lucha contra la criminalidad	41
1.2.1. La búsqueda de la eficacia de la justicia y el tratamiento de la libertad personal en el proceso penal colombiano	41
1.2.2. La concepción de la libertad personal en el escenario del derecho penal de la seguridad democrática	45
1.2.3. Las funciones no declaradas del sistema acusatorio colombiano: la manifestación del derecho penal expansionista	53
2. LAS RESTRICCIONES DEL DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL CONSAGRADAS POR LA LEY 906 DE 2004, O EL PRIMER MOMENTO DEL AUTORITARISMO PENAL	59
2.1. La captura del indiciado y la anticipación de la medida de aseguramiento	62
2.2. La captura excepcional y la violación del principio de imparcialidad	72
2.3. Las medidas de aseguramiento y la mentira garantista	78
2.3.1. Medidas de aseguramiento “a la carta”	82
2.3.2. El relajamiento probatorio y la disminución de los requisitos materiales para su adopción	83
2.3.3. Las finalidades de la medida de aseguramiento y la amplitud en su interpretación	89

2.3.3.1. Elementos disciplinadores de la actividad probatoria	90
2.3.3.2. Construcción artificiosa de peligro para la comunidad	91
2.3.3.3. Construcción artificiosa de no comparecencia	96
2.3.4. La detención preventiva como única medida de aseguramiento para delitos de competencia de jueces especializados	101
2.3.5. La eliminación de causales de libertad provisional	104
2.3.6. La no regulación de causales de libertad provisional para evitar detenciones sin término	107
3. LAS REFORMAS INTRODUCIDAS POR LA LEY 1142 DE 2007: EL AFÁN DE CONSOLIDACIÓN DE LA SEGURIDAD DEMOCRÁTICA Y EL RECRUDECIMIENTO DEL AUTORITARISMO PENAL	109
3.1. Relajamiento de términos para poner al capturado a disposición del juez de control de garantías	111
3.2. Eliminación de la presentación personal del capturado	113
3.3. Eliminación del procedimiento para la expedición de la orden de captura y la autorización de la captura por “motivos razonablemente fundados”	118
3.4. La resurrección de la captura excepcional	123
3.5. La ampliación de presupuestos para la procedencia de la detención preventiva...	131
3.6. La prohibición de beneficios y subrogados por sentencias anteriores	146
4. LA LEY DE SEGURIDAD CIUDADANA: EL CONTROL DE LA DELINCUENCIA EN LAS COMUNAS O EL AUTORITARISMO DESESPERADO	151
4.1. La nueva concepción de flagrancia en el sistema procesal penal colombiano	155
4.2. Una nueva excepción a la reserva judicial de la libertad: la captura con fines de verificación	170
4.3. La captura para hacer efectiva la sentencia condenatoria, y la eliminación del control de su legalidad	182
4.4. El fortalecimiento de la detención preventiva y la consagración de nuevas prohibiciones para subrogados y sustitutos penales	186
CONCLUSIONES	197
BIBLIOGRAFÍA	207

PRÓLOGO

LA LIBERTAD EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO: AVATARES Y POSIBLES RESISTENCIAS.

1. *La Otra cara del sistema acusatorio colombiano: Menosprecio de la libertad personal y autoritarismo penal*, libro que tengo el honor de prologar, puede resumirse afirmando que constituye una radical, beligerante y documentada denuncia —¡muy necesaria por cierto!—, en torno al desprecio por la libertad institucionalizada como política en el proceso penal colombiano. Para lograr este propósito, el Profesor Luis Gonzaga Vélez Osorio hace una reconstrucción genealógica del discurso de los poderes responsables de definir la política criminal en Colombia —el Fiscal General de la Nación, el Ejecutivo y el Congreso—, contenidos de forma general en iniciativas legislativas, en los debates del Congreso y en las leyes. Con ese registro minucioso, el profesor Vélez Osorio devela el cinismo del poder que ya ni siquiera se preocupa por enmascarar o mimetizar su política para aducir que sirve a alguna axiología, sino que de manera explícita y sin subterfugios postula como propósito manifiesto aniquilar los derechos, las libertades y las garantías propios del proceso penal de tradición liberal, por reputarlo como necesaria y única solución para instaurar y/o sostener la “seguridad”, con sus diversas adjetivaciones (ciudadana, democrática, pública, etc.), la capacidad funcional o eficiencia del sistema y, por supuesto, la defensa social u otras entelequias que abrevan en la llamada “razón de Estado”.

Esta es la tesis que se suscribe en el libro y que es válida respecto de todas las instituciones que en el ámbito del proceso penal colombiano tienen relación estrecha con la libertad personal.

2. Pero veamos el desarrollo de este planteo en una institución procesal concreta, la detención preventiva, por ser la que mayor atención le merece al texto.

2.1. Respecto de ella se confirma, sin lugar a la duda, que su estatus real es el de una *pena anticipada* o el de la *prisión sin condena*. La prueba es la constatación, en la Exposición de motivos de los proyectos de ley y en los discursos que se impusieron en los debates del Congreso, del reconocimiento explícito de que la detención preventiva se justifica porque con ella se logran fines y/o funciones, que resultan idénticos a los que la Ley penal y la Dogmática jurídico- penal le ha asignado de forma exclusiva a la pena privativa de la libertad.

Paradigmático en este sentido es la reivindicación de la detención preventiva como instrumento razonable y necesario para prevenir el crimen y combatir la impunidad, o, lo que es lo mismo, que “la baja tasa” de su imposición, es la causa del incremento desmesurado de la criminalidad en Colombia (Véase: supra, nota n°. 67). A ello se suma que en el terreno empírico, la privación de libertad con motivo de la detención preventiva y de la pena, guardan identidad significativa respecto a la restricción de derechos, a la estigmatización, a los centros de reclusión y al cumplimiento de funciones latentes. Por tales razones los discursos de la doctrina ortodoxa hegemónica y el de los máximos tribunales de justicia, que de forma radical le niegan el carácter de pena anticipada a la detención preventiva, no son otra cosa que argucias argumentativas que pretenden legitimar una falacia normativista.

2.2. Una cabal comprensión de los rasgos y las características que la detención preventiva ha adquirido en el sistema penal colombiano, hace perentorio dilucidar si al lado de las fines explícitos en la Ley que tratan de justificarla, están presentes también sus “funciones latentes”, esto es, aquellas mimetizadas o encubiertas por el discurso institucional, pero que se cumplen en la realidad sociopolítica e

incluso en muchas ocasiones son las que de verdad se pretenden. La más importante de ellas sea, quizás, el amplio catálogo de supuestos que autorizan la imposición de la detención preventiva, como forma de limitar la defensa del procesado, aniquilar su resistencia y lograr de esta forma su temprana rendición, garantizándose con ello una eficiente y rápida administración de justicia.

De funciones de esta estirpe están plagadas las iniciativas legislativas y son las que, en definitiva, han determinado el régimen legal vigente. Dar cuenta de ello, como se propuso el autor, resulta de suma pertinencia porque agrega un argumento más, y de mayúsculo peso, a la ilegitimidad de la institución.

- 2.3. Coherente con el carácter de pena anticipada que se afirma como naturaleza de la detención preventiva, también se suscribe la tesis de que el “populismo punitivo” informa las reformas penales comprendidas en el análisis del texto prologado. Éste explica que el carácter “excepcional” que se prescribe como principio rector de la detención preventiva, termine avasallado por intereses populistas que postulan la ampliación de los supuestos de detención preventiva y restricciones a la libertad provisional, con la finalidad de obtener réditos políticos —sean estos de carácter electoral, de gobernabilidad o de legitimación— a través de discursos de diverso tipo: reforzar la “seguridad ciudadana”, mejorar las salvaguardas a las “víctimas”, mostrar mayor “eficiencia” en la administración de justicia, erigir nuevas armas jurídicas para vencer a los “delincuentes”, elevar la moral de las policías públicas devastada por las “libertades inconcebibles”, dar respuesta al corro ciudadano que ve cómo la impunidad se enseñorea en el proceso, etc.

Los dispositivos que esta clase de populismo construye para institucionalizar sus iniciativas, son variados. Uno de ellos, privilegiado en la política criminal colombiana, es creando unidades jurisdiccionales con un régimen especial en diversas materias¹,

1 Tan especial, que en algunos casos no se diferencia en nada de una *jurisdicción especial*, prohibida constitucionalmente.

competente en principio para investigar y juzgar algunas modalidades delictivas que se reputan graves, e ir ampliando el abanico de los delitos que comprende, según los requerimientos de la coyuntura, esto es, las nuevas modalidades de enemistad, los conflictos que logran posicionarse en los medios de comunicación, las demandas de grupos especiales de víctimas, o como una forma simbólica de expresar especial preocupación por violencias o crímenes sobre los cuales se ciernen las sospechas o certezas de connivencias o complicidades de agentes estatales.

Otro dispositivo, también muy documentado en este libro, es la selección, al capricho de coyuntura, de delitos respecto de los cuales se excluye la libertad como principio, al prescribir la detención preventiva como medida de aseguramiento obligatoria, sin posibilidad siquiera de sustituirse, en ningún caso, con la detención domiciliaria. Se asume así que el legislador, en su “sabiduría”, está capacitado para prever que en todos estos eventos se cumplen los fines de la detención preventiva, sin necesidad de especificar cuál en concreto, con lo que además se despoja al juez de sus funciones jurisdiccionales, como lo es definir la existencia de los supuestos fácticos y valorar su significado y relevancia en el caso concreto. Y cuando se revisa de forma más detenida esta política, se constata que se da amparo a poderes e intereses muy particulares, o comprende hechos insignificantes o de poca relevancia, pero recurrentes, y que sin duda pueden molestar al “público”, o son meras respuestas populistas con tutelas con carácter solo simbólico. Y desde luego, este catálogo de delitos con régimen restrictivo en materia de libertad tiene la particularidad de ser un cajón sin fondo, que de forma paulatina se llena con los nuevos “enemigos” según su funcionalidad ante la coyuntura social y política.

- 2.4. El exabrupto de representar a la libertad en el proceso penal como expresión de impunidad y la asunción acrítica o cínica que le niega a la detención preventiva su carácter de pena anticipada, han tenido consecuencias graves para el derecho penal sustantivo porque, con el

pretexto explícito de ampliar el universo de la misma, se realiza un incremento desahogado de las penas y se consagran nuevas agravantes y calificantes para los tipos penales básicos. Esto no hace más que corroborar lo caprichoso que resulta toda definición y determinación de la pena en sus aspectos cualitativo y cuantitativo.

Si algún consenso existe en la Dogmática jurídico-penal es que la pena debe ser proporcional al injusto y/o la culpabilidad, las circunstancias no se modifican de la noche a la mañana, y el hecho no se hace más grave porque intereses funcionales o tecnocráticos consideran pertinente que algunos supuestos delictivos investigados queden comprendidos dentro de la detención preventiva. No obstante lo irrefutable del aserto, el comodín de que el poder legislativo está revestido de una denominada “libertad de configuración” de la política criminal, propio del control constitucional, ha dado pábulo a la institucionalización de esta práctica².

- 2.5. El carácter “excepcional” que se le atribuye a la detención preventiva, es otra falacia que se demuestra de manera suficiente en el escrito. El derecho internacional de los derechos humanos, la jurisprudencia de los tribunales internacionales, los frontispicios de las leyes estatutarias y de la legislación procesal penal que las desarrollan, todos al unísono y sin excepción, se colman de referencias, de prescripciones explícitas e imperativas, en el sentido de que la libertad personal es el principio de la regulación de la materia, y, en consecuencia, la detención preventiva sólo puede tener un carácter excepcional. Sin embargo, en el sistema procesal colombiano, la excepcionalidad no es talanquera de nada, porque al lado de los “principios” de la libertad y de la presunción de inocencia, concurre una constelación de supuestos y circunstancias, que se acrecientan con cada reforma, con potencialidad para justificar la detención preventiva, al punto que ésta ha devenido en regla.

Pero tan importante como esta conclusión, es la reconstrucción de las estrategias por medio de las cuales se logra este cometido. Algunas

2 Véase: Corte Constitucional, sentencia C-425 de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

de ellas ya han sido mencionadas, por lo que en este aparte vamos a circunscribirnos a los *finés procesales*. En la tradición dogmática procesal y político criminal éstos se presentan como una garantía de la no expansión de la detención preventiva; en otras palabras, criterios racionales que la contienen, la limitan. Sin embargo, con argumentos irrefutables, en este libro se demuestra que, primero, todos los supuestos, con inclusión de los de tradición centenaria (v.gr. evitar la fuga, garantizar la comparecencia del imputado al proceso, salvaguardar la prueba) sin salvedad alguna, no tienen otra condición que la de juicios de “sospecha”, porque todas los presupuestos fácticos que se prescriben como base para construir el juicio, son meras conjeturas, por lo que la inferencia no podrá nunca siquiera alcanzar la categoría de indicio; segundo, tales criterios, precisamente por su vaguedad y condición conjetural, propician su instrumentalización para comprender cada vez más circunstancias o condiciones que se supone justifican la imposición de la detención preventiva; y tercero, el actual proceso penal es reconfigurado para dar cabida a nuevos fines (v.gr. los intereses de la víctima, la salvaguarda del orden público, la seguridad ciudadana, la credibilidad y confianza en la administración de justicia, lucha contra la impunidad, entre otros), que también dan amparo a nuevos supuestos de legitimación de la detención preventiva.

A manera de ejemplo y para mayor claridad sobre lo afirmado, profundicemos un poco en las circunstancias que permiten inferir que la libertad del procesado representa un “peligro para la comunidad”. La legislación procesal vigente en el ámbito nacional reputa suficiente, para construir la inferencia, “la modalidad y gravedad de la conducta punible”, que desde un enfoque garantista no puede significar nada por cuanto respecto de ella es que el imputado se debe presumir inocente y tratado además como tal.

Pero también se autoriza, para hacer la inferencia, de que se valore si es probable que se encuentra vinculado a organizaciones criminales, el número de los delitos que se le imputan, los antecedentes penales,

o su suerte procesal en otros procesos penales que se adelantan de forma simultánea (sujeto a medida de aseguramiento, disfrute de un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de libertad por delito doloso o preterintencional). La inferencia en estos casos se construye a partir de meras hipótesis delictivas que son objeto de investigación en el mismo proceso o en otro, o por el estigma remanente a una condena previa, con lo cual se revive la peligrosista categoría de la “reincidencia”.

El mismo ejercicio con el riesgo de no comparecencia o de fuga, conduce a idéntica conclusión. Este “riesgo” con la consecuente imposición obligatoria de la detención preventiva, se infiere también de algunas características del delito imputado (gravedad, modalidad y pena imponible), y, además, de “la gravedad del daño causado y de la actitud que el imputado asuma frente a este” o el “comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro anterior” (Ley 1142 de 2007, art. 25, numerales 2° y 3°). Se reitera que si ha de guardarse alguna coherencia con el principio de presunción de inocencia, el hecho imputado ningún significado podría tener para fundamentar una restricción de derechos, en especial la libertad; igual consideración cabe respecto del “daño causado” o la actitud durante el procedimiento, porque si respecto del delito imputado –que es lo principal- se presume la inocencia, resulta irrelevante cualesquiera sea su actitud en relación con el “daño” o con el “procedimiento”.

En conclusión, los “fines procesales”, por su particular estructura y naturaleza, además de estar desprovistos de potencia para garantizar el carácter excepcional que se prescribe para la detención preventiva, son un dispositivo eficaz para su conversión en regla procesal. Que el sistema procesal colombiano es testimonio paradigmático de ello, da cuenta el libro prologado.

- 2.6. Como pena anticipada la detención preventiva sufre los mismos avatares de la sanción privativa de la libertad en estricto sentido.

La política criminal hegemónica en uno y otro caso, tiene como fin legitimar la vindicta y, por ello, se prescribe el ensañamiento, a través de un incremento deliberado del sufrimiento y del dolor del sujeto victimizado por el sistema penal.

Ello se manifiesta, en el caso del instituto en examen, con la consagración legal de diversas estrategias para imposibilitar su sustitución por la *detención domiciliaria* (v.gr. la prohibición expresa para reconocerla respecto a algunos tipos delictivos, la ampliación de los requisitos, el reputarla como un beneficio, etc.). El sentido de ésta, además de reducir las consecuencias negativas conexas al encarcelamiento intramural (relacionadas con la vida, la salud, la integridad sexual, la violencia, la prisionalización, la estigmatización, etc.), y razones humanitarias respecto a procesados en condiciones de especial vulnerabilidad (por la edad), es igualmente la salvaguarda de derechos de los niños (v.gr. el embarazo de la madre o el parto reciente, la madre o el padre cabeza de familia) o de personas con discapacidad. Todas estas razones se tornan invisibles o se banalizan, para darles cabida a argumentos como aquellos según los cuales la detención domiciliaria carece de carta de presentación ante la opinión pública, porque crea la sensación de ineficacia de la administración de justicia, de impunidad e inseguridad ciudadana, o las víctimas ven frustradas sus expectativas vindicativas en el proceso.

Esta colonización de la política criminal por enfoques vindicativos, populistas, eficientistas y del Derecho penal del enemigo, tiene la particularidad de que se promueve por sus impulsores con ostentación, arrogancia e insolencia, testimonio tanto de una clara militancia en contra de los derechos y las libertades, como la certidumbre de que adscribirse a tales “criminales” políticas, comporta réditos políticos de ninguna manera despreciables.

- 2.7. Hace rato se tiene develado el artilugio, respecto de las nombradas “penas alternativas” a la prisión, de que éstas realmente constituyen

una ampliación de la cárcel y de la red del sistema penal, cuando a la prisión se le pone como refuerzo o “garantía” del cumplimiento de las obligaciones impuestas en las nombradas “alternativas”. Algo idéntico acontece con las medidas de aseguramiento que conllevan injerencia en otros derechos, diversos a la libertad ambulatoria, que se justifican como alternativas a la detención preventiva y un reforzamiento a su carácter “excepcional”, pero de forma simultánea se le asigna a ésta la perversa función de garantizar el cumplimiento de las obligaciones impuestas en las medidas “alternativas”, con lo cual nada tienen de esta condición, sino una forma de profundizar la injerencia en la libertad y de legitimar la detención preventiva, con la consiguiente ampliación de su universo de comprensión. Y algo también grave: la imposición de la detención preventiva por este incumplimiento se prescribe como obligatoria, sin dar cabida a que el juez analice caso por caso si se dan o no los presupuestos, requisitos y condiciones que el sistema obliga a verificar y a valorar para su imposición (necesidad, racionalidad, proporcionalidad, adecuación a los fines procesales).

- 2.8. El garantismo, con su confianza en la “razón jurídica”, postula que la consagración de principios y derechos con rango constitucional, el carácter rígido de algunas de estas disposiciones, conjuntamente con el control constitucional de las leyes por parte de un poder judicial imparcial e independiente, tienen la virtualidad para invalidar los “excesos” y arbitrariedades que pretendan institucionalizarse con la regulación de la detención preventiva en el sistema procesal penal. En alguna ocasión exaltamos la importancia de este control constitucional³, pero un análisis socio jurídico y político, a partir de los acontecimientos ulteriores documentados en este libro, aniquilan las esperanzas que fraguamos en algún momento. Y lo expresamos por la convalidación que la Corte Constitucional ha hecho de la política criminal aquí analizada, en el ejercicio del control constitucional,

3 Véase: Londoño Berrío, Hernando León: “La detención preventiva en las Jurisprudencias de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia. Reflexiones a propósito de la sentencia C-774 de 2001”, en *Nuevo Foro Penal*, n.º 65, Medellín, Universidad de Eafit, 2003, pp. 191-270.

con lo cual el poder “contramayoritario” y contra el mercado, al que alude Ferrajoli⁴ como criterio de legitimación de la jurisdicción, se ha corroído, se ha hecho inoperante.

Explicar las causas de esta situación, es un asunto que ameritaría un análisis que rebasa el sentido de un prólogo. Sin embargo, no sobra mencionar dos aspectos: el primero, que los mecanismos y criterios de elección de los magistrados en las máximas instancias de la jurisdicción, ha conducido en los últimos tiempos a que prevalezcan más que su formación jurídica integral y sus trayectorias de lucha por los derechos, su militancia partidista, expectativas clientelistas o, peor aún, proclividades de servilismo con el *statu quo*. El segundo, las coerciones de diversos poderes e intereses, que de forma constante les significan a las corporaciones judiciales que si no se pliegan a ellos, terminarán presentados ante la “opinión pública” como responsables de la “inseguridad”, del “desorden público” que se pretende conjurar con las políticas criminales, lesivas de derechos y garantías.

A lo anterior se suma que la actual política criminal tiene la tendencia a aniquilar todo vestigio de garantía para la libertad que pudiere representar el juez en el proceso penal. Se expresa esto por la institucionalización de la política que lo despoja de los poderes que le son consustanciales, al inhibir la posibilidad de que éste —luego de verificar la existencia de las circunstancias fácticas— articule su significado respecto de los fines procesales que se deben cumplir con las medidas de aseguramiento, y haga un juicio racional sobre la necesidad o no de imponerlas, y, en virtud de la proporcionalidad, privilegie las menos gravosas para los derechos.

En contraste con esto, el legislador se arroga la facultad de decidir, a través de presunciones de derecho y con fundamento en la peligrosidad de que algunas circunstancias son indicativas, de forma general y

4 Véase: Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. 4ª edición. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2004, pp. 26-28;

para todos los casos, de la necesidad de la detención preventiva. Se procede así porque se sospecha del juez, quien, por el conocimiento de las circunstancias del caso concreto, se puede tornar proclive a consideraciones humanas, a excepcionar el rigor punitivo o a dar aplicación al principio del carácter excepcional de la medida. La conclusión es que la sospecha coloniza todo lo que concierne a la detención preventiva, incluso hasta al mismo juez, a quien se convierte en autómeta, la mera “*bouche de la loi*”, que fue el ideal del juez en el liberalismo primigenio, sin poderes cognitivos, connotativos, denotativos y valorativos, esto es, sin las cualidades que son la esencia de la jurisdicción.

Finalmente, la garantía del juez para la libertad, también se ve amenazada por las coerciones con origen tanto en el poder mediático como del mismo poder punitivo, al mancillar con la sospecha, e incluso juzgar como prevaricadoras decisiones libertarias.

3. Otro asunto que da cuenta de las vicisitudes de la libertad, lo representa la política criminal respecto a la captura. De ella son varios los asuntos sobre los cuales da cuenta el libro: el primero, la “captura administrativa”, esperpento jurídico e invención judicial, acerca de la cual se asume una radical postura en contra de las interpretaciones que reclaman su vigencia; la “captura excepcional”, que además de transgredir la garantía del juez natural, muestra el texto cómo para ordenarla se señalan requisitos de menor entidad que los exigidos a los jueces; la captura con “fines de verificación”, testimonio perverso de cómo el derecho a la libertad se reputa un peligro para la “seguridad ciudadana”; y, para terminar, la reformulación del concepto de “flagrancia”, identificándolo con el mero “sorprendimiento” y abandonando el criterio de la inmediatez de la captura.
4. El enfoque criminológico crítico sostiene el carácter estructuralmente desigual del sistema penal, tesis que se corrobora en este libro, al poner de manifiesto esa desigualdad en la regulación legal y en la aplicación judicial de las medidas de aseguramiento y de forma particular en la detención preventiva, así como también en la regulación vigente de la captura. Pero

tan importante como esta constatación lo es comprender la razón de por qué las cosas son así, a lo que también se intenta responder y se torna en un reto perentorio de acometer en investigaciones ulteriores.

Por ahora se tiene que las formas y los contenidos que los sistemas punitivos adoptan son en función de las necesidades y demandas del sistema socioeconómico y político en el cual aquellos pretenden regir. Y si nuestro modelo socioeconómico es marcadamente neoliberal, generador por lo tanto de exclusión, desigualdad, pobreza, miseria y, además, se inscribe en un contexto atravesado por un conflicto político armado, estas circunstancias tienen expresión en el sistema penal en su conjunto. En el campo tanto de la captura (flagrancia; captura administrativa, excepcional y con fines de verificación) como en el de las medidas de aseguramiento y, de forma más particular, en la detención preventiva, los destinatarios lo son de forma prevalente aquellos en los cuales la política de “tolerancia cero” centra el estigma y la beligerancia, esto es, los excluidos del sistema de producción y de consumo, los “desechos” humanos, los expoliados de los que sólo queda el “bagazo” (desempleados, subempleados, habitantes de la calle, mendigos, consumidores dependientes de drogas ilegales, etc.); también, los “nuevos” enemigos que surgen de la resistencia al modelo neoliberal; por supuesto, a quienes la “coyuntura” exige que el sistema haga algo para sostener la gobernabilidad, la legitimación, la reelección o las encuestas de “popularidad”. En otras palabras, opera la conversión de un Estado con matices sociales a un Estado punitivo de forma manifiesta.

5. Otro aspecto para destacar del libro, es que prohija la tradición teórica que reivindica la interdisciplinariedad (intrasistémica y extrasistémica) como enfoque metodológico y epistemológico en el estudio de cualquier problema o institución relacionado con el sistema penal. Por ello, al enfoque dogmático con el cual se abordan problemas relacionados con la vigencia, la validez y la legitimidad de las instituciones, su articulación sistémica, su reconstrucción histórica, se le suman miradas que iluminan el ser del sistema penal, con las cuales se trata de dar respuesta a interrogantes sobre los poderes e intereses que están detrás de las reformas, las tendencias

ideológicas que las atraviesan, los funciones sociopolíticas que con las mismas se pretenden, lo cual obliga a recoger análisis, sugerencias, tesis, desde disciplinas como la política criminal, la ciencia política, la economía política, etc. Estos últimos, y sólo ellos, permiten registrar y comprender por qué los diques de contención establecidos para la salvaguarda de la libertad y sus garantías, se ven tanto erosionados como sobrepasados por el autoritarismo punitivo que en el libro se documenta.

6. Otro asunto para destacar es el enfoque crítico que es transversal a la obra en todos los temas y problemas tratados. El autor tiene el valor de construir una atalaya con el arsenal teórico del garantismo, de sus principios y axiología, y confrontar desde allí las argucias de la razón autoritaria en la cual está inmersa la política institucional, sin pábulo para veleidades o claudicaciones. Esa es su apuesta, con lo cual establece una línea sin solución de continuidad con su labor como investigador y docente de la Universidad de Antioquia, escenarios desde los cuales dio testimonio de su profundo respeto por la libertad y de su compromiso científico y político con su salvaguarda.

Y esta coherencia es de sumo valor, por cuanto corresponde a la ética que se reclama del investigador y del docente en un contexto de tanto autoritarismo como el nuestro. Por ello es que se lamenta la existencia de aquella academia facilista, mediocre y fanfarrona, que incluso contando con un acervo interdisciplinar como formación, se comporta de manera servil avalando políticas abyectas, ante la expectativa de cargos y contratos. Mercachifles que renuncian a pensar, a analizar y a cuestionar, por haber hecho de su “ciencia” una mercancía.

7. Si alguna convicción surge de todo lo que documenta el profesor Vélez Osorio en esta obra, es la necesidad de insistir en la reivindicación de la universalidad de los derechos, las libertades y las garantías, lo cual comporta confrontar, develar, denunciar y deslegitimar de forma radical —por falaz y tramposa— la tesis de que el recorte, las excepciones, las limitaciones impuestas a aquellos, o son un costo insignificante frente a los beneficios que depara para diversas entelequias —la “seguridad” ciudadana o democrática,

la lucha contra la impunidad, etc.—, o que los “ciudadanos de bien” o los de “a pie”, no deben sentir temor por cuanto no son ellos los destinatarios del sistema penal. Hoy, si alguna certeza cabe afirmar, es que en Colombia un proceso penal no se le niega a nadie, lo cual se halla acompañado de una correlativa banalización de la libertad y de otros derechos en sede del proceso penal.

Esto es lo acontecido de forma particular en el período de la “seguridad democrática” que es el que comprende la investigación documentada en el libro, en el que se institucionalizaron como fuente de prueba los informantes profesionales y la delación —que se erigieron en columna del sistema nombrado como “acusatorio” —, se les puso precio a la vida y a otros derechos (las recompensas), se ampliaron las conjeturas para fundamentar la detención preventiva, se redujeron a su mínima expresión los requisitos probatorios de esos supuestos, se prescribió su imposición obligatoria con sólo aludir a la “gravedad del hecho” o a la entidad de la pena imponible, se despojó a la jurisdicción de la capacidad de valorar y discernir sobre sus límites en cada caso (la excepcionalidad, los fines exclusivamente procesales, la racionalidad, la prevalencia de la libertad, la posibilidad de seleccionar las medidas menos onerosas para derechos, etc.).

Todo esto se hizo con alharaca y ostentación, con propósitos reeleccionistas, de cara a asegurar la gobernabilidad y la legitimación, y para aniquilar a los “detractores” y a los “enemigos”, convencidos de su inmunidad frente al sistema. Sin embargo, ese sistema penal eficientista y populista, se revirtió sobre sus gestores, circunstancia ante la cual emergieron sus denuncias y reclamos: ¡que la justicia está politizada y no respeta las garantías!, ¡que la libertad es el principio y la detención preventiva la excepción!, ¡que no somos peligrosos!, etc.

De ello queda como lección que las libertades, derechos y garantías no se ferian, por cuanto nunca hay certeza hacia dónde el Leviatán puede dirigir su espada y apabullar con su fuerza.

8. En fin, este breve recuento en torno a las vicisitudes y a las tragedias de la libertad en el proceso penal en Colombia, obliga también a interrogarse sobre

cuáles son las alternativas posibles. Frente a ello, lo primero a considerar es que el eje sobre el cual se construye el modelo procesal y la configuración de sus instituciones representativas, no pueden sustraerse a los reclamos de articulación que les formula el modelo económico, social y político defendido por el Estado. Y, como ya se ha señalado, si éste desprecia la “cuestión social”, de forma correlativa emerge la punitiva.

En estas circunstancias, los márgenes de resistencia del “garantismo” al interior del sistema son de suma precariedad, y los operadores jurídicos que pretendan hacer prevalecer la “razón jurídica” tienen que soportar como talanquera de peso, la captura de las instituciones jurídicas por el eficientismo, el populismo punitivo, las funciones simbólicas y latentes, ahora erigidos en valores a salvaguardar en el proceso, lo cual los obliga a un trabajo hermenéutico de mucha filigrana y a una sólida formación multidisciplinar. Siendo éste el contexto, el libro cumple con el propósito de aportar fundamentos y argumentos para ayudar a la resistencia de los operadores jurídicos, en su valerosa lucha a favor de la libertad.

Otro campo de disputa es el de la cultura jurídica y política, escenario en el cual el Estado ha logrado diluir la atención como potencial transgresor de las libertades y derechos, para posicionarse como su celoso custodio⁵ o, peor aún, la de otra víctima más de los enemigos del Estado Social de Derecho y de la democracia. Por este motivo la deslegitimación que debe hacerse de instituciones autoritarias y contra el programa de aniquilación de los derechos y libertades en sede del proceso penal, ha de privilegiar un trabajo de confrontación radical de la ideología que postula el carácter insignificante de los derechos, las libertades y las garantías, que niega su titularidad

5 En este sentido Hassemer, cuando expresa: “El Estado ya no es para los ciudadanos un monstruo que amenaza su libertad. Por el contrario, el Estado es el compañero de armas de los ciudadanos, dispuesto a defenderlos de los peligros y de los grandes problemas de la época (...). Los ciudadanos requieren del Estado, de forma exigente y a veces amenazante, el uso de la fuerza: el Estado tiene que protegerlos y asegurar su seguridad. Los derechos fundamentales han perdido su significado como “derechos de garantía” frente a su oponente; el Leviathan, cuyas ansias de poder deberían tener en realidad un límite, los ha superado. En consecuencia, estos derechos, como derechos de garantía carecen de función, han quedado vacíos de contenido”. HASSEMER, Winfried; *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*, traducción de Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1999, p. 154.

en las personas, o las erige en mercancía transable o renunciable por los ciudadanos, como condición *sine qua non* para alcanzar la “governabilidad”, la “convivencia”, la “seguridad”, el “orden público”, etc.

Es, entonces, en el terreno de la cultura donde han de librarse las confrontaciones más importantes y difíciles, porque mientras los levitanes, sus cortesanos y sus esbirros sigan propalando que la “seguridad” se logra con la renuncia a los derechos, a las libertades y a las garantías, que las medidas autoritarias no representan peligro para los “ciudadanos de bien”, o que sólo se les debe temer a los “delincuentes”, habrá pocas oportunidades para evitar la instrumentalización de las mayorías en términos de legitimación. Así las cosas, para los que librarán batallas en este escenario, con absoluta certeza, el libro también les aporta sólidos elementos teóricos para equilibrar las fuerzas, o, al menos, para que no lleguen de antemano con la batalla perdida; en fin, que este texto esté destinado a contribuir a estas luchas, es un motivo suficiente para sentirnos regocijados con esta publicación.

En estas condiciones, dejamos en manos de los lectores interesados esta investigación que, de seguro, está llamada a abrir el debate y a apuntalar las necesarias transformaciones que el sistema procesal penal del porvenir requiere entre nosotros, más allá del marcado autoritarismo y la mediocridad que hoy lo presiden.

Hernando León Londoño Berrío

Docente e investigador de la Universidad de Antioquia

INTRODUCCIÓN

Con la promulgación del Acto Legislativo 003 de 2002 surgieron múltiples discursos que sostuvieron que el proceso penal colombiano emprendía el rumbo hacia el garantismo penal, lo que colocaría a nuestro país en los estándares internacionales de administración de justicia mediante la adopción de un sistema procesal de tendencia acusatoria que hiciera realidad las garantías de los justiciables.⁶

Dicha reforma constitucional establecía la oralidad como característica del nuevo sistema procesal penal, que además sería público, contradictorio, concentrado y dirigido por un juez imparcial ante quien se practicarían las pruebas solicitadas por las partes. Tal sistemática procesal despojaba a la fiscalía, en principio, de la posibilidad de restringir la libertad de los justiciables, asignándose a los jueces de control de garantías la facultad de ordenar capturas e imponer las medidas de aseguramiento, a fin de hacer efectivo el principio de reserva judicial de la libertad y garantizar la imparcialidad del funcionario que la restringía.⁷ Desde esta mirada el nuevo modelo de juzgamiento constituiría el escenario para el reforzamiento del derecho a la libertad personal, derecho que, como lo consignó la exposición de motivos, estaba siendo abusado por parte de la Fiscalía.⁸

6 Bajo la presidencia de Andrés Pastrana Arango (1998-2002), el proyecto de reforma constitucional que implementaría el sistema acusatorio en Colombia fue presentado por Rómulo González y Armando Estrado Villa, ministros de Justicia y del Interior, respectivamente, a petición del Fiscal General Luis Camilo Osorio. Fue publicado en la Gaceta del Congreso n.º 134 de 2002.

7 No fue absoluta tal facultad, pues el artículo 2 de dicho Acto Legislativo consagró la posibilidad de que los fiscales ordenaran capturas excepcionales.

8 La exposición de motivos consignó: “nuestro proceso penal parece pertenecer a un Estado despótico, que no concede ninguna consideración a la dignidad humana (artículo 1.º C.P), la primacía de los derechos inalienables de la persona

Tras la expedición de la Ley 906 de 2004 se implementó el proceso penal de tendencia acusatoria,⁹ desarrollo de lo establecido por el Acto Legislativo 003 de 2002; sin embargo, contrario al reforzamiento de la libertad que se esperaba, ahora el legislador emprendía una ruta distinta a la trazada durante las discusiones del proyecto del Acto Legislativo y consagraba un régimen de restricciones mucho más agresivo que el que se contenía en el sistema procesal precedente.

Huelga decir que para el momento en que se gestó la creación de un nuevo código de procedimiento penal colombiano, ocurría un cambio de gobierno y se implementaba la política de “seguridad democrática” del Presidente Álvaro Uribe Vélez, con la que se declaraba la guerra a la delincuencia organizada, particularmente a las guerrillas, para darle cumplimiento a su promesa electoral, lo cual pronto se vio reflejado en la declaratoria de Estado de excepción ocurrida cuatro días después de su posesión y, especialmente, con la promulgación del Acto Legislativo 002 de 2003 que modificó, entre otros, el artículo 28 de la Constitución Política, para permitir que las autoridades militares y de policía realizaran allanamientos, registros y capturas sin orden judicial.¹⁰

Como bien podía advertirse, el ambiente político en el que se discutió el proyecto de ley que implementaría el sistema acusatorio en Colombia no era igual al que existía cuando se presentó la iniciativa que dio origen al mencionado acto legislativo. En efecto, cuando se dio inicio a las discusiones del referido proyecto de ley ya estaba muy adelantado el trámite de la reforma constitucional antiterrorista,¹¹ lo que tuvo graves efectos frente a la regulación del derecho a la libertad personal en el proceso penal.

(artículo 5 superior) ni los derechos fundamentales en general (artículos 11 y siguientes de la Carta)”. *Gaceta del Congreso* N.º 134 de 2002.

9 Publicada en el *Diario Oficial* N.º 45658, agosto 31 de 2004.

10 El Acto Legislativo 002 de 2003, publicado en el *Diario Oficial* N.º 45406 de diciembre 19 de 2003, fue declarado inexecutable mediante la sentencia C-816-04 del 30 de agosto de 2004. Magistrados Ponentes: Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Uprimny Yepes.

11 La discusión del proyecto de Acto Legislativo antiterrorista comenzó el 6 de mayo de 2003, en tanto que la discusión del proyecto de la que sería la Ley 906 de 2004 se inició el 24 de octubre de 2003, cuando ya se estaba surtiendo la segunda vuelta de dicha reforma constitucional en la Cámara de Representantes (véanse las *Gacetas del Congreso*, números 186, 550 y 564, de 2003).

En un ambiente legislativo en el que la coalición uribista en el Congreso de la República defendía sin ambages la política de seguridad democrática, se diseñó un sistema procesal penal de tendencia acusatoria que vería en el incremento de las restricciones a la libertad de los justiciables y en la introducción de un subsistema de justicia negocial que alimentara las condenas sin proceso, el camino para conseguir la eficacia de la justicia.¹²

Bajo esta percepción, el sistema procesal penal desarrollado por la Ley 906 de 2004 presentaba dos caras: una que podríamos llamar *declarada*, que planteaba que en Colombia se había diseñado un proceso penal que garantizaba los derechos de los justiciables tras la consagración de un juicio público, oral, contradictorio, concentrado y con intermediación de la prueba por parte del juez, y la otra, que llamaríamos *no declarada*, que enseñaba que el propósito de la reforma procesal era conseguir que los justiciables renunciaran al debido proceso y en su lugar acogieran el subsistema de justicia negocial, de tal suerte que la condena se impusiera sin las fatigas de un juicio previo.¹³

Para conseguir este último objetivo, el nuevo sistema penal debía fortalecer las restricciones de la libertad, introduciendo normas que facilitarían la captura del indiciado, incrementarían el número de medidas de aseguramiento, dispusieran

12 Según lo plantea Alesandro Baratta, “Con la pretensión de aumentar la eficacia del sistema penal, el eficientismo está siempre dispuesto a hacer concesiones respecto de las garantías individuales y de los principio de delimitación del poder punitivo, que constituyen el principal índice de la normalidad del derecho penal. El eficientismo se encuentra entonces en contradicción directa con los elementos constitutivos del pacto social y del sistema de los derechos fundamentales”, lo cual quedaba evidenciado con la reforma que así se implementaba (Baratta, 2004: 183).

13 Al respecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 22 de junio de 2006, M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón, expresó: “Desestimular la terminación temprana de los procesos [...] podría ocasionar el colapso del sistema, cuya fortaleza se apoya justamente en la previsión de que sea poca la cantidad de casos que agoten todas las etapas procesales [...] es un sistema que privilegia la terminación temprana del proceso y erige en principio rector los derechos de las víctimas a una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del autor o partícipe del injusto —según fórmula contenida en el literal c) del artículo 11 de la Ley 906 de 2004 [...]”.

En sentido contrario, Fernando Velásquez Velásquez afirma: “Se equivocan, pues, quienes —para el caso, acaudillados por un distinguido Ex Fiscal General de la Nación— pretenden mostrar las supuestas bondades acusatorias del sistema empotrado en la Ley 906 de 2004 con el argumento de que, con él, se van a lograr terminar por la vía más expedita gran parte de las actuaciones. Nada más lejano de la realidad: cuando se privatiza la justicia penal mediante estos mecanismos se suprime el juicio público —se instaura un “proceso” sin proceso y, por ende, sin las garantías tradicionales—, pero las penas subsisten y ellas se imponen sin que brille la verdad real para dar cabida a un patrón procesal marcadamente inquisitivo” (Velásquez, 2010:36).

incrementos punitivos indiscriminados,¹⁴ redujeran beneficios y aumentaran las exigencias para los subrogados penales; en fin, reducir al mínimo la libertad personal, bajo la égida de un sistema penal marcadamente autoritario.¹⁵ Debe precisarse, además, que en la medida en que el sistema acusatorio colombiano se iba implementando de manera gradual¹⁶, su eficacia se evaluaba rigurosamente, producto de lo cual fueron expedidas las Leyes 1142 de 2007 y 1453 de 2011, con las que se le introdujeron ajustes cuya mayor virtud fue evitar la liberación de los justiciables.

A pesar de esa faceta dual del sistema acusatorio colombiano, que ni era característica exclusiva del sistema penal de nuestro país ni mucho menos constituía un redescubrimiento de la tensión existente entre la necesidad de combatir la criminalidad y la de respetar las garantías de los justiciables, quienes quedaron deslumbrados por el encanto de un juicio contradictorio como realización del principio acusatorio no repararon, o tal vez no les importó, la agresividad con la que el nuevo código procesal penal incrementaba las restricciones del derecho a la libertad para los investigados, en perjuicio de la presunción de inocencia, aspecto

14 La Ley 890 de 2004 incrementó todas las penas en una tercera parte del mínimo y la mitad del máximo.

15 Por autoritarismo penal entenderemos, en los términos de Ferrajoli (1995: 91-109), aquellos modelos penales que niegan o lesionan los principios que componen un modelo garantista de derecho penal. Dicho autoritarismo, como lo plantea Alessandro Baratta, se ve hoy plenamente reflejado en los modelos penales que abrevan del eficientismo penal, el cual “intenta hacer más eficaz y más rápida la respuesta punitiva limitando o suprimiendo garantías sustanciales y procesales que han sido establecidas en la tradición del derecho penal liberal, en las Constituciones y en las Convenciones Internacionales. La reducción de los niveles de legalidad destruye el equilibrio entre la verdad sustancial y la verdad procesal, al mismo tiempo que marca un retorno a las formas de proceso premodernas: el proceso crea la prueba, el proceso crea el criminal, el proceso es la pena principal. Se desliza hacia ‘un modelo totalitario de política criminal’, hacia las modalidades de una nueva ‘suave inquisición’, que coexisten al interior de una conflictualidad latente con el sistema liberal y democrático correspondiente a la legalidad constitucional” (Baratta, 2004: 180).

16 El artículo 530 de la Ley 906 de 2004 dispuso: “Selección de distritos judiciales. Con base en el análisis de los criterios anteriores, el sistema se aplicará a partir del 1º de enero de 2005 en los distritos judiciales de Armenia, Bogotá, Manizales y Pereira. Una segunda etapa a partir del 1º de enero de 2006 incluirá a los distritos judiciales de Bucaramanga, Buga, Cali, Medellín, San Gil, Santa Rosa de Viterbo y Tunja.

En enero 1.º de 2007 entrarán al nuevo sistema los distritos judiciales de Antioquia, Cundinamarca, Florencia, Ibagué, Neiva, Pasto, Popayán y Villavicencio.

Los distritos judiciales de Barranquilla, Cartagena, Cúcuta, Montería, Quibdó, Pamplona, Riohacha, Santa Marta, Sincelejo y Valledupar, y aquellos que llegaren a crearse, entrarán a aplicar el sistema a partir del primero (1º) de enero de 2008”.

este que negaba, paradójicamente, los presupuestos del modelo supuestamente garantista que se acogía con alborozo y que perpetuaba la deshumanización del proceso que se quería superar.

En virtud de lo anterior, el presente trabajo pretende identificar el contenido autoritario del sistema acusatorio colombiano a través de la forma como ha sido regulado el derecho a la libertad personal de los justiciables, mediante las Leyes 906 de 2004, 1142 de 2007 y 1453 de 2011, dejando al descubierto sus rasgos inquisitoriales y sus funciones no declaradas.

Para lograr el objetivo propuesto partimos de los postulados de la teoría del garantismo penal desarrollada por Luigi Ferrajoli,¹⁷ para quien la justificación del derecho penal radica en el respeto de los principios de estricta legalidad y estricta jurisdiccionalidad;¹⁸ perspectiva desde la cual podemos avizorar que la implementación del sistema acusatorio colombiano, antes que una verdadera reforma que garantizara que la afectación de las libertades fuera la última ratio, se convirtió en un reacomodamiento de las prácticas punitivas,¹⁹ adobadas con discursos garantistas pretensivos de réditos políticos ante la comunidad internacional.

Como bien puede advertirse, este trabajo no es un tratado sobre el derecho a la libertad personal, sino un juicio crítico a la manera como el nuevo código de procedimiento penal y sus posteriores reformas regularon su restricción. Por lo tanto, no encontrará el lector conceptualizaciones dogmáticas sobre el derecho a la

17 Ferrajoli, 1995.

18 Como réplica persuasiva a las doctrinas abolicionistas, Ferrajoli considera necesario un modelo normativo de justificación del derecho penal (1995: 336-345).

19 El discurso que sirvió de fundamento a la doctrina de seguridad democrática del gobierno de Álvaro Uribe Vélez, soportado en la división entre buenos y malos, logró poner en marcha eficaces formas de autocensura alimentadas por la manipulación mediática del llamado "poder de la opinión pública". Ello terminó legitimando no solo reformas punitivas en las que se regulan tratamientos drásticos contra la delincuencia como única manera de lograr la pacificación del País (como ejemplo de ello está el procedimiento que condujo a la expedición del Acto Legislativo 002 de 2003), sino también la aplicación de técnicas de vigilancia total y de policías secretas dispuestas a conocer, sin freno alguno, no únicamente lo que hacían los ciudadanos del común, sino también los altos dignatarios de la justicia colombiana, los periodistas, los miembros de la oposición, las organizaciones no gubernamentales, etc., valiéndose para ello de interceptaciones telefónicas ilegales, ordenadas por altos funcionarios del Estado (al respecto la revista *Semana* publicó distintos informes, que pueden consultarse en semana.com).

libertad personal y sus límites en un modelo de Estado liberal. Nos ocuparemos en cambio de las restricciones de la libertad personal en el nuevo sistema acusatorio colombiano y, con ello, del desconocimiento de los fundamentos liberales que imponen la mínima intervención de los derechos por parte del Estado.

Nos encontramos así frente a una investigación mediante la cual se analizan los postulados que inspiraron la implementación y desarrollo del sistema acusatorio colombiano y condujeron a la regulación de la libertad personal como resultado de la política de seguridad democrática. Dicha labor comporta un examen crítico de los diferentes documentos estudiados, consistente en escrutar en cada uno de ellos las motivaciones que los encubren y las ideologías que los inspiran, para poner en evidencia que los discursos garantistas esgrimidos para su justificación se confunden con propuestas legislativas que desconocen pilares fundamentales de todo sistema liberal, como el respeto por la libertad y la presunción de inocencia.²⁰ Así las cosas, es necesario advertir que la investigación comporta lecturas intencionadas, dirigidas a acreditar el discurso legislativo y la manifestación del despotismo penal que, paradójicamente, caracteriza al sistema procesal penal colombiano de tendencia acusatoria, cuando se le analiza en función del tratamiento del derecho a la libertad.

Para llegar al objetivo propuesto, se ha seguido la siguiente ruta metodológica:

- Partimos del análisis de los argumentos que justificaron las reformas constitucionales introducidas por los actos legislativos 003 de 2002 y 002 de 2003, así como la implementación del nuevo código de procedimiento penal.²¹ De manera especial destacamos la forma en que se conjugaron postulados garantistas con discursos propios del liberalismo autoritario, como evidencia del efecto que tiene la política de seguridad democrática en el sistema procesal penal diseñado para servirla.

20 Como lo plantea Ferrajoli, la selección de los elementos teóricamente esenciales del modelo acusatorio está condicionada por un juicio de valor nacido del “nexo que sin duda cabe establecer entre sistema acusatorio y modelo garantista, y, por otra parte, entre sistema inquisitivo, modelo autoritario y eficacia represiva” (1995: 563).

21 Para este efecto, se han revisado las ediciones de la Gaceta del Congreso que contienen la información relacionada con el trámite legislativo y las publicaciones realizadas en los distintos diarios oficiales. Todos estos documentos están detallados en la bibliografía.

- Como paso siguiente examinamos la regulación del derecho a la libertad personal en la Ley 906 de 2004, haciendo hincapié en las reformas introducida por las Leyes 1142 de 2007 y 1453 de 2011. El estudio así elaborado muestra que el legislador encuentra en la restricción del derecho a la libertad personal una herramienta perfecta para luchar contra “los enemigos internos”,²² utilizando la captura, las medidas de aseguramiento y la prohibición de beneficios como instrumentos fundamentales para conseguir la aceptación de cargos o para procurar preacuerdos y negociaciones con la fiscalía.²³
- Finalmente, a manera de conclusión, hacemos el diagnóstico sobre las limitaciones que ofrece el sistema procesal frente al derecho a la libertad de los justiciables, con lo que queda evidenciado el papel protagónico que cumple dicha regulación para el éxito del subsistema de justicia negocial y, con ello, de una de las funciones no declaradas del sistema procesal penal implementado por la Ley 906 de 2004.

En armonía con lo anterior, el presente trabajo está compuesto por cuatro capítulos fundamentales, donde se tratan las distintas problemáticas que encierra el análisis de las restricciones de la libertad en el nuevo sistema procesal penal.

El primer capítulo sirve de puerta de entrada para abordar las finalidades declaradas y ocultas que motivaron la implementación del sistema acusatorio en Colombia.

22 Tras dicho análisis se evidenciará cómo tales disposiciones son manifestación del “derecho penal de enemigo” y de la política de “tolerancia cero” (Ferrajoli, 2006: 3-10; Larrauri, 2009;. Loic, 2004; Orozco y Gómez, 1999).

23 Es la versión moderna del “calabozo eterno”, expuesto por Carrara, como forma de conseguir la confesión. Es la misma tortura moral que, aunque hoy está matizada por la prohibición de la incomunicación y sujeta a términos, continúa siendo utilizada para enviar el mensaje de que la confesión acorta el camino para la justicia, así ella se produzca como renuncia a la presunción de inocencia.

Sobre el tema, Fernando Velásquez Velásquez afirma: “Así mismo, se dice que este sistema quebranta los derechos y garantías del imputado y ello por varios motivos: las negociaciones tienen lugar en un momento en el cual el conocimiento sobre el caso es fragmentario; existe notoria desigualdad, injusticia y falta de seguridad; es preferible, entonces, declararse culpable que verse sometido al escarnio público o a una condena más dura. De igual forma, otra vez de la mano del Profesor Langbein, se indica que este diseño opera por intimidación, de tal manera que si el sujeto pretende hacer valer sus derechos —para el caso en un juicio con jurados como lo dispone la Sexta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos— el Estado lo amenaza con una sanción severa. Además, que el ministerio Fiscal se vuelve el sujeto central de la actuación, pues sus poderes son tan grandes que es él —dice Lynch— el llamado a ejercitar no solo su tradicional discrecionalidad para imputar cargos, sino que también, de hecho, determina la culpabilidad y fija la pena” (Velásquez, 2010: 10).

Para ofrecerle una mejor ilustración al lector se hace un tratamiento por separado de los discursos garantistas que inspiraron el reforzamiento del derecho a la libertad y los discursos que terminaron imponiéndose en el desarrollo legal de dicho sistema. La lectura del capítulo permite mostrar la identidad existente entre la reforma procesal penal implementada para la lucha contra la criminalidad y la política de la seguridad democrática del gobierno del presidente Álvaro Uribe Vélez; lo que conduce a entender las razones del incremento de las medidas restrictivas para la libertad de los justiciables. De manera especial este capítulo aborda el tema relacionado con las funciones no declaradas del sistema procesal penal, y pone en evidencia el efecto de la política expansionista norteamericana en nuestro territorio.

El segundo capítulo analiza la manera como la Ley 906 de 2004 reguló el derecho a la libertad y consagró sus restricciones, como manifestación de la política de seguridad democrática. Nos hemos detenido en el análisis de la regulación de la captura y de las medidas de aseguramiento, para dejar evidenciado que el tratamiento del derecho a la libertad realizado por el Código de Procedimiento Penal no se compadece con los fundamentos garantistas puestos de presente para la expedición del Acto Legislativo 003 de 2002.

En los capítulos tercero y cuarto examinamos las reformas que introdujeron las Leyes 1142 de 2007 y 1453 de 2011 al sistema acusatorio colombiano, cerrando las pocas posibilidades de liberación que había dejado la Ley 906 de 2004. El estudio sobre los fundamentos de estas reformas permite evidenciar cómo los derechos a la dignidad humana, la libertad y la presunción de inocencia del imputado, fueron utilizados como instrumentos para conjurar los peligros que se cernían sobre la política de seguridad democrática, incrementando, para el efecto, las posibilidades de encarcelamiento de los justiciables. El conjunto de tales restricciones dejarán al descubierto una manifestación de despotismo nada apropiada para un sistema procesal penal que se pregona respetuoso de las garantías de los procesados.

Así, al evidenciarse que el sistema acusatorio colombiano encubre un propósito instrumentalizador, desarrollo de los postulados eficientista en que fue inspirado, resulta fácil explicar el porqué de la consagración de un régimen de restricciones

de derechos de los justiciables mucho más gravoso que el contenido en el sistema inquisitivo que le antecedió, y es fácil también advertir la ideología que esconde el discurso del garantismo penal cuando se construye de espaldas al respeto de los derechos a la dignidad humana, la presunción de inocencia y la libertad personal.

La investigación realizada quiere abrir un espacio para la reflexión sobre el papel que cumple el proceso penal cuando es el resultado de políticas criminales inspiradas en el ideal de mantener el orden social en detrimento de las garantías y libertades ciudadanas. Es una invitación a reflexionar sobre el peligro que representa la legitimación de prácticas punitivas que, posando de redentoras de una sociedad en caos, traen consigo el sacrificio de los más caros derechos y garantías ciudadanas. Al respecto, es preciso que nos preguntemos si la necesidad de alcanzar la vigencia de un orden justo autoriza la existencia de modelos de juzgamiento en los que los derechos a la libertad y la inocencia se convierten en objetos susceptibles de transacción con el Estado, aunque dicha transacción se haya establecido con la finalidad de combatir la impunidad; es necesario, en fin, que indaguemos una vez más si aún puede afirmarse, como lo hace Klaus Tiedemann,²⁴ que no a cualquier precio se debe investigar la verdad o, lo que es igual, que no a cualquier precio se puede administrar justicia.

24 Roxin, Arzt y Tiedemann: 1989: 138.

1. EN BUSCA DE LA JUSTIFICACIÓN PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE UN SISTEMA ACUSATORIO EN COLOMBIA



1.1. El proceso penal colombiano como escenario para el respeto del derecho a la libertad personal²⁵

En la exposición de motivos del proyecto de acto legislativo que introduciría el sistema acusatorio en Colombia, los entonces ministros del Interior, Armando Estrada Villa, y de Justicia, Rómulo González Trujillo, destacaron: “Esta iniciativa de reforma constitucional tiene la finalidad de modificar la estructura del esquema de procesamiento criminal colombiano, para adoptar uno de clara tendencia acusatoria, en donde el eje del proceso sea el juicio oral y, por esta vía, se respeten de mejor manera los derechos de los ciudadanos durante la investigación y el juzgamiento”.²⁶

25 Tras la tensión existente entre libertad y control social o, más modernamente, entre libertad y seguridad, un sistema penal se mide en función de la mayor o menor afectación de las garantías o, lo que es igual, según la intensidad con la que reduzca los derechos. En tal sentido, hablar de la búsqueda de un proceso penal que respete la libertad, a manera de modulador de la actividad punitiva del Estado, significa emprender el camino por una senda en la que debe reconocerse que las libertades dependen de la voluntad del Estado y, más concretamente, de las ideologías que lo inspiren.

La creciente manipulación de las libertades como forma de mantener el statu quo social nos enfrenta a una realidad cuyas características son la precariedad de las libertades y la amenaza constante de los derechos, por lo que la lucha por la realización de los derechos a la libertad y la presunción de inocencia, cada vez más ardua en tiempos de despotismo, es la lucha por un derecho penal liberador, en el que la vigencia de los principios determine el margen irreductible sobre el que el Estado realiza el ius puniendi y afecta la vida de los justiciables. Por esta razón será necesario buscar una justificación del sistema acusatorio colombiano en función del respeto de las garantías del justiciable; lo que nos permitirá salir del escepticismo que poco o nada construye.

26 Cfr. Gaceta del Congreso n.º 134 de 2002.

Como postulados de un sistema de juzgamiento que hiciera realidad las garantías de los justiciables, la reforma proponía los siguientes avances, propios de un proceso penal de tendencia acusatoria: i) el derecho a la libertad personal encontraría especial reforzamiento, tras la consagración de la reserva judicial como condición para su restricción y la exigencia de mayores requisitos para la procedencia de las medidas de aseguramiento. Con tal propósito se despojaría al fiscal de las potestades que en dicha materia le había entregado la Constitución de 1991; ii) los derechos a la publicidad, la defensa, la contradicción y la justicia pronta se manifestarían con el advenimiento de un proceso de partes, regido por la oralidad y la concentración.

La propuesta así presentada, según las voces de sus autores, sería el desarrollo de los tratados internacionales sobre derechos humanos y el bloque de constitucionalidad. Para el gobierno,²⁷ la reforma constitucional haría realidad las garantías consagradas en dichos tratados, lo que le impregnaría la dosis de garantismo que se esperaba de un sistema de tendencia acusatoria.

Para explicar la manera como estaban siendo afectados en Colombia los derechos a la libertad y la imparcialidad, la exposición de motivos consignó: “cuando [el fiscal] profiere una medida de aseguramiento, cuando ordena una captura, en fin, cuando toma decisiones de carácter judicial, es clara la afectación del principio de imparcialidad del juzgador, en desmedro de los tratados internacionales y de las propias garantías que la misma Carta consagra”.²⁸

Según los autores de la iniciativa, no era posible pregonar la imparcialidad del fiscal cuando este también tenía interés en el resultado de la investigación, pues, siendo su principal función la de investigar y acusar a los presuntos infractores de la ley penal, tales tareas resultaban incompatibles con la de garantizar las libertades del procesado, por lo que era necesario despojarlo de la posibilidad de proferir decisiones judiciales. Según lo advirtieron, “si a una misma persona se le asignan las funciones de investigar y proferir providencias de contenido judicial, cumplirá en forma ineficiente ambas tareas, porque ellas se contraponen”.²⁹

27 Es importante destacar que los ministros Armando Estrada Villa y Rómulo González hacían parte del gabinete del presidente Andrés Pastrana Arango, quien mantuvo una política criminal diferente a la del sucesor, Álvaro Uribe Vélez, lo cual incidió en el desarrollo que del Acto Legislativo hicieron las Leyes 906 de 2004, 890 de 2004 y 1142 de 2007, promulgadas al amparo de la política de seguridad democrática, como se verá más adelante.

28 Cfr. Gaceta del Congreso n.º 134 de 2002.

29 Ídem

Resulta conveniente resaltar, según lo plantearon los ministros, invocando argumentos del derecho internacional de los derechos humanos, que la imparcialidad por la que se abogaba debía reclamarse de cualquier persona que cumpliera funciones judiciales. “Desde este punto de vista, el imperativo de imparcialidad no se dirige a los ‘jueces’ en sentido estricto, sino a la función judicial, que entre nosotros ostenta parcialmente la Fiscalía General de la Nación”.³⁰

Otro aspecto a destacar de la exposición de motivos lo constituía el diagnóstico que el gobierno nacional hacía del proceso penal colombiano, de cara a las garantías de los justiciables. Entre sus preocupaciones, además de la falta de imparcialidad de los fiscales, en los términos ya indicados, se encontraban también los abusos que dichos funcionarios estaban haciendo de las facultades que les había otorgado la constitución de 1991; abusos que eran notorios con el incremento de las medidas de aseguramiento.³¹ Dicha preocupación condujo a que los autores de la iniciativa afirmaran categóricamente que el proceso penal no se había humanizado en nuestro país, ni se compadecía con el enfoque decidido de la Constitución de 1991, sino que, por el contrario, parecía pertenecer a un Estado despótico, que no concedía ninguna consideración a la dignidad humana (artículo 1.º C.P.), a la primacía de los derechos inalienables de la persona (artículo 5 superior) ni a los derechos fundamentales en general (artículos 11 y siguientes de la Carta).

Como expresión de la voluntad del Gobierno para solucionar la situación así diagnosticada, el proyecto de reforma constitucional tendría el propósito de proteger el derecho a la libertad personal, el desarrollo de la presunción de inocencia y la dignidad humana, acogiendo, entre otros argumentos, las decisiones del Tribunal Interamericano de Derechos Humanos, que había sostenido que de la presunción de inocencia se desprendía directamente una presunción de libertad, la cual solo se podía desvirtuar mediante pruebas suficientes.³² Así, el proyecto de

30 Ídem.

31 Al respecto la exposición de motivos consignó: “un alto número de quienes se encuentran detenidos no son condenados, sino sindicados cumpliendo con una medida de aseguramiento. Ello demuestra que los fiscales, que tienen radicada en cabeza suya esa función, están abusando de ella. En su primer año de funcionamiento, ‘la Fiscalía no sólo no redujo el número de personas detenidas por largos periodos sino que ese número creció en un 250%’”. Ídem.

32 Ídem.

reforma constitucional, como lo describía la exposición de motivos, garantizaría que la restricción de la libertad tuviera una protección superior a la exigencia de una orden judicial, la cual se había convertido en mera formalidad, para demandar en cambio, como razón de principio, que estuviera soportada en la existencia de un sustrato probatorio que le permitiera al juez deducir, con un alto índice de probabilidad, la comisión del delito investigado.³³

El proyecto de reforma constitucional ponía en evidencia que el Estado colombiano no podría seguir siendo cómplice de la violación de los derechos humanos en un proceso penal al que calificaron como despótico, sino que debía, por el contrario, introducir un sistema procesal que garantizara los derechos fundamentales y recobrar el enfoque garantista introducido por la Constitución de 1991. En este orden de ideas, el fundamento de la reforma constitucional introducida por el Acto Legislativo 003 de 2002, de cara al derecho a la libertad, estaría representado en:

- La exigencia de que la presunción de inocencia fuera el faro que guiara la afectación de la libertad.
- La exigencia de que el derecho a la libertad solo pudiera ser afectado por mandamiento escrito proferido por un juez, lo que implicaba despojar al fiscal de las atribuciones que en tal sentido le había otorgado la Constitución de 1991.
- La exigencia de que el mandamiento escrito antes mencionado estuviera soportado en un sustrato probatorio que permitiera deducir, con un alto índice de probabilidad, la comisión del delito investigado. Con ello, la orden judicial cobra sentido en tanto el funcionario judicial pueda determinar de manera objetiva si existen o no motivos fundados para afectar la libertad.³⁴

33 Ídem. Aunque es innegable su vocación garantista, constituye sin embargo la ambición propia de las teorías justificacionistas del derecho penal, conforme a las cuales el Estado no renuncia a la posibilidad de restringir la libertad personal en el interior del proceso penal, aunque pudiera exhibir discursos para poner el derecho a la libertad a salvo de la arbitrariedad del legislador y de los funcionarios judiciales (sobre las teorías justificacionistas puede consultarse a Ferrajoli, 1995: 258).

34 Según lo expresó la exposición de motivos, tal requisito "dota de sentido y contenido material a la exigencia de la orden judicial. Si la orden escrita la emite el fiscal, y no se evalúa si ella contiene motivos fundados, la exigencia constitucional se haría inaplicable porque no limita la actuación estatal". Cfr. Gaceta del Congreso n.º 134 de 2002.

La propuesta de reforma al artículo 250 de la Constitución³⁵ planteaba “una manera de resolver la situación jurídica del procesado distinta de lo que corresponde al aseguramiento del probable infractor de la ley penal para que comparezca al proceso”³⁶ lo cual significaba que en lo sucesivo debía el fiscal comparecer ante un juez de la república para presentarle la prueba recaudada y que fuera el juez quien, bajo la absoluta autonomía e independencia, decidiera si profería o no medida de aseguramiento, “basado en la exigente prueba como para ordenar la detención o no de una persona, o la medida asegurativa que corresponda a la gravedad del delito o la participación del procesado”.³⁷

A pesar de lo anterior, aunque la propuesta consignaba que el fiscal no seguiría definiendo la situación jurídica de los procesados, mantenía facultades que le permitirían tomar las medidas necesarias para evitar que se produjera una fuga del procesado, asunto que abordaremos en el capítulo siguiente.

Por otra parte, en el Congreso de la República se compartía la preocupación expresada por los autores de la iniciativa respecto del abuso de las medidas de aseguramiento y la afectación de la libertad por parte de los fiscales, lo cual consideraban una grave violación a los derechos humanos. En tal sentido la comisión de ponentes hacía énfasis en la necesidad de garantizar el derecho a la imparcialidad del funcionario judicial, maltrecha por las facultades que la Constitución de 1991 le había otorgado a la fiscalía. Según lo expresaron los miembros de la comisión,³⁸ no podía perderse

35 El texto presentado por el gobierno fue el siguiente:

“**Artículo 3°.** El artículo 250 quedará así:

Artículo 250. Corresponde a la Fiscalía General de la Nación, de oficio o con fundamento en denuncia, petición especial o querrela, desarrollar las investigaciones de los hechos que puedan constituir delitos y acusar ante los jueces de la República, cuando fuere el caso, a los presuntos infractores de la ley penal. Se exceptúan los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio. Para tal efecto la Fiscalía General de la Nación, deberá:

1. Solicitar al juez de control de garantías las medidas que aseguren la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, las que procuren la conservación de la prueba y la protección de la comunidad; así mismo aquellas necesarias para la asistencia inmediata a las víctimas y hacer efectivo el restablecimiento del derecho.

Excepcionalmente, la ley podrá facultar a la Fiscalía General de la Nación para realizar capturas administrativas. En estos casos, el juez de control de garantías lo realizará a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.

El juez de control de garantías, no podrá ser en ningún caso, el juez de conocimiento”.

36 Cfr. Gaceta del Congreso n.º 134 de 2002.

37 Ídem.

38 Ponencia para primer debate, Cámara de Representantes, publicada en la Gaceta del Congreso n.º 148 de 2002. Disponible en http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.nivel_3, consultado en mayo 15 de 2009.

de vista que cuando el sistema vigente ponía sobre el funcionario instructor la función de decidir sobre la libertad de los sindicados, afectaba seriamente derechos fundamentales de los ciudadanos que se enfrentaban al proceso penal. Agregaron que un alto número de quienes se encontraban recluidos estaban cumpliendo una medida de aseguramiento de detención preventiva, “obligados a permanecer indefinidamente bajo esta medida, incluso en los eventos en los que se interponen recursos para atacarla [...] generando graves violaciones a los derechos humanos y a las garantías de los sindicados”.³⁹ La naturaleza de la función del fiscal, según lo afirmaba la ponencia, lo obligaba, entre otras cosas, a percibir todo indicio como una prueba incriminatoria en potencia y a mirar al procesado como presunto autor o partícipe de la conducta punible que investiga, lo cual repercutía en el derecho a la libertad de los justiciables.

Durante el trámite de la segunda vuelta del proyecto ante el Senado se consideró que la reforma constitucional tendría por efecto ajustar el juzgamiento penal colombiano a los cánones internacionales de derechos humanos, para cumplir así con lo establecido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y el Pacto de San José de Costa Rica de 1969.⁴⁰ Al respecto, el informe de ponencia consignó que cuando el fiscal interviene los derechos de quienes están investigados es “un juez parcial”,⁴¹ lo que conduce a la vulneración de la garantía de la imparcialidad judicial y de la presunción de inocencia, y trae como resultado que casi la mitad de la población carcelaria esté detenida preventivamente.⁴²

La posición así expresada terminaría por fundamentar el discurso garantista de la reforma constitucional que se analiza, lo que permitiría concluir que el Acto Legislativo 003 de 2002, tras producir el reforzamiento del derecho a la libertad personal, partía del reconocimiento de que en nuestro país se había hecho del proceso penal un escenario para la violación de los derechos fundamentales, característica propia de un Estado despótico.

39 Ídem. [Se agregó el subrayado. En adelante, cuando no se especifique lo contrario, los formatos especiales en las citas corresponden a los documentos originales].

40 Publicado en la Gaceta del Congreso n.º 531 de 2002, disponible en http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.nivel_3, consultado en mayo 15 de 2009.

41 Ídem.

42 Ídem.

Así, el escenario del sistema procesal de tendencia acusatoria sería propicio para humanizar el proceso penal y hacer realidad el reconocimiento de las garantías constitucionales introducidas por el constituyente del año 1991; lo que permitiría esperar un mayor respeto por el derecho a la libertad de los justiciables y su presunción de inocencia.

1.2. El proceso penal colombiano como escenario para la lucha contra la criminalidad

Como lo plantea Molano Rodríguez, la obsesión por la seguridad ha conducido a considerar absolutamente necesarias la “guerra contra el crimen” y la “guerra contra el terrorismo”; como resultado de ello la mayoría de Estados ha optado por *el uso creciente de la prisión como columna vertebral de sus políticas criminales*, lo cual ha puesto al descubierto una paradoja:

mientras existen abundantes señales sobre la poca eficacia de las medidas adoptadas para erradicar el crimen y el terrorismo, a pesar de la retórica estadística de la que suelen valerse los gobiernos para mostrar lo contrario, es alarmante el crecimiento mundial del número de personas que son sometidas a prisión, muchas veces con base en meras sospechas. Dicho de otra manera, la “guerra contra el crimen” y la “guerra contra el terrorismo”, declaradas e impulsadas por muchos Estados bajo la idea de preservar la seguridad de sus sociedades, parecieran convertirse en fuentes de inseguridad para la libertad de la población mundial.⁴³

En tal sentido, señala dicho autor, aquellas medidas a través de las cuales los Estados pretenden crear condiciones de seguridad para la mayoría de la población devienen en violaciones de los derechos humanos._

1.2.1. La búsqueda de la eficacia de la justicia y el tratamiento de la libertad personal en el proceso penal colombiano

A pesar de los fundamentos garantistas ya mencionados, es evidente que el proyecto de reforma constitucional estaba inspirado, fundamentalmente, en el anhelo de introducir un sistema procesal a través del cual se fortalecieran las funciones de la fiscalía y se consiguiera un resultado más eficiente en la lucha contra la criminalidad. Dicho anhelo, manifiesto a lo largo de la exposición de

43 Molano, 2006: 11.

motivos del proyecto de acto legislativo, como era de esperarse tuvo implicaciones respecto del derecho a la libertad personal, lo que se vería reflejado en dos aspectos fundamentales:

- i) La reforma constitucional consolidaba un proceso penal en el que el Estado continuaba abogando por el aseguramiento del imputado, lo que significaba que la prisión provisional seguía siendo la herramienta fundamental para combatir la criminalidad.
- ii) Se implementaba un proceso de partes, pero al mismo tiempo se otorgaban facultades judiciales a la fiscalía, como la de ordenar capturas, allanamientos, registros e interceptación de comunicaciones, con lo que se fortalecía la investigación y, con ello, la eficacia de la justicia.

Desde esta perspectiva, aunque el principio de reserva judicial de la libertad, enarbolado como garantía de imparcialidad, se exhibía como un avance para satisfacer los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, el trasfondo del asunto estaba constituido por la perpetuación de la medida de aseguramiento y, con ello, la licencia para que el Estado continuara afectando el derecho a la libertad de quien aún no había sido declarado culpable. Así, tras la expresión de garantía se manifestaba en verdad una intención claramente eficientista.⁴⁴

Sin que se conozcan los argumentos para justificar la existencia de la medida de aseguramiento en el interior de un proceso de tendencia acusatoria, pese a que dicha figura es una de las mayores manifestaciones del despotismo propio de los procesos inquisitivos⁴⁵, es claro que la iniciativa legislativa no tenía la intención de

44 Según lo plantea Baratta (2004: 179-180), "El derecho penal deja de ser subsidiario, de constituir la última ratio de acuerdo con la concepción liberal clásica y se convierte en la prima ratio, una panacea con la cual se quieren enfrentar los más diversos problemas sociales. De modo tal, el derecho penal se transforma en un instrumento al mismo tiempo represivo (con el aumento de la población carcelaria y la elevación cualitativa y cuantitativa del nivel de la pena, a punto tal que críticos ilustres del sistema penal hablan de edificación de nuevos gulags, en Occidente después de los años 80) y simbólico (con el recurso a leyes-manifiesto, a través del cual la clase política reacciona a la acusación de 'laxitud' del sistema penal por parte de la opinión pública, reacción esta que evoca una suerte de derecho penal mágico, cuya principal función parece ser el exorcismo)".

45 Al respecto véase Ferrajoli, 1995: 551.

crear un proceso penal sin detención preventiva. Así las cosas, la restricción de la libertad de quien apenas era sujeto de una investigación penal continuaba siendo una de las fortalezas del proceso penal, si bien ahora condicionada a que fuera impuesta por un juez de control de garantías y con fundamento en una mayor exigencia probatoria, como dijo en un pasaje anterior.

Contra los postulados garantistas que reclaman la abolición de la detención preventiva,⁴⁶ la reforma constitucional, que supuestamente expresaba un deseo de acabar con la deshumanización que caracterizaba el proceso penal colombiano, paradójicamente mantenía una de mayores manifestaciones.

A la realidad así descrita se sumaba otro ingrediente de gran trascendencia: en un sistema acusatorio, el fiscal estaría dotado de facultades extraordinarias que le permitieran tomar las medidas necesarias “para evitar que se produzca una fuga del procesado”,⁴⁷ facultad esta que, como bien puede entenderse, era distinta a la de imponer medidas de aseguramiento.

No era difícil advertir que aunque el gobierno de turno expresaba la necesidad de humanizar el proceso y reforzar la protección de la libertad personal, introduciendo para ello la reserva judicial como razón de principio, su prioridad era la lucha eficaz contra la delincuencia, y para ello proponía no solo que se mantuvieran las medidas de aseguramiento, sino también que se le permitiera a la fiscalía realizar capturas, en los términos consignados en la sentencia C-024 de 1994.⁴⁸

Esta facultad así otorgada a la fiscalía, dejaba al descubierto que, en función de su lucha contra la criminalidad, el gobierno consagraba una excepción que dejaba sin piso los argumentos fundamentales de la reserva judicial de la libertad, inspirados justamente en la garantía de imparcialidad de quien decidía afectar la libertad personal, ya que existía un doble discurso que no permitía explicar la contradicción existente entre la mencionada reserva judicial de la libertad y las facultades que se otorgaban al fiscal para que, así fuera de manera excepcional, pudiera afectarla.

46 Ídem. P. 559.

47 Gaceta del Congreso n.º 134 de 2002.

48 Corte Constitucional, sentencia C- 024 de enero 27 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Por otra parte, tras la decisión de cambiar del proyecto original la expresión “capturas administrativas” por la de “capturas excepcionales”,⁴⁹ y modificar la expresión “presuntos infractores de la ley penal” por la de “imputados”⁵⁰, el legislador terminó haciendo de la excepción la regla general, lo que afectó negativamente la protección de la libertad que supuestamente debía ser reforzada, según se pondrá en evidencia más adelante.

Como era de esperarse, la propuesta del gobierno que le permitiría a la fiscalía ordenar capturas pasó triunfal ante el Congreso de la República y solo tenues voces indicaban alguna preocupación por tal reforma,⁵¹ al tiempo que la mayoría defendía sus bondades.⁵² Al efecto, debe destacarse lo consignado en el informe para segundo debate de la primera vuelta en el Senado, en el que la comisión de ponentes expresó:

a) Desjudicialización de la Fiscalía General de la Nación.

[...]

Sin embargo, se reserva la posibilidad de capturar administrativamente en los términos que la ley fije, pues se ha considerado que siendo la principal finalidad del proyecto fortalecer la fiscalía, dadas las condiciones por las que atraviesa nuestro país, es necesario establecer un mecanismo de urgencia que permita a la Fiscalía capturar en casos diferentes a los de flagrancia, **en todo caso sujeto a un control judicial posterior en un término máximo de treinta y seis (36) horas.**⁵³

49 Ponencia para segundo debate de la segunda vuelta ante el Senado, publicado en la Gaceta del Congreso n.º 553 de 2002.

50 Ídem.

51 En la ponencia para primer debate de la primera vuelta, el senador Darío Martínez expresó: “El artículo sexto del proyecto por el cual se modifica el artículo 250 de la Constitución Política, faculta mediante ley a la Fiscalía General de la Nación, para realizar capturas administrativas. Con el objeto de amparar el derecho sagrado a la libertad de la persona, se deberían fijar unos parámetros generales, a fin de establecer cuáles habrán de ser las capturas administrativas. No deja de constituir preocupación general, el recordar las funestas capturas o detenciones administrativas que emitía el Presidente de la República con fundamento en el derogado artículo 28 de la vieja Constitución Nacional, cuando el Ejecutivo Nacional, encontraba indicios de que una persona atentaría contra el orden público” (Ídem).

52 Como respuesta a la observación hecha por Pedro Pablo Camargo frente a la inconveniencia de revivir la captura administrativa, la comisión de ponentes defendió dicha figura así: “la norma de la Constitución de 1886 daba un plazo de diez (10) días de retención, además sin limitante alguna, mientras que en el proyecto se propone control posterior antes de las treinta y seis (36) horas siguientes. Además la situación del país no permite que en estos eventos el control sea previo, y por esa razón así se propone (Informe de ponencia para primer debate de la primera vuelta en el senado, publicado en la Gaceta del Congreso n.º 210 de 2002).

53 Gaceta del Congreso n.º 232 de 2002. [Las negrillas son del original].

Así, sin mayores tropiezos, fue aprobada por el Congreso de la República una reforma constitucional que seguía utilizando el derecho a la libertad como instrumento para luchar eficazmente contra la criminalidad.⁵⁴ Esta situación, que no podría entenderse como excepcional en la tradición jurídica colombiana, estuvo sin embargo apalancada por un hecho sobreviniente: el afianzamiento de un derecho penal antiterrorista, resultado de la política de seguridad democrática del presidente Álvaro Uribe Vélez, como lo explicaremos.

1.2.2. La concepción de la libertad personal en el escenario del derecho penal de la seguridad democrática⁵⁵

El día 24 de abril de 2003 el Gobierno de Álvaro Uribe Vélez presentó un proyecto de reforma a los artículos 15, 24, 28 y 250 de la Constitución,⁵⁶ reforma a la que

54 El texto aprobado en el Congreso fue el siguiente:

“Artículo 2°. El artículo 250 de la Constitución Política quedará así:

Artículo 250. Corresponde a la Fiscalía General de la Nación, de oficio o con fundamento en denuncia, petición especial o querrela, investigar los hechos que puedan constituir delitos y acusar ante los jueces de la República, cuando fuere el caso, a los presuntos infractores de la ley penal. Se exceptúan los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.

En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá:

1. Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas.

El juez que ejerza las funciones de control de garantías, no podrá ser, en ningún caso, el juez de conocimiento, en aquellos asuntos en que haya ejercido esta función.

La ley podrá facultar a la Fiscalía General de la Nación para realizar excepcionalmente capturas; igualmente, la ley fijará los límites y eventos en que proceda la captura. En estos casos el juez que cumpla la función de control de garantías lo realizará a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes”.

55 Según lo consignó el observatorio de los derechos humanos, “La implementación de la política de ‘seguridad democrática’ ha ocasionado la vulneración masiva, sistemática y permanente del derecho a la libertad. La guerra contra el terrorismo declarada por el gobierno de Álvaro Uribe Vélez ha provocado la generalización de las detenciones arbitrarias de personas. Entre el 7 de agosto de 2002 y el 6 de agosto de 2004, más de seis millares de personas fueron privadas de la libertad porque las autoridades administrativas o judiciales consideraron que su responsabilidad estaba comprometida en la ocurrencia de delitos asociados con la pertenencia a grupos guerrilleros o prácticas terroristas. En ningún caso, su detención se ajustó a lo establecido en los instrumentos de derechos humanos, ni a lo dispuesto en la Constitución y la ley colombianas: fueron privadas de la libertad con base en la mera sospecha, en señalamientos de informantes o reinsertados y en informes de inteligencia; fueron privadas de la libertad mediante la utilización de procedimientos ilegales; no fueron investigadas autónoma, independiente e imparcialmente; y las garantías procesales a que tenían derecho fueron abiertamente desconocidas” ((Molano, 2006: 13).

56 El proyecto fue presentado por el Ministro del Interior y de Justicia, Fernando Londoño Hoyos, y la Ministra de Defensa, Marta Lucía Ramírez de Rincón.

se le denominó estatuto antiterrorista. El origen inmediato de dicha reforma lo constituía el estado de conmoción interior declarado cuatro días después de su posesión,⁵⁷ el cual era un ejemplo significativo de la retórica emocional que el Gobierno quería usar para despertar la sensibilidad de la población y avivar su sentimiento patriótico.⁵⁸

El proyecto de reforma constitucional presentado por el gobierno de Uribe tendría por objeto dotar a las autoridades administrativas de facultades constitucionales para que pudieran realizar, entre otras cosas, capturas sin orden judicial, en asuntos relacionados con el terrorismo. Semejante propuesta significaba un retroceso histórico frente a lo que constituía uno de los grandes avances de la constitución de 1991, como lo era la consagración del principio de reserva judicial de la libertad como forma de poner freno al abuso del ejecutivo.⁵⁹

Para los entonces ministros del Interior y de Justicia, Fernando Londoño Hoyos, y de Defensa, Marta Lucía Ramírez de Rincón, la solución a la situación de terrorismo en Colombia no podía lograrse mediante medidas transitorias porque la situación era permanente y, por ende, los mecanismos adecuados para conjurarla no podían ser por vía de decretos legislativos sino por medio de normatividad también permanente.⁶⁰ Por tal razón, propusieron la siguiente reforma al artículo 28 constitucional:

Artículo 2º. El artículo 28 de la Constitución Política quedará así:

Artículo 28. 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 judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

Una Ley Estatutaria reglamentará la forma en que autoridades administrativas puedan realizar detenciones con fines de identificación y registros domiciliarios, con aviso inmediato a la Procuraduría General de la Nación y control judicial posterior, exclusivamente en casos de terrorismo.⁶¹

57 El Presidente Álvaro Uribe Vélez declaró el estado de conmoción interior mediante el decreto 1837 de agosto 11 de 2002.

58 Iturralde, 2010: 304.

59 Para mayor ilustración sobre lo que significó la consagración del principio de reserva judicial de la libertad en la constitución de 1991 véase la sentencia C- 024 de 1994, antes referenciada.

60 Ver exposición de motivos publicada en la Gaceta del Congreso n.º 174 de 2003.

61 Ídem.

Pese a que con la pretendida reforma constitucional el gobierno aseguraría la permanencia de medidas excepcionales y eludiría de paso el control de la Corte constitucional,⁶² su justificación contenía una contradicción, al admitir que la constitución de 1991 consagraba la posibilidad de que se produjeran detenciones preventivas administrativas para conjurar los problemas de orden público, sin tener que recurrir a medidas de excepción y,⁶³ paradójicamente, proponer una reforma constitucional que consagraba medidas excepcionales con carácter permanente.

De otra parte, el ejecutivo utilizaba una estrategia bastante útil, según el planteamiento de Iturralde, pues haciendo creer que Colombia estaba frente a una democracia sitiada, para lo cual utilizaba un lenguaje formulado en términos catastróficos, describía una situación de caos total producida por las acciones del enemigo del momento, para, de esta manera, legitimar respuestas extremas. En otras palabras, la estrategia del Gobierno de Uribe consistía en excitar el temor de la sociedad para alimentarse de él.⁶⁴

Como resultado de dicha retórica se incitaba a la polarización en el debate político sobre el control del orden público, de tal suerte que quienes se opusieran al establecimiento de las medidas necesarias para combatir al enemigo estarían de su lado, con todo lo cual se sustentaba un modelo de sociedad que privilegiaba la seguridad, el castigo y la exclusión, y que asumía como natural el lema: “el orden es primero y los derechos después”.

Así las cosas, para el gobierno de Uribe la necesidad de reformar la constitución era también la manera de superar los obstáculos que representaban las decisiones de la Corte Constitucional, la cual, según lo dejaba consignado la exposición de motivos, “durante los últimos cuatro años, ha sido bastante crítica y estricta en el entendimiento de las razones que han llevado al Gobierno a decretar el estado de

62 Iturralde, 2010: 259.

63 Corte Constitucional, sentencia C- 024 de 2004.

64 Iturralde. 2010: 322. En el mismo sentido puede sostenerse que “la alarma social, generada principalmente por los medios de comunicación de masas, engendra y propaga inseguridad y miedo, demanda más información, que a su vez causa más miedo y acaba con una exigencia desgarrada e inconsciente de seguridad total a cambio de lo que sea. Incluso a costa de perder en el camino derechos, garantías y libertades. Y a costa de crear graves situaciones de excepcionalidad. En realidad, la renuncia ingenua e irresponsable a las garantías constitucionales se produce porque pensamos que nosotros nunca seremos los otros: excluidos o perseguidos”. (Bernuz y Pérez, 2005: 13).

conmoción interior y así, ha convertido a este en un mecanismo en parte inservible para el ejecutivo ante la crítica situación del país”.⁶⁵

Tal manifestación de eficientismo, según lo plantea Alessandro Baratta, hace parte de la crisis social y política y de los procesos de comunicación social que la acompañan. Lo que está en juego no es solo la percepción del derecho penal por parte de políticos, juristas y de la opinión pública, sino el modo de percibir los conflictos sociales. En tal sentido, existe

una eticización y absolutización de los conflictos. A su contenido real (expresado en la existencia y la utilización de un recurso jurídico) se sobrepone una polarización ideológica entre bien y mal. Se produce de tal modo una expansión de la esfera moral, que tiene como efecto también favorecer mecanismos psicosociales de proyección, producir etiquetamientos y formar mayorías silenciosas. Ellos a su vez interaccionan con las cruzadas morales y las campañas de ley y orden, influyendo sobre los mecanismos de consenso y de legitimación del poder.⁶⁶

Como puede apreciarse, la tensión existente entre la necesidad de restituir el orden público quebrantado y la de respetar los derechos de los justiciables, se solucionaba considerando que cuando los derechos constitucionales son un estorbo para las políticas del gobierno, aquellos deben ceder en su eficacia, lo que la sociedad entendería como algo normal, aunque pugne con las ideas democráticas que inspiran a la Constitución.⁶⁷ La nueva política criminal del Estado y su bandera de “seguridad democrática”, evidenciarían un crudo eficientismo, manifiesto, como era natural, en un modelo de derecho penal inspirado en la idea de que el fin justifica los medios y que hace creer que la única manera de salir del caos es la restricción de los derechos fundamentales.⁶⁸

65 Gaceta del Congreso n.º 174 de 2003.

66 Baratta, 2010: 181.

67 Por ello Manuel Iturralde califica el proyecto como “una auténtica contra-reforma constitucional, ya que devolvió el ordenamiento constitucional colombiano más de cien años atrás, a la tradición autoritaria de la constitución de 1886” (2010: 262).

68 En el sentir de Baratta, “el eficientismo penal es un clásico ejemplo de un círculo vicioso de la respuesta a una desilusión, debida a la percepción de la ineficacia de la reacción penal a determinados problemas. El eficientismo, podríamos decir con la terminología de Luhmann, no responde cognitivamente, sino normativamente a la desilusión; se niega a aprender y, en vez de buscar otra reacción más eficaz, intenta hacer más eficaz aquella reacción penal, aumentando su intensidad también en detrimento de la legalidad constitucional, del buen funcionamiento y de la legitimación de los órganos judiciales.

En ese ambiente legislativo era necesario considerar que como resultado de la política de seguridad democrática toda reforma penal debía contribuir al restablecimiento del orden público, y entonces era apenas lógico que la reforma al sistema procesal penal, desarrollo del Acto Legislativo 003 de 2002, debía servir a los propósitos de la lucha frontal contra el terrorismo y otras manifestaciones de criminalidad.⁶⁹ Por tal razón, tanto el proyecto de reforma constitucional antiterrorista como el del Código de Procedimiento Penal que implementaría el sistema acusatorio en Colombia, cuyas discusiones se surtían simultáneamente en el Congreso,⁷⁰ debían caminar por un mismo sendero. Nadie esperaba que la reforma al estatuto procesal penal estuviera impregnada de una filosofía diferente a la que inspiraba al estatuto antiterrorista, manifestación de la lucha del gobierno contra la criminalidad.

En función de ese ideal, las críticas relacionadas con la existencia en Colombia de un proceso penal caracterizado por la deshumanización, que sirvieron de fundamento a la tramitación del Acto Legislativo 003 de 2002 como forma de cumplir los convenios internacionales de derechos humanos, pasaban a un plano secundario, pues el modelo que ahora se imponía haría del desarrollo legal del sistema acusatorio una oportunidad para endurecer las restricciones del derecho a la libertad.

Fue tan notoria tal mentalidad, que el propio Fiscal General de la Nación, autor de la iniciativa legislativa, pasó de avalar las críticas que el gobierno de Pastrana le hizo a la proliferación de medidas de aseguramiento, a pedir, bajo el nuevo modelo de gobierno, el incremento desmesurado de las mismas, partiendo del supuesto de que la falta de medidas de aseguramiento en un buen número de delitos investigados por la fiscalía era un factor que alimentaba la impunidad.

A la inevitable desilusión sigue una reacción punitiva más grave a la precedente, y la espiral represiva sigue aumentando, como muestra la experiencia de los últimos años en muchos países occidentales, con los Estados Unidos a la cabeza" (2004: 180-181).

69 "La clase concreta de justicia penal que se administra en Colombia se ha estructurado a partir de la tendencia política a ejecutar medidas de excepción destinadas a investigar, perseguir y juzgar a quienes los gobiernos y la opinión pública sensibilizada consideran como criminales peligrosos" (Iturralde, 2010: 20).

70 Cuando se presentó la ponencia para el primer debate de la reforma al código de procedimiento penal, el proyecto de Acto Legislativo antiterrorista iniciaba su segunda vuelta ante la misma comisión de la Cámara de Representantes.

Ese cambio de postura del Fiscal General de la Nación le permitiría manifestar que

El atraso de las cifras que acusa nuestro país en los tres aspectos de prevención, investigación y juzgamiento, así como en la baja tasa de medidas de aseguramiento, hace que se registre una altísima criminalidad [...]. La comparación internacional [...] permite observar, como panorama general, que las naciones con sistemas judiciales penales de tendencia acusatoria, logran una mayor represión del crimen en las tres instancias policial, judicial (fiscales y jueces) y de encarcelamiento, con el resultado de lograr bajas tasas de criminalidad.⁷¹

Según lo pensaba el entonces Fiscal General de la Nación, una mayor eficiencia de parte de fiscales y jueces deberá culminar con una mayor cantidad de delincuentes pagando condena en las prisiones,⁷² lo que significaría por lo tanto que el derecho procesal penal que ahora se vislumbraba mediría la eficacia de la justicia en el aumento de personas privadas de su libertad, utilizando la prisión preventiva como remedio; esto dibujaba el régimen despótico al que serviría el nuevo sistema penal.

Pero la nueva posición del Fiscal no se antojaba gratuita; era, por el contrario, la consecuencia de asumir el sistema procesal penal como escenario para garantizar el orden público. Así, el hecho de que el gobierno del presidente Álvaro Uribe emprendiera una lucha frontal contra la delincuencia organizada, bajo el postulado de la política de seguridad democrática, alineaba a la Fiscalía en ese mismo camino; lo que significaría, entre otras cosas, que al momento de proponer la reforma al código de procedimiento penal se echara por la borda aquel reforzamiento de la protección de la libertad personal por la que el Fiscal había abogado en el pasado.

En ese ambiente legislativo en el que los derechos debían servir de instrumento a los fines del Estado, Luis Camilo Osorio criticaba el Código de Procedimiento Penal de la Ley 600 de 2000, afirmando que este no se había sustentando en la búsqueda de soluciones al persistente problema de la ineficiencia judicial, pese a su agudización, sino en la necesidad de adecuar aun más el sistema procesal penal a los postulados de la Constitución Política de 1991, que ya habían sido reconocidos en el Código de Procedimiento Penal del mismo año.⁷³

71 Osorio, 2002. [Se agregó el subrayado].

72 Ídem.

73 Ídem.

En palabras del Fiscal, el Código de Procedimiento Penal de entonces no consagraba la existencia de un nuevo esquema procesal, “sino ajustes y precisiones con importancia y trascendencia jurídica imposibles de desconocer, pero que no abarcaron formulaciones para solucionar el problema de la congestión y por tanto de la impunidad”.⁷⁴ Semejante diagnóstico admitía, sin reparo alguno, que la consagración de derechos y garantías en un estatuto procesal penal no eran más que ajustes y precisiones jurídicas, pero que lo realmente importante era implementar un nuevo sistema que acabara con la congestión y la impunidad.

En su exposición ante la Cámara de Representantes, durante el primer debate del proyecto de la que hoy es la Ley 906 de 2004,⁷⁵ el entonces Fiscal puso de presente su fórmula para luchar contra la impunidad, lo que dejaría al descubierto la filosofía que su propuesta encerraba. Al efecto señaló que la gran panacea del sistema la constituiría la posibilidad de que acusado y defensor aceptaran la autoría del delito y colaboraran con la justicia, motivo por el cual era necesario que se agravaran las penas “para poder derivar de allí la posibilidad de que el escenario tenga como motivo atractivo la posibilidad de que haya una rebaja”.⁷⁶

No puede pasar desapercibida la misión que se le encomendaba al nuevo sistema procesal penal, el cual, diseñado para conseguir la eficacia en la justicia, pondría su empeño en procurar la rendición temprana de los justiciables, consagrando un subsistema que permitiera la aparición de sentencias sin procesos, alimentadas por allanamientos a los cargos o negociaciones con la Fiscalía, lo que era calificado por el propio fiscal como “la gran panacea” del sistema. En función de dicho propósito el proyecto de ley impulsaba el incremento de las medidas de aseguramiento, distinguiendo para el efecto entre medidas privativas y no privativas de la libertad, y permitiendo la acumulación de ellas. De esta manera solucionaría el fiscal el problema de “impunidad” derivado de la baja tasa de medidas de aseguramiento, y creaba así mismo la presión suficiente para que su “gran panacea” pudiera ser realidad.

74 Ídem. [Se agregó el subrayado].

75 Acta No 17 de noviembre 11 de 2003, Comisión primera, Cámara de Representantes.

76 Ídem.

Así las cosas, no era difícil entender que el proyecto que culminó con la expedición de la Ley 906 de 2004 y que en su título IV implementó el régimen de la libertad y su restricción, mostrara una cara que, aunque distinta a los postulados que inspiraron el Acto Legislativo 003 de 2002, no era extraña para el momento en que se gestó; al fin y al cabo cuando se presentó la reforma al Código de Procedimiento Penal, iniciaba la segunda vuelta de la reforma constitucional antiterrorista, lo que hacía que las discusiones de ambos proyectos estuvieran atravesadas por el ambiente que propugnaba por un derecho penal hecho para asegurar la vigencia de la política de seguridad democrática y el eficaz juzgamiento de los desestabilizadores de la sociedad.

Como resultado de lo anterior, los derechos a la presunción de inocencia y la libertad, en principio reforzados tras la expedición del Acto Legislativo 003 de 2002,⁷⁷ recibían como respuesta la consagración de múltiples medidas de aseguramiento, cuyo sustrato probatorio era una simple inferencia razonable, que llevada a extremos solo constituiría un indicio, lo que significaba regresar a regímenes anteriores a la Ley 600 de 2000. Asimismo, las finalidades de las medidas recibirían ahora una descripción normativa que facilitarían el acomodamiento a las variadas hipótesis consagradas por el legislador, cerrando de esta manera la oportunidad de evadir la gama de propósitos que la inspiraban. De otro lado la justicia especializada continuaba su marcha y con ella la detención preventiva como única medida de aseguramiento para quienes fueran procesados bajo su amparo. Quedaba así demostrado que no era mentira aquella frase satírica que indicaba que “una medida de aseguramiento no se le niega a nadie”, aunque en los términos del fiscal ese incremento de las medidas de aseguramiento contribuiría a conseguir la eficacia de la justicia.

Si ello fuera poco, el nuevo sistema permitiría la captura del indiciado sin que estuvieran claramente regulados los motivos para ello, como no fuera admitiendo, como lo hizo la Corte Constitucional, que dichos motivos equivalen a los fines de la medida de aseguramiento,⁷⁸ lo cual implica en la práctica un adelantamiento de la medida de aseguramiento, realizada sin posibilidad de controvertirla.

77 Al respecto, véanse las consideraciones que se dejaron planteadas en el subtítulo 1.1. de este trabajo.

78 Sentencia C-479 de junio 13 de 2007, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Y para cerrar el panorama, la ley otorgaba amplias competencias a la Fiscalía para que ordenara capturas excepcionales, facultad que aunque fuera consagrada en el Acto Legislativo 003 de 2002, ahora era aprovechada por el fiscal para ampliar el espectro de la excepcionalidad hasta convertirla en regla general.⁷⁹

1.2.3. Las funciones no declaradas del sistema acusatorio colombiano: la manifestación del derecho penal expansionista

Por funciones no declaradas del sistema acusatorio colombiano entenderemos, en los términos expuestos por Sandoval Huertas,⁸⁰ aquellas situaciones que resultan o se esperan de su aplicación sin que así se hubiere expresado oficialmente; esto es, los efectos o situaciones que se buscan pero que no se declaran.

Para conocer la existencia de funciones no declaradas del sistema acusatorio desarrollado por la Ley 906 de 2004 y modificado por la Leyes 1142 de 2007 y 1453 de 2011, resulta obligado centrar nuestra atención en dos aspectos fundamentales: i) las leyes que desarrollan el Acto Legislativo 003 de 2002 se expiden bajo los postulados de un liberalismo autoritario,⁸¹ desarrollo de la política de “seguridad democrática”, y ii) el gobierno colombiano tiene una agenda legislativa diseñada para cumplir los compromisos adquiridos en el marco del Plan Colombia, a lo que no podía ser ajena la reforma al Código de Procedimiento Penal.⁸²

Ante tal realidad, la tarea de encontrar las funciones no declaradas del sistema procesal penal acusatorio colombiano resulta fácil, siendo verdaderamente sospechoso que se pretendan hacer coexistir los postulados garantistas, que sirvieron como discurso oficial para su implementación, con la dureza frente al tratamiento de la libertad de los justiciables:

Llenar de axiomas los códigos penales es una estrategia demagógica más, llamada a ocultar la forma aparatosa como funciona el sistema penal; es hacer un ejercicio inútil desde el punto de vista legislativo, cuando se piensa en un derecho penal

79 Por esta razón el artículo 300 de la Ley 906 de 2004 fue declarado inexecutable mediante la sentencia C-1001 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

80 Sandoval, 1985: 421-422.

81 Iturralde, 2010: 21.

82 Velásquez, 2005: 5-20.

liberal, pero sí muy rentable desde la perspectiva de los dobles discursos legislativos, a los que los colombianos ya estamos acostumbrados.⁸³

Es notorio que frente al propósito de conseguir una justicia eficaz, calculada fundamentalmente en su efectividad para conseguir sentencias sin proceso, el sistema acusatorio colombiano instrumentalizó al inculcado. Como ya se expresó anteriormente, la eficacia de la reforma se fundaba en el propósito de lograr que los imputados se allanaran a los cargos o llegaran a preacuerdos con la fiscalía;⁸⁴ allí radicaría su éxito. Sin embargo, como lo precisó el Fiscal General, debía conseguirse una reforma al código penal que permitieran el aumento de las penas “para poder derivar de allí la posibilidad de que el escenario tenga como motivo atractivo la posibilidad de que haya una rebaja”.⁸⁵ Tal propósito se consiguió con la expedición de la Ley 890 de 2004, que no solo incrementó todas las penas en una tercera parte del mínimo y la mitad del máximo, sino que además incrementó las exigencias para los subrogados penales. De esta manera, la restricción de la libertad del inculcado se convirtió en la prenda de garantía del éxito del sistema, lo que sumado al secreto de la investigación, adelantada fundamentalmente por la acción de los miembros de la policía judicial, harían de la rendición temprana del inculcado un hecho cuantificable por anticipado.

A partir de tal diseño, quienes se resisten a rendirse tempranamente ante el fiscal, aquellos que no negocian su inocencia o no se dejan tentar por los ofrecimientos de rebajas de penas a cambio de confesiones o delaciones, pondrán en duda la eficacia del sistema, pues entonces ocurrirá el desarrollo del juicio, una etapa no deseable, aunque paradójicamente fuera ella la que sirvió de referente para sustentar las garantías que supuestamente buscaba el nuevo modelo de juzgamiento.

Como se entenderá, el origen de la iniciativa legislativa lejos estaba de corresponder al llamado de quienes propugnaban por la consolidación del garantismo penal o la humanización del derecho penal; surgía, por el contrario, según lo evidencia el

83 *Ibíd.* 12.

84 Recuérdese que el Fiscal General de la Nación, autor de la iniciativa, expresó ante el Congreso: “Me he saltado algunas de las audiencias previas, que van a ser fundamentalmente la gran panacea donde pensamos que puedan tener lugar la culminación de la mayoría de las causas” (Acta No 17 de noviembre 11 de 2003, Cámara de Representantes, pg. 8).

85 *Ídem.*

profesor Fernando Velásquez Velásquez,⁸⁶ como producto de la abierta y declarada imposición por parte de potencias foráneas que, en medio de las modernas cruzadas que han puesto en escena, ahora también disponen cuándo, cómo y sobre qué materias se debe legislar en nuestros países. El precedente más remoto de estos cambios normativos se encuentra en el llamado “Plan Colombia”, diseñado por la Administración Clinton para nuestro país durante el período de gobierno del ex presidente Pastrana Arango, en uno de cuyos apartes se impuso como obligación la atinente a la expedición de una normatividad penal cuyos dictados fueron los exigidos por la potencia del Norte.⁸⁷ Según lo pone de manifiesto Velásquez, el capítulo IV del texto oficial en español del Plan Colombia destinado a la reforma del sistema judicial y la protección de los derechos humanos, consignó:

Colombia se ha comprometido a respetar el estado de derecho y seguirá fortaleciendo todos los aspectos de su sistema judicial. Esto incluye el apoyo para la transición continua a un sistema acusatorio (incluidos procesos verbales e investigaciones eficaces) y a una mayor agilidad de proceso en todo el sistema judicial [...]. Con este fin, el gobierno buscará disminuir la impunidad mediante mejoras en el sistema de fiscalías, investigaciones más efectivas y procesos más ágiles.⁸⁸

No es un secreto que el gobierno de los Estados Unidos de América impusiera condicionamientos al gobierno colombiano para apoyar económicamente su lucha contra el narcotráfico y la delincuencia organizada. Por ello, las reformas introducidas en el derecho penal colombiano, entre las que se encuentran la implementación del sistema acusatorio, como afirma Velásquez,

se inscriben en el marco de un derecho penal máximo que,⁸⁹ en su modalidad del mal llamado “derecho penal de enemigo”,⁹⁰ ha retomado todos sus bríos en el mundo contemporáneo tras el fatídico once de septiembre —con su réplica española de marzo— y la guerra contra Irak, que en Colombia, gracias a los aires de dictadura civil que se respiran, han encontrado terreno abonado.⁹¹

86 Velásquez, 2005:5.

87 Ídem.

88 Ídem.

89 Véase Jesús María Silva Sánchez. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid, Civitas, 2ª. Ed., 2001, pp. 25 y ss., citado por Velásquez, 2005.

90 Al respecto, véase Günter Jakobs y Manuel Cancio Meliá: *Derecho Penal de enemigo*, Madrid, Civitas, 2003, pp. 78 y ss. Citado por Velásquez, 2005.

91 Velásquez, 2005: 6.

Por lo demás, tras el triunfo del modelo económico neoliberal, como lo platea Iturralde,⁹² se evidencia una transformación política y económica en América Latina, por lo que no es coincidencia que los países centrales apoyen y presionen reformas económicas y políticas para que se refuerce “una concepción concreta de la democracia y el Estado de derecho que favorece la seguridad y la predictibilidad de las transacciones económicas, junto con el desarrollo del libre mercado y el capitalismo”. La conexión entre el desarrollo de los mercados libres, por un lado, y el orden y la seguridad pública, por el otro, hacen evidente la manera como se configura el control del crimen en América Latina. “Las políticas de Álvaro Uribe durante los último siete años son un claro ejemplo de esta visión del mundo. Como Uribe ha afirmado repetidamente, los principales fines de su gobierno son garantizar el orden público (mediante la seguridad democrática), la confianza de los inversores y la cohesión social”.⁹³

En este orden de ideas, trazar una política agresiva frente al control del crimen en nuestro país es garantizar la inversión extranjera y la estabilidad en el mercado, lo que se traduce en la obtención de ayudas económicas del gobierno americano, tanto para las fuerzas de seguridad del Estado como para la justicia. Estas ayudas, sin embargo, en términos de Iturralde, son atraídas más por la protección de los mercados de capital que por la lucha contra el terrorismo y el narcotráfico. Estados Unidos no quiere simplemente ayudar a Colombia; quiere cuidar sus intereses: la protección de los campos de petróleo y oleoductos mediante medidas de excepción, con el apoyo financiero y militar de Estados Unidos, es un ejemplo muy ilustrativo de tal estrategia.⁹⁴

Desde tal perspectiva, el sistema procesal penal colombiano está orientado no solo a cumplir la agenda legislativa previamente convenida para la obtención de ayudas del Plan Colombia, sino también a servir para la protección de los intereses de los Estados Unidos, en los términos arriba indicados.

La pregonada política de seguridad democrática, diseñada para garantizar la inversión extranjera, permitirá así mismo la producción de “trasplantes jurídicos”

92 Iturralde, 2010: 312.

93 *Ibid.*, 313.

94 *Ídem.*

como los ocurridos en el nuevo sistema de juzgamiento colombiano, que no son neutrales ni desinteresados, sino que constituyen la manera como los Estados Unidos garantizan la homogeneidad de sus modelos económico, político y penal, lo que facilita la expansión de sus mercados y su influencia sobre el orden mundial. Colombia está decidido a colaborar con el programa político y económico de la superpotencia mundial y, eventualmente, a beneficiarse de él, concluye Iturralde.⁹⁵

Así, resulta bastante coherente que el gobierno de Estados Unidos hiciera pública su complacencia por la reforma introducida al código de procedimiento penal colombiano. La implementación de la justicia negocial en nuestro país, que como se indicó antes representa la mayor fortaleza del nuevo sistema, mostraría la fidelidad con el gobierno estadounidense y se convierte en una muestra de sus mejores trasplantes jurídicos.⁹⁶

Según esto, la lucha agresiva que el sistema acusatorio emprende contra la criminalidad, el mantenimiento de la justicia especializada para el conocimiento de los delitos que más preocupan al gobierno estadounidense, la búsqueda a ultranza del restablecimiento del orden público y el reforzamiento de la protección de la propiedad privada, constituirían funciones encomendadas al nuevo sistema acusatorio y, a la vez, muestras palpables del esfuerzo del gobierno colombiano por defender y estimular la inversión norteamericana.

95 Ibid. 313-314.

96 "Se afirma con innegable fundamento que el sistema de negociaciones y acuerdos viene del sistema de derecho procesal de los Estados Unidos de América" (Gómez, 2009).

2. LAS RESTRICCIONES DEL DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL CONSAGRADAS POR LA LEY 906 DE 2004, O EL PRIMER MOMENTO DEL AUTORITARISMO PENAL



Como quedó enunciado en el capítulo anterior, el Acto Legislativo 003 de 2002 planteaba, como discurso garantista, que el nuevo sistema acusatorio colombiano debía remediar el despotismo que caracterizaba al proceso penal vigente. Un análisis de los propósitos que lo inspiraron, vistos desde la ambición propia del garantismo,⁹⁷ nos llevaría a afirmar que la reforma constitucional estuvo orientada a reducir la injusticia y a proteger en mayor medida el derecho a la libertad personal,⁹⁸ de tal manera que sus restricciones no solo quedaran en manos de un juez, como garantía del principio de imparcialidad, sino que además estuvieran debidamente soportadas en pruebas, de manera que la presunción de inocencia, que tenía como consecuencia la presunción de libertad, quedara a salvo de la arbitrariedad.

Bajo tales premisas, la restricción de la libertad de los inculcados estaría gobernada por la excepcionalidad y resguardada de la arbitrariedad a la que había conducido la proliferación de medidas de aseguramiento en Colombia, pues un Estado social de derecho debía concebir la libertad como norma de principio,⁹⁹ conforme lo consignan los tratados de derechos humanos.

97 El garantismo que aquí se expresa, constituye la única opción para justificar la existencia del derecho penal ante las pretensiones propias de un modelo de estado autoritario (Ferrajoli, 1995: 339).

98 Según lo expresa Ferrajoli, la cifra de la injusticia es sobre todo el producto de las carencias normativas o de la inefectividad práctica de las garantías penales y procesales, dispuestas precisamente como diques contra la arbitrariedad y el error (Ibíd. 210).

99 Fernández Carrasquilla sostiene que los principios rigen por principio y no en principio, por lo que aplicarlos a medias es abandonarlos (1998: 51 y 57).

Esta aspiración, que constituía un reclamo frente a la manera como se fueron desvirtuando progresivamente los principios que inspiraron la Constitución de 1991, expresaba a su vez la ambición de consagrar un sistema procesal penal que hiciera realidad el respeto de los derechos y las garantías consagradas en ella y en los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, entre las que cobraba vital importancia la libertad personal. De la mano de dicha preocupación, podríamos decir con Fernández Carrasquilla que si la función del derecho penal debía estar dirigida a buscar la mayor protección de los derechos básicos, pues el derecho penal solo puede actuar como instrumento de preservación del orden comunitario en tanto respete, promueva y desarrolle los principios y valores superiores en que descansan todas las normas del Estado de derecho,¹⁰⁰ entonces el diseño de un sistema acusatorio colombiano estaría dirigido a “la apertura hacia normas mejores, o al menos hacia mejores dimensiones de sentido de las normas vigentes”,¹⁰¹ por lo que los cambios favorables en el tratamiento de la libertad de los justiciables no solo sería un imperativo sino la única manera de terminar con la deshumanización denunciada por los impulsores de la reforma constitucional.

Sin embargo, como también se dijo antes, otro propósito encubría el legislador, el cual se vería reflejado en la regulación que las Leyes 906 de 2004, 1142 de 2007 y 1453 de 2011 hicieron del derecho a la libertad, pues era notorio que el legislador tendría en la restricción de la libertad la mejor herramienta para combatir la criminalidad y buscar el orden a cualquier precio, lo que significó una traición a los postulados garantistas mencionados y el reacomodamiento del despotismo que, supuestamente, debía haber sido superado tras la reforma constitucional.

La drasticidad con la que el sistema acusatorio colombiano restringió la libertad de los justiciables, tal y como se consignó en el capítulo anterior, obedecía sin embargo a la necesidad de garantizar la eficacia de la justicia, despejando el camino para la rendición temprana de los inculcados y estableciendo las condiciones propias de la política de seguridad democrática.

Al efecto, el artículo 295 de la Ley 906 de 2004 consagró:

100 *Ibid.* 37.

101 *Ídem.*

Afirmación de la libertad. Las disposiciones de este código que autorizan preventivamente la privación o restricción de la libertad del imputado tienen carácter excepcional; solo podrán ser interpretadas restrictivamente y su aplicación debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales.¹⁰²

Un primer análisis de la manera como se reguló la libertad personal en el sistema acusatorio colombiano nos muestra que la tarea del legislador fue dejar claro que la excepcionalidad de sus restricciones debía pregonarse de las normas que las contienen y no de la restricción de la libertad en sí misma considerada. Tal situación traería, como lógica consecuencia, que las disposiciones mediante las cuales el sistema acusatorio colombiano autorizaba limitaciones del derecho a la libertad debían entenderse excepcionales, sin importar el tipo de restricción o la manera como se consagrara la misma. Era evidente entonces que la ley hacía así su propia declaración de excepcionalidad, con lo que no solo terminaba justificándose a sí misma,¹⁰³ sino que además legitimaba, por vía de autoridad, una amplia gama de privaciones del derecho a la libertad que lejos estaban de calificarse como restricciones excepcionales, como se explicará más adelante.

Como consecuencia de lo anterior, el legislador terminó limitando hábilmente la hermenéutica de sus disposiciones, pues si la excepcionalidad de las normas ya se daba por descontada, la orden de interpretar restrictivamente las mismas resultaba una ilusión, toda vez que el intérprete tendría, como patrón de verdad, el que las disposiciones que aplica son, de suyo, excepcionales.

Por su parte el artículo 296 de la mencionada ley consagró:

Finalidad de la restricción de la libertad. 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.

Al igual que ocurre con el artículo 295 comentado, la norma transcrita hace explícitos los presupuestos constitucionales de la detención preventiva,¹⁰⁴ lo que

102 Se agregó el subrayado.

103 Olvidó el legislador que, tal y como lo plantea Ferrajoli, ningún sistema penal queda justificado por él de un modo apriorístico, por lo que no son justificables los sistemas despóticos que abundan en la historia antigua y reciente del derecho penal, aunque se quiera denominarlos penales y no más bien pre-penales (1995: 344).

104 Ver sentencia C - 774 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

podría entenderse como una fórmula necesaria para evitar la discrecionalidad judicial; sin embargo, el efecto que persigue el legislador está dirigido a mantener la vigencia de la prisión provisional para quien aún no es condenado, haciendo de ella un fin en sí mismo o, lo que es igual, un instrumento eficaz para procurar el restablecimiento del orden público, como lo veremos más adelante. Con todo, una fórmula aparentemente garantista contiene en realidad un discurso legislativo y un reduccionismo de la libertad que distrae la atención hacia los fines de la detención preventiva y no hacia la detención preventiva misma,¹⁰⁵ como si ella fuera una institución sin la cual no pudiera concebirse al proceso penal.

La preocupación del legislador por definir cada una de las finalidades de la detención preventiva, estructuradas sistemáticamente hacia el mantenimiento de un derecho penal disciplinario,¹⁰⁶ encuentra, en el aparente propósito de evitar la discrecionalidad del juez, una fuente para la consagración de presunciones legales peligrosistas,¹⁰⁷ buscando conseguir un comportamiento de los individuos que se ajuste a los patrones de “orden” diseñados por el discurso de la seguridad democrática.

Así las cosas, la Ley 906 de 2004 se ocupó de incrementar las restricciones a la libertad personal por medio de tres estrategias fundamentales: i) autorizando la captura del indiciado como manera de anticipar la medida de aseguramiento; ii) desarrollando la captura excepcional bajo presupuestos que reforzaran la eficacia de la labor del fiscal y, iii) aumentando las medidas de aseguramiento y fortaleciendo la detención preventiva mediante el desarrollo de finalidades peligrosistas y disciplinadoras, de lo cual nos ocuparemos a continuación.

2.1. La captura del indiciado y la anticipación de la medida de aseguramiento

El artículo 297 de la Ley 906 de 2004 desarrolló el principio de reserva judicial de la libertad al exigir que la captura solo pudiera ordenarse por el Juez de Control

105 Entenderemos por discurso legislativo las razones que sirvieron al legislador y a la Corte Constitucional para ver en la consagración de las finalidades de la detención preventiva una fórmula de garantía y no una manifestación más de un modelo penal autoritario.

106 Al respecto: Ferrajoli, op. Cit. p. 338.

107 Cfr. subtítulo 2.3.3. de este trabajo.

de Garantías, previa petición del fiscal respectivo,¹⁰⁸ lo que no es más que el desarrollo del Acto Legislativo 003 de 2002; sin embargo, sin negar el avance que sobre tal principio representó la mencionada reforma constitucional, el nuevo estatuto procesal introdujo limitaciones mucho más gravosas para la libertad del justiciable que las contenidas en el sistema procesal precedente, pues la nueva disposición hizo de la orden de captura una “especie de medida de aseguramiento” que se adopta antes de la vinculación procesal del imputado. Para abordar la problemática enunciada, resulta necesario ocuparnos de la manera como la Ley 600 de 2000 reglamentó lo concerniente a la captura del imputado,¹⁰⁹ lo que nos permitirá evidenciar el retroceso legislativo que sobre la materia introdujo el sistema acusatorio colombiano.

El Capítulo II del título II de la Ley 600 de 2000, en su artículo 336, dispuso:

Artículo 336. Citación para indagatoria. Todo imputado será citado en forma personal para rendir indagatoria, para lo cual se adelantarán las diligencias necesarias, dejando expresa constancia de ello en el expediente. Si no comparece [o ante la imposibilidad de hacer efectiva la citación], el funcionario competente podrá ordenar su conducción para garantizar la práctica de la diligencia.

Cuando de las pruebas allegadas surjan razones para considerar que se procede por un delito por el cual resulta obligatorio resolver situación jurídica, el funcionario judicial podrá prescindir de la citación y librar orden de captura.¹¹⁰

De conformidad con lo establecido en dicha disposición, para lograr la realización de la diligencia de indagatoria el fiscal debe recurrir a la “citación”, la cual,

108 El artículo 297 de la Ley 906 de 2004, antes de que fuera modificado por la Ley 1142 de 2007, disponía: “Artículo 297. Requisitos generales. Para la captura se requerirá orden escrita proferida por un juez de control de garantías con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

El fiscal que dirija la investigación solicitará la orden al juez correspondiente, acompañado de la policía judicial que presentará los elementos materiales probatorios, evidencia física o la información pertinente, en la cual se fundamentará la medida. El juez de control de garantías podrá interrogar directamente a los testigos, peritos y funcionarios de la policía judicial y, luego de escuchar los argumentos del fiscal, decidirá de plano.

[...]

Parágrafo. Salvo los casos de captura en flagrancia, o de la captura excepcional dispuesta por la Fiscalía General de la Nación, con arreglo a lo establecido en este código, el indiciado, imputado o acusado no podrá ser privado de su libertad ni restringido en ella, sin previa orden emanada del juez de control de garantías”. [se agregó el subrayado].

109 Recuérdese que la Ley 600 de 2000 denomina “imputado” a quien no ha sido vinculado a la investigación, en tanto que la Ley 906 de 2004 lo denomina “indiciado”.

110 El inciso entre corchetes fue declarado inexecutable mediante sentencia C-760 de 2001.

como lo expresa la ley, se realizará, en principio, para “todo imputado”. Ello significa que tratándose de la práctica de dicha diligencia la regla general es que la libertad permanece inalterada y solo puede ordenarse su restricción mediante la orden de conducción, para quien hace caso omiso de la citación¹¹¹, o a través de la expedición de la orden de captura, en este último caso cuando se proceda por delitos por los que resulta obligatorio resolver la situación jurídica. Por lo así consignado, la facultad que consagra la citada disposición para la expedición de órdenes de “conducción” y de “captura” contra el imputado, solo tienen la finalidad de conseguir la vinculación procesal de los presuntos autores y partícipes de la conducta punible investigada y, específicamente, lograr su comparecencia a la diligencia de indagatoria. No es más que una medida de fuerza para garantizar, según lo expresado por la Corte Constitucional, la continuación de la actividad investigativa.¹¹²

Ahora bien, con la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004, la diligencia de indagatoria desapareció y, con ella, desapareció también la normatividad que sustentaba la captura para lograr la vinculación procesal del investigado. Ese cambio, no obstante, no significó ningún avance respecto del derecho de la libertad, pues, como ya se enunció, ahora el artículo 297 ídem autorizaba al juez de control de garantías para que expidiera órdenes de captura contra los “indiciados”, lo cual, aunque supuestamente reforzaba el derecho a la libertad personal, tras consagrar

111 Ello constituyó un avance respecto de lo que consagraba el artículo 376 del Decreto 2700 de 1991, norma que disponía que en cualquiera de los casos, cuando el imputado no compareciere a rendir indagatoria, “será capturado para el cumplimiento de dicha diligencia”. Bajo tales presupuestos era notorio que la nueva ley despojaba a los fiscales de la posibilidad de ordenar la captura para indagatoria por la simple contumacia del imputado, y en cambio les otorgaba la facultad de disponer su conducción cuando no se tratara de delitos por los que fuere necesario resolver situación jurídica, figura que si bien constituye una restricción de la libertad no tiene la misma naturaleza ni efectos de la orden de captura.

112 Así lo reconoció la Corte Constitucional en sentencia C-403 de 1997, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, cuando expresó: “En el caso de la captura de quien es citado a rendir indagatoria y no comparece, debe anotarse que, además de cumplir las exigencias del artículo 28 Superior, es una medida jurídica necesaria para la eficacia y celeridad de la administración de justicia, pues busca darle al funcionario judicial que adelanta una investigación la posibilidad de reunir los elementos de prueba necesarios para estructurar el proceso penal y llegar a la verdad material [...]. Por ello, las autoridades judiciales en ejercicio del poder punitivo y en aras de proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y con el fin de asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y los particulares, pueden imponer medidas coercitivas, como la captura, para lograr el cumplimiento de sus decisiones, pues esa es una consecuencia directa del ejercicio del poder público”. Tal decisión, sin embargo, resulta bastante discutible de cara al ejercicio del derecho a la defensa, pues constituye un contrasentido afirmar que siendo la indagatoria un acto voluntario la fiscalía pueda ordenar la captura para lograrla.

expresamente la reserva judicial de la libertad y despojar al fiscal, por lo menos en principio, de la facultad que le había otorgado el régimen precedente, se traducía en cambio en el desprecio del principio de legalidad al permitir la expedición de órdenes de captura sin motivos previamente definidos en la ley.¹¹³ Así las cosas, el mensaje de eficiencia del sistema acusatorio colombiano estaría dado en función del aumento de las posibilidades de capturar al presunto infractor de la ley penal, sin importar su condición dentro del proceso.

Para saber en qué medida la disposición comentada otorgó a los jueces de control de garantías una facultad cuyo ejercicio se opondría al principio de legalidad, bastaría con que se tuvieran en cuenta dos aspectos fundamentales: i) que la reforma constitucional desarrollada por el Acto Legislativo 003 de 2002 introdujo la categoría jurídica de imputado, para definir el momento procesal a partir del cual era legítimo afectar el derecho a la libertad, por lo que el constituyente derivado, al establecer que la fiscalía debía “solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas”, no estaba pensando en establecer las condiciones para capturar a quien aún no hacía parte de una actuación penal sino consignando las finalidades que gobiernan las “medidas de aseguramiento”, y ii) que si, en el régimen de la Ley 600 de 2000, el único motivo para ordenar la captura de un imputado (ahora indiciado) lo constituía la necesidad de escucharlo en indagatoria, desaparecida esta no existiría un fundamento constitucional para su captura.¹¹⁴

¿Cuáles serían entonces los motivos para que un juez pudiera ordenar la captura de quien aún no había sido vinculado a la actuación penal?

Si nos detenemos en lo acontecido durante el trámite del Acto Legislativo 003 de 2002, encontramos, como se dijo en un pasaje anterior, que al momento de

113 El argumento que aquí se expone corresponde a los fundamentos de la demanda de inconstitucionalidad presentada por el autor de este trabajo a varios artículos de la Ley 906 de 2004, sin embargo debe resaltarse que fueron desatendidos por la Corte Constitucional en la sentencia C-479 de 2007, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

114 Salvo, claro está, que se confunda la orden de captura con la medida de aseguramiento o que se le pretenda otorgar efectos especiales como el de asegurar previamente la eficacia de una detención preventiva que aún no se ha proferido, lo que la convierte en la anticipación material de la medida de aseguramiento, como se verá más adelante.

surtirse la discusión sobre la implementación del sistema acusatorio en Colombia, el constituyente tenía conciencia de la necesidad de reforzar el derecho a la libertad y poner freno a los abusos a los que habían conducido las potestades entregadas a la fiscalía.¹¹⁵ Por tal razón, sería sensato esperar que tal derecho estuviera más protegido en el nuevo sistema procesal acusatorio que en la legislación precedente. Siendo tal la voluntad de la reforma constitucional, era dable entender que la modificación que se introducía al artículo 250 de la Constitución consistía, en lo tocante al tema que nos ocupa, en despojar a la fiscalía de la atribución de imponer medidas de aseguramiento y en hacer explícitas las finalidades constitucionales que las autorizaban, consignando en norma constitucional lo que al respecto había descrito la sentencia C-774 de 2001.¹¹⁶

Para tales efectos la reforma constitucional introducida por el numeral primero del artículo segundo del Acto Legislativo 003 de 2002, le quitó a los fiscales la facultad de “asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, adoptando las medidas de aseguramiento”, y en su lugar le impuso la carga de “solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas”.

Durante las discusiones correspondientes al séptimo debate del proyecto de Acto Legislativo,¹¹⁷ el entonces ministro Fernando Londoño Hoyos consideró que eran inoficiosas las facultades otorgadas al juez de garantías para que adoptara las medidas necesarias para proteger la prueba, la comunidad o las víctimas y que, por lo mismo, de lo único que debía ocuparse dicho funcionario era de la detención preventiva.¹¹⁸ Dada la confusión que se había originado con la interpretación del Ministro, fue necesario que algunos senadores pusieran de

115 Cfr. subtítulo 1.2.1 de este trabajo.

116 Corte Constitucional, sentencia C-774 de 25 de julio de 2001, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

117 Las discusiones fueron consignadas en las actas números 16, de noviembre 22 de 2002, y 17, de noviembre 25 de 2002, publicadas en la Gaceta del Congreso números 109 y 110 de 2003, respectivamente, disponibles en http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.nivel_3, consultada en mayo 25 de 2010.

118 Cfr. Acta No 16 de noviembre 22 de 2002, publicada en la Gaceta del Congreso n.º 109 de 2003.

presente que el asunto que se debatía estaba relacionado con la adopción de las medidas de aseguramiento y no con funciones protectoras especiales otorgadas a los jueces.¹¹⁹ Así, de la lectura de las intervenciones de los congresistas fácilmente podía deducirse que el constituyente secundario tenía su mirada puesta en uno de los aspectos más importantes de la reforma: definir las funciones constitucionales de la detención preventiva y garantizar la reserva judicial para su proferimiento. No se estaba discutiendo el tema de las capturas, como erradamente lo entendió la Corte Constitucional.¹²⁰

En tal sentido, el Senador Héctor Helí Rojas expresó que era necesario acoger la propuesta del Fiscal General de la Nación sobre el tema **de la detención preventiva**,¹²¹ toda vez que “...la víctima y la sociedad en este nuevo sistema no pueden quedar a merced de que las personas que en el futuro pueden ser llevadas a juicio se queden en la calle amenazando a los testigos, amenazando o desapareciendo a las víctimas y a los testigos y adulterándonos la prueba, que necesitamos llevar lo más transparente, lo más limpia al juicio, una vez que la Fiscalía termine su trabajo”.¹²² Se constitucionalizaban así, expresamente, las finalidades de la detención preventiva, antes deducidas por la interpretación que al respecto había hecho la Corte Constitucional.¹²³

Por lo demás, en el informe de ponencia presentado para el último debate del proyecto de reforma constitucional ante la plenaria del Senado¹²⁴ quedó evidenciado que las medidas de aseguramiento serían restricciones a la libertad que solo operarían respecto del “sindicado” y en la “etapa instructiva”,¹²⁵ categorías

119 Al respecto pueden consultarse las observaciones que hicieron los senadores Carlos Gaviria Díaz, Andrés González y Héctor Elí Rojas, consignadas en el acta 16 de noviembre 22 de 2002, Gaceta del Congreso n.º 109 de 2003..

120 Cfr. Sentencia C 479 de 2007, op. Cit.

121 Cfr. Acta 17 de 2002, publicada en la Gaceta del Congreso n.º 110 de 2003,.

122 Ídem.

123 Cfr. Sentencia C-774 de 25 de julio de 2001. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

124 Gaceta del Congreso n.º 553 de 2002, disponible en http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.nivel_3, consultada en mayo 25 de 2010.

125 El informe consignó: “ El sistema que se propone [...] En caso de que fuese necesario intervenir los derechos del sindicado durante la etapa instructiva, para asegurar su comparecencia, por ejemplo, será necesario la orden de un juez imparcial, que ejerza la función de control de garantías. En el caso del derecho a la intimidad, cada vez que este se intervenga por parte de la fiscalía, habrá un control judicial automático de esta decisión” (Ídem).

suficientemente conocidas en la cultura procesal colombiana y que se identifican con la persona que ha sido vinculada a una investigación formal.¹²⁶ Por lo anterior, no sería especulativo suponer que el cambio que se introdujo en la redacción de la norma constitucional, consistente en modificar la expresión “presuntos infractores de la ley penal” por la de “imputados”, no fue gratuito, sino que obedeció a la necesidad de referir a quien había sido vinculado a la investigación, descartando así que se cobijara también a los indiciados.¹²⁷

Así las cosas, fácil resultaría concluir que al surtirse la discusión sobre la reforma del artículo 250 de la Constitución, el constituyente secundario no estaba tratando el tema relacionado con la afectación de la libertad de quien aún no había sido vinculado a la investigación penal, sino, como ya se anticipó, modificando la competencia para imponer las medidas de aseguramiento y constitucionalizando sus finalidades.¹²⁸ Lo anterior estaría confirmado con lo dicho en la exposición de motivos del proyecto de ley que implementaría el sistema acusatorio colombiano, en el que se consignó:

[...] se torna indispensable que la privación de la libertad devenga necesaria en razón del pronóstico positivo que se elabore, a partir de tres premisas básicas: que el imputado estando en libertad pueda obstruir el curso de las investigaciones; que pueda darse a la fuga; o que, por la naturaleza del hecho investigado, constituya un peligro para la sociedad o las víctimas del delito.¹²⁹

126 Al respecto conviene destacar la siguiente expresión, consignada en el proyecto de reforma al Código de Procedimiento Penal, a propósito del tema relacionado con el reconocimiento en fila de personas: “Se reemplaza el término ‘sindicado’, ajeno al proyecto, y se reemplaza por su equivalente en sistema acusatorio, esto es ‘imputado’”. (Informe ponencia primer debate Senado, publicado en la Gaceta del Congreso n.º 200 de 2004).

127 En sentido contrario, la Corte Constitucional ha expresado: “cabe agregar que de los antecedentes del artículo 250 superior durante el trámite del proyecto que se convertiría en el Acto Legislativo número 03 de 2002 no se desprende en manera alguna una interpretación del numeral 1 aludido en el sentido que indican los demandantes. Mas bien de los mismos se desprende que los señores Congresistas entendieron asimilar las expresiones ‘presuntos infractores de la Ley penal’ e ‘imputados’, sin dar a esta última un alcance restrictivo como el que por los demandantes se señala [...] y por tanto no puede afirmarse — contrario a lo que ellos señalan— que la Constitución prohíba la adopción de medidas restrictivas de la libertad en contra del ‘indiciado’ a que se alude en los artículos parcialmente acusados en el presente proceso”. Cfr. Sentencia C-479 de 2007.

128 En sentido contrario, la Corte Constitucional ha afirmado: “ el texto constitucional no establece una condición temporal (a partir de la imputación) sino funcional (para asegurar la comparecencia de los imputados). Y en ese sentido cuando las circunstancias lo justifiquen, la captura del indiciado puede ser una medida útil, necesaria y proporcionada para asegurar su comparecencia como imputado (en sentido estricto de acuerdo con la definición legal establecida en la Ley 906 de 2004) en un futuro inmediato”. Cfr. Sentencia C-479 de 2007.

129 Gaceta del Congreso n.º 339 de 2003.

En este orden de ideas, quedaría claro entonces que el fundamento para que el juez de control de garantías ordenara la captura del indiciado no estaría soportado en el artículo 250 constitucional, que, como se dijo antes, tenía por objeto regular lo atinente a las medidas de aseguramiento. Así las cosas, restaría evaluar si, como lo manda el artículo 28 de la Constitución, la Ley 906 de 2004 habría consagrado otros motivos, que fueran constitucionalmente aceptables, para expedir órdenes de captura contra quien aún no había sido vinculado a una investigación formal.

Hemos descartado ya que la Ley 906 de 2004 haya autorizado la captura del indiciado con el propósito de vincularlo a la actuación penal, pues para que dicha facultad fuera posible así debió expresarlo el legislador, como lo ordena el principio de legalidad; cosa que no ocurrió. Ello significa que para conseguir la realización de la formulación de imputación el juez debería recurrir a su citación, aceptando, como lo expresó en su momento la Corte Constitucional respecto de la citación para indagatoria, que debe presumirse la colaboración de la persona involucrada en la investigación y su presencia en el proceso.¹³⁰ Descartado este motivo, ¿qué otra razón podría justificar la aprehensión del indiciado?

Al respecto la Corte Constitucional ha considerado que un análisis sistemático de la Ley 906 de 2004 permite concluir que en ella sí se encuentran expresamente señalados los motivos para la privación de la libertad de una persona, independientemente de que se trate de indiciado, imputado, acusado, o condenado. En concepto de la Corte, si “la captura” está regulada en el Capítulo II del Título IV del Libro II del Código de Procedimiento Penal, entonces deben aplicarse las “disposiciones comunes” que rigen el régimen de libertad y su restricción, esto es, los artículos 295 y 296 de dicha ley.¹³¹ Entonces la orden de captura, debiendo ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales, solo podría proferirse 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.

130 Sentencia C – 403 de 1997, op. cit.

131 Cfr. Sentencia C 479 de 2007, op. Cit.

Ante semejantes argumentos conviene preguntarse: si la orden de captura de un indiciado tiene los mismos presupuestos constitucionales de una medida de aseguramiento, ¿cuál será entonces el patrón que materialmente las diferencie?

Como efecto de la interpretación introducida por la Corte Constitucional, la captura se convirtió en la anticipación de la medida de aseguramiento,¹³² pues si la orden de captura debe sustentarse en la necesidad de “evitar la obstrucción de la justicia, o asegurar la comparecencia del imputado al proceso, la protección de la comunidad y de las víctimas, o para el cumplimiento de la pena”, entonces cuando un fiscal solicita la captura de un indiciado para cumplir cualquiera de las anteriores finalidades y exhibe ante el Juez de Control de Garantías los elementos materiales probatorios o la evidencia física para fundamentar su petición, lo que consigue de aquel es una “medida restrictiva de la libertad” que desde el punto de vista material no tiene diferencia alguna con la detención preventiva, aunque formalmente no se le pueda dar esa denominación, pues la orden de captura se expide para asegurar al indiciado o, en el mejor de los casos, para efectuar un pre aseguramiento, contando para el efecto con la tranquilidad que representa el que la petición en tal sentido no contará con la oposición de a defensa, pues de suyo esta audiencia es reservada.

Bajo tal panorámica, la eficacia del derecho penal está suficientemente multiplicada, pues si el fundamento de la orden de captura ha sido la necesidad del aseguramiento del indiciado, como lo ha entendido la Corte Constitucional, entonces su aprehensión se habrá producido para garantizar la detención preventiva que le sobrevendrá, bastando solo su formalización en el debido momento procesal, ordinariamente ocurrido en la audiencia concentrada de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento.

Ahora bien, si es cierto que el derecho a la libertad y la presunción de inocencia tienen un ligamen fundamental,¹³³ entonces el respeto por la condición de inocente

132 La sentencia C-479 de 2007 expreso: “el texto constitucional no establece una condición temporal (a partir de la imputación) sino funcional (para asegurar la comparecencia de los imputados). Y en ese sentido cuando las circunstancias lo justifiquen, la captura del indiciado puede ser una medida útil, necesaria y proporcionada para asegurar su comparecencia como imputado (en sentido estricto de acuerdo con la definición legal establecida en la Ley 906 de 2004) en un futuro inmediato”.

133 Nos remitimos a lo expuesto en el capítulo primero de este trabajo.

debe implicar la mínima consagración de restricciones del derecho a la libertad, así como su razonabilidad y proporcionalidad.¹³⁴ Cuando la Ley 906 de 2004 autoriza al juez de control de garantías para “asegurar” a quien apenas es un indiciado, es claro que ha otorgado de manera desproporcionada una facultad que desprecia la libertad y que afecta el trato de inocente que reclama el artículo 29 Constitucional, pues, extrañamente, mientras la presunción de inocencia que cobija al justiciable no se ha puesto siquiera en discusión con una formulación de imputación, la libertad en cambio sí se ve afectada, lo cual implica una competencia irrazonable que le ha sido otorgada al juez de control de garantías, de espaldas a la presunción de inocencia que acompaña a los indiciados.¹³⁵

Como puede verse, a pesar de que el Acto Legislativo 003 de 2002 se funda, en principio, en el reforzamiento de la libertad personal, la nueva ley que debía desarrollar el querer del constituyente secundario paradójicamente desbordó tales finalidades,¹³⁶ y en su lugar consagró un régimen de capturas mucho más severo que el contenido en el sistema procesal anterior; situación que, aun con el aval de la Corte Constitucional, toma por asalto el fundamento de una reforma que planteaba el respeto de los derechos de los justiciables como presupuestos para desalentar la deshumanización del proceso penal.

El tratamiento que la Ley 906 de 2004 dio a la libertad de los indiciados, no es otra cosa que la manifestación de una política criminal que quiere combatir la delincuencia a cualquier precio. El asunto evidencia un regresionismo insospechado para un sistema procesal que se pregona garantista, sin que pueda entenderse razonable ni mucho menos proporcionado el que se pueda anticipar

134 Al respecto pueden consultarse las sentencias de la Corte Constitucional números C-024 de 1994 y C-774 de 2001, entre otras.

135 Aunque no desconocemos los múltiples y cuestionables pronunciamientos que ha hecho la Corte Constitucional sobre la supuesta compatibilidad entre las medidas de aseguramiento y la presunción de inocencia, estamos sin embargo advirtiendo que el trato de inocente se ve absolutamente ignorado cuando sin existir siquiera una vinculación procesal ya se está afectando la libertad del justiciable.

136 Tal cambio de postura por parte del Congreso no era, sin embargo, novedosa. Durante el trámite de la reforma constitucional, el senador Darío Martínez había denunciado un cambio de camiseta de sus compañeros del Senado, el que curiosamente coincidía con una nueva composición en el Gobierno Nacional. Al respecto el congresista sostuvo: “Defendí en la primera vuelta como ponente, cosas bien importantes en este proyecto, con el apoyo de muchos de los ponentes que ahora sostienen lo contrario, cambiaron de camiseta en un año. Sus razones tendrán”. Acta 16 de noviembre 22 de 2002, publicada en la Gaceta del Congreso 109 de 2003.

el aseguramiento de quien ni siquiera ha sido vinculado a una investigación, como no sea, claro está, aceptando que la eficacia de la justicia legítima cualquier procedimiento que asegure el orden.

2.2. La captura excepcional y la violación del principio de imparcialidad

En el capítulo primero de este trabajo quedó enunciado que uno de los fundamentos del Acto Legislativo 003 de 2002 consistía en despojar a la fiscalía de la posibilidad de afectar la libertad de los investigados, lo cual significaba acoger el principio de imparcialidad previsto en la Convención Americana de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, tras considerarse que la fiscalía no podía ser al mismo tiempo el órgano de la persecución criminal y la entidad que afectara los derechos de los justiciables, pues lo primero le restaba la imparcialidad para lo segundo. “El fiscal es juez, porque interviene los derechos de quienes están investigados por la comisión de algún delito, pero es un juez parcial, porque tiene una pretensión dentro del proceso penal, como es la de acusar. De este modo, se desconoce la garantía de la imparcialidad judicial”,¹³⁷ destacaban los ponentes del proyecto ante la comisión primera del Senado.

A pesar de lo anterior, la propuesta de reforma constitucional no estaba pensando en despojar a la fiscalía de sus poderes, sino, por el contrario, en fortalecerlos, para conseguir así una justicia eficiente. Quería diseñar un proceso penal que contribuyera a disminuir las tasas de criminalidad, para lo cual era necesario que la fiscalía pudiera dedicar tiempo a su labor investigativa en lugar de ocuparse de resolver peticiones.¹³⁸ Así, la primera necesidad y propósito de la reforma, según lo exponían los autores de la iniciativa, era fortalecer la función investigativa

137 Informe de ponencia para primer debate de la segunda vuelta en el Senado, publicado en la Gaceta del Congreso n.º 531 de 2002.

138 Al respecto, el informe de ponencia para el séptimo debate ante el Senado consignó: “Hoy se considera que buena parte del tiempo de los Fiscales se va mas (sic) en el proceso judicial en contestar los memoriales, en atender los requerimientos de los jueces, de los abogados litigantes, en hacer el proceso judicial para tomar la determinación precautelada que tiene hoy la facultad de tomar los fiscales. [...] la gran fortaleza de la Fiscalía que queremos o que pretendemos construir es en la parte de investigación.” (Acta No 15 de noviembre 20 de 2002, publicada en Gaceta del Congreso n.º 108 de marzo 11 de 2003, disponible en http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.nivel_3, consultada en julio 19 de 2010).

de la fiscalía,¹³⁹ dado que esta además de dirigir la investigación y detentar la titularidad del ejercicio de la acción penal, debía obrar no solo como ente acusador sino también como defensa y juez, lo que entorpecía su función principal. Por tal razón, debían eliminarse de la institución las actuaciones judiciales para que pudiera dedicarse con toda su energía a investigar los delitos y a acusar a los posibles infractores de la ley penal. Así, el fiscal podría actuar con mayor eficiencia y obtener mejores resultados, sin tener que inhibirse mentalmente por estar pendiente del cuidado de asuntos ajenos a su función, según lo expresaba el gobierno de Andrés Pastrana.¹⁴⁰

Desde esta perspectiva, resultaba imperioso que se diseñara un proceso en el que la fiscalía dejara de ser juez y parte, para lo cual era preciso que se eliminara la etapa de instrucción y se implementara una investigación en la que el fiscal se dedicara a coordinar las labores de la policía judicial abandonando las cargas jurisdiccionales de siempre. Así las cosas, la eliminación de las potestades del fiscal para la imposición de medidas de aseguramiento no era más que la consecuencia del diseño de un nuevo sistema procesal que abogaba por una mayor eficiencia del proceso penal, antes que por el afianzamiento del pregonado principio de imparcialidad, lo cual quedaba evidenciado con la consagración de facultades al fiscal para que ordenara capturas administrativas,¹⁴¹ allanamientos, registros e interceptación de comunicaciones, todas de estirpe jurisdiccional.

En función de ese propósito, la exposición de motivos del proyecto de acto legislativo planteó que la reforma constitucional debía contener “una manera de resolver la situación jurídica del procesado distinta de lo que corresponde al aseguramiento del probable infractor de la ley penal para que comparezca al

139 La reforma pretendió establecer “el rol de un fiscal orientador de la investigación, despojado de la función judicial de imponer la medida de aseguramiento, con la finalidad de permitirle elaborar mejor su trabajo de investigador y dejar en manos del juez la toma de decisión sobre la limitación de derechos fundamentales” (Exposición de motivos del proyecto de Acto Legislativo, Gaceta del Congreso n.º 134 de 2002, disponible en http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.nivel_3, consultada en julio 20 de 2010).

140 Ídem.

141 Con esta denominación se mantuvieron en el proyecto de reforma constitucional dichas facultades de la fiscalía, hasta que en el séptimo debate se les dio el nombre de “capturas excepcionales” que hoy conocemos (Acta 17 de 2002, publicada en la Gaceta del Congreso n.º 110 de 2003,)

proceso”.¹⁴² motivo por el cual se proponía que se concedieran facultades al fiscal que le permitieran tomar las medidas necesarias para evitar que el procesado evadiera la acción de la justicia,¹⁴³ facultades que deberían desarrollar los presupuestos contenidos en la sentencia C-024 de 1994, lo cual significaba un cambio en la concepción de la captura administrativa,¹⁴⁴ pues ya no sería la policía la que “motu proprio” realizaría la aprehensión, sino que debía mediar la orden expedida por el fiscal correspondiente.

Según lo explicaba el Fiscal General de la Nación, era imperioso que se mantuviesen las fortalezas de la investigación y, con ellas, la posibilidad de que los fiscales pudieran ordenar capturas.¹⁴⁵ Al respecto, el mencionado funcionario expresó:

[...]nosotros simplemente nos vamos a reservar esa medida preventiva de echarle mano a quienes tengan una clara responsabilidad y autoría en un delito, que representen peligrosidad, que puedan desaparecer la prueba, que no puedan concurrir al proceso y que en todo caso lo vamos a entregar dentro de las treinta y seis horas al juez de garantías en este caso.¹⁴⁶

Durante el curso del séptimo debate del proyecto de reforma constitucional, en el que por iniciativa de los ponentes se había sugerido suprimir dicha facultad, el fiscal Luis Camilo Osorio pidió que se mantuviera tal iniciativa y propuso modificar la

142 Gaceta 134 de 2002.

143 Ídem.

144 En torno a este tema—según lo expresa Alejandro Aponte— existen dos posiciones irreconciliables: de una parte, quienes consideran que la captura administrativa no está vigente; y de otra, quienes consideran que sí lo está, y que los jueces de control de garantías deben controlar su legalidad cuando haya lugar. No se trata, afirma el autor, “de posiciones adoptadas por miembros de diversas instituciones de manera conjunta y unitaria. Es decir, no hay consenso general entre los jueces, ni en la misma Defensoría Pública, [...] Más parece serlo, en cambio, en la Fiscalía. De hecho, se registran diversos casos en los cuales los fiscales han asumido su existencia, y se han dirigido a los jueces de control de garantías para que adelanten el control respectivo”. (Aponte, 2008: 55). Debe aclararse, sin embargo, que con la consolidación de la línea jurisprudencial sobre la reserva judicial de la libertad, reforzada tras la expedición del Acto Legislativo 003 de 2002, no podrá hoy sostenerse la vigencia de tal medida restrictiva de la libertad. Al respecto pueden citarse las sentencias C-730 de 2005, C-1001 de 2005 y C-185 de 2008, como confirmadoras de la línea que tiene como sentencia arquimédica la C-176 de 2007.

145 Acta 16, Gaceta del Congreso n.º 109 de 2003.

146 Acta 17 de 2002, publicada en la Gaceta del Congreso n.º 110 de 2003,.

expresión de “capturas administrativas” por la de capturas excepcionales como hoy se les conoce,¹⁴⁷ lo que no significaba el cambio de su naturaleza.

De esta manera el Acto Legislativo 003 de 2002 había concebido que la restricción de la libertad de los justiciables operaría, en principio, bajo la imposición de medidas de aseguramiento, las cuales serían decididas por los jueces de control de garantías a petición del fiscal. Sin embargo, para garantizar la comparecencia del inculcado se dotaría al fiscal de la facultad de ordenar la captura de aquellas personas que, sin estar en situación de flagrancia, debían ser aprehendidas a fin de evitar que evadieran la acción de la justicia, caso en el cual el legislador sería el encargado de establecer las causales para que ello sucediera,¹⁴⁸ atendiendo a las pautas que la Corte Constitucional había consignado en la sentencia C-024 de 1994.¹⁴⁹

Como podrá advertirse, el propio Acto Legislativo dejaba evidenciada una mentira frente al propósito de respetar la reserva judicial de la libertad; mostraba en cambio que los discursos garantistas enarbolados en función de la imparcialidad del juez no eran más que retórica para encubrir la ideología eficientista que se imponía en el interior del sistema acusatorio que se quería implementar.¹⁵⁰ Al evaluar las facultades que el proyecto de reforma constitucional dejaba en cabeza del fiscal, el

147 Según lo consignó el Fiscal General, “La Corte Constitucional se pronunció sobre esa captura administrativa que denominábamos, el nombre no gustó aquí, le quisimos modificar la expresión, [...] Me parece que con la fórmula queda muy claro, que está a cargo de la ley definir cuáles son esos casos excepcionales”. (Acta 17 de 2002, publicada en la Gaceta del Congreso n.º 110 de 2003.).

148 Al respecto, la Corte Constitucional expresó: “el mismo numeral 1 del nuevo artículo 250 permite que la Fiscalía, si es expresamente autorizada para ello por el legislador, imponga directamente, en forma excepcional, un tipo específico de medida restrictiva de la libertad orientada a garantizar la comparecencia de los imputados al proceso penal: la captura, que deberá llevarse a cabo respetando los límites y eventos de procedencia establecidos en la ley.” (sentencia C-730 de 2005, M.P. Alvaro Tafur Galvis).

149 Conviene destacarse que para el senador Rodrigo Rivera Salazar la propuesta de otorgar a la fiscalía la posibilidad de ordenar capturas administrativas desvirtuaba la línea general del proyecto de reforma constitucional, por lo que consideraba que estas debían establecerse por razones de la clase de delitos y, más importante aun, por razones de territorialidad, pues donde existiera un aparato de justicia disponible no debería operar tal facultad (Acta 17 de 2002, publicada en la Gaceta del Congreso n.º 110 de 2003.).

150 El senador Carlos Gaviria Díaz expresó al respecto: “Me gusta el juez de garantías, pero me gusta el juez de garantía controlando cuando debe controlar, es decir; antes de que se haya ocasionado el perjuicio, antes de que se haya tomado la medida”. (Acta 16, Gaceta del Congreso n.º 109 de 2003.).

Senador Rafael Pardo expresó: “Se dice que es muy bueno el proyecto porque le quita a la Fiscalía su función de ser juez y parte, [...] la realidad es que el proyecto tampoco le quita a la Fiscalía la función de ser juez y parte, le deja a través de un parágrafo la misma función actual”.¹⁵¹

¿Cómo fue regulada la facultad de proferir capturas excepcionales en la Ley 906 de 2004?

Con el camino allanado, el Fiscal General consignó en el proyecto de Código de Procedimiento Penal la siguiente propuesta:

Artículo 324. Captura sin orden judicial. En los eventos en que proceda la detención preventiva, el Fiscal General de la Nación o su delegado podrá proferir excepcionalmente órdenes de captura cuando en desarrollo de la investigación tenga motivos fundados para inferir que determinada persona ha participado en la conducta investigada, no sea posible obtener inmediatamente orden judicial, y concorra al menos una de las siguientes causales:

1. Cuando exista riesgo de que la persona evada la acción de la justicia.
2. Cuando represente peligro para la comunidad u obstruya la investigación.

En estos casos el capturado será puesto a disposición del juez de control de garantías inmediatamente a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas, para que en audiencia resuelva lo pertinente.¹⁵²

Como era de esperarse, la iniciativa presentada por el Fiscal no encontró obstáculo alguno en el Congreso y, por el contrario, dicha norma fue aprobada en bloque, junto con otras disposiciones del código que, según los congresistas, no ameritaban mayores consideraciones.¹⁵³

La velocidad con la que se aprobó tal iniciativa no permitió analizar si los motivos para que un fiscal ordenara la captura de un ciudadano respetaba la excepcionalidad que imponía el artículo 250 de la Constitución y, como consecuencia de ello, la disposición que autorizaba la captura sin orden judicial terminó consignando

151 Ídem.

152 Gaceta del Congreso n.º 339 de 2003.

153 Véase la Gaceta del Congreso, números 17 de 2004, 46 de 2004, 543 de 2004, 200 de 2004, 248 de 2004, 286 de 2004 y 359 de 2004.

una cláusula general de privación de libertad de los justiciables. De esta manera el Fiscal General de la Nación logró que el Código de Procedimiento Penal introdujera una norma que sobrepasaba la excepcionalidad que él mismo había puesto de presente durante el trámite del Acto Legislativo 003 de 2002, pues la Ley 906 de 2004 dejaba en manos de la fiscalía la posibilidad de restringir la libertad personal bajo presupuestos menos exigentes que los exigidos al juez de control de garantías, con lo que terminaba irrespetándose la reserva judicial de la libertad y violentándose incluso el principio de legalidad.¹⁵⁴

Según lo constató la Corte Constitucional,¹⁵⁵ mientras el artículo 297 del nuevo Código de Procedimiento Penal exigía que para ordenarse la captura por parte del juez de control de garantías debía proferirse orden escrita expedida con las formalidades legales, dicho requisito no se señalaba para que el fiscal dispusiera la captura del indiciado. Así mismo, en tanto que para la orden de captura expedida por el juez de control de garantías se requería que estuviera amparada en motivos previamente definidos en la ley y que la restricción de la libertad del imputado fuera necesaria para garantizar su comparecencia o la preservación de la prueba o la protección de la comunidad, en especial de las víctimas, la captura excepcional en cambio simplemente tenía como exigencia la existencia de “motivos fundados” para inferir que determinada persona había participado en la conducta investigada, o que existiera riesgo de que evadiera la acción de la justicia, o que representara peligro para la comunidad u obstruyera la investigación; asuntos que por su vaguedad y amplitud no permitían calificarse como situaciones excepcionales.¹⁵⁶

Como puede verse, la Ley 906 de 2004 creaba un “superfiscal”, facultado para restringir la libertad personal de su contraparte al amparo de causales expresadas en un lenguaje carente de precisión, permeable a las interpretaciones acomodaticias

154 La Corte Constitucional, en sentencia C-730 de 2005, que declaró inexecutable algunos apartes del artículo 2 de la Ley 906 de 2004, expresó: “Así la amplitud e indeterminación de las expresiones ‘existiendo motivos fundados’ y ‘razonablemente carezca de la oportunidad de solicitar el mandamiento escrito’, al tiempo que contradicen el principio de legalidad (art. 29 C.P.) no contienen ningún elemento de excepcionalidad pues aluden simplemente a ‘motivos fundados’ los cuales siempre pueden existir, y a ‘motivos razonables’ que comprenden una amplísima gama de posibilidades y no a las situaciones extremas y de imposibilidad manifiesta de poder acudir ante el juez de garantías que son las que podrían predicarse de una situación excepcional como a la que aludió el Constituyente derivado”.

155 Sentencia C-1001 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

156 Ídem.

de los fiscales, y menos rigurosas que las establecidas para los jueces de control de garantías, lo cual era propio de la filosofía del derecho penal animado por el afán de combatir la criminalidad a cualquier precio.

Así, con la captura excepcional dispuesta por el artículo 300 de la Ley 906 de 2004, la reserva judicial de la libertad que tanto se pregonaba no fue más que una simple declaración demagógica, pues quedó evidenciado que el fiscal no solo seguiría restringiendo la libertad personal sino que lo haría en condiciones menos rigurosas que las establecidas para el juez de control de garantías, tal y como lo reconoció la Corte Constitucional tras declarar su inexecutable mediante sentencia C-1001 de 2005.¹⁵⁷

2.3. Las medidas de aseguramiento y la mentira garantista

Contrario a lo que sostiene Alejandro Aponte,¹⁵⁸ una de las más crudas manifestaciones del despotismo que caracterizó a la reforma introducida por la Ley 906 de 2004 lo constituye la regulación de las medidas de aseguramiento, que, dicho sea de paso, representó un retroceso inimaginado para un sistema procesal que decía respetar la presunción de inocencia y la libertad como forma de humanizar nuestro proceso penal. La regulación de la detención preventiva en el proceso acusatorio colombiano constituyó una burla a los postulados de la presunción de inocencia¹⁵⁹ y, en términos de Ferrajoli, una manifestación del “ataque concéntrico” de que ha sido objeto tal derecho, como resultado de la involución autoritaria de la cultura penalista.¹⁶⁰

157 Ídem.

158 Para Aponte, “En ninguna otra codificación anterior se ha establecido con tanto rigor, con una transcripción tan detallada del precepto constitucional del debido proceso, la prevalencia del principio de libertad como sustrato del proceso penal” (2008: 37).

159 La presunción de inocencia como principio fundamental de civilidad —escribe Ferrajoli— “es el fruto de una opción garantista a favor de la tutela de la inmunidad de los inocentes, incluso al precio de la impunidad de algún culpable”, por lo que es del mayor interés del cuerpo social que “todos los inocentes sin excepción estén protegidos” (1995: 547). La Corte Constitucional colombiana, amparada en la teoría de las medidas cautelares y negando que la detención preventiva constituya una sanción anticipada, ha planteado profusamente que ella no afecta la presunción de inocencia. Pueden consultarse al respecto las sentencias C-327 de 1997, C-774 de 2001, C-479 de 2007, y C-425 de 2008, entre otras. Sobre la violación de la presunción de inocencia por medio de la detención preventiva puede consultarse a Londoño Berrío, 2003: 151-259).

160 Ferrajoli, 1995: 550.

Al respecto conviene recordar que la detención preventiva sufrió importantes modificaciones en la reforma constitucional introducida por el Acto Legislativo 003 de 2002. La exposición de motivos de dicha reforma consideraba que gracias a su abuso nuestro proceso penal se había deshumanizado,¹⁶¹ por lo que, apoyados en el respeto por el derecho a la imparcialidad y, concretamente, reafirmando que “de la presunción de inocencia se desprende directamente una presunción de libertad, que es necesario desvirtuar mediante pruebas suficientes”,¹⁶² el constituyente secundario consideró que debía despojarse a la fiscalía de la facultad para imponer medidas de aseguramiento y establecerse una mayor exigencia probatoria para la afectación del derecho a la libertad, de tal suerte que su restricción estuviera condicionada por la existencia de motivos fundados. Tal posición, aunque tenía el efecto perverso de perpetuar la prisión provisional, partía de la necesidad de consagrar barreras que evitaran su abuso.

Como ya se ha dicho en páginas anteriores, la reforma constitucional advertía el peligro en el que se ponía la presunción de inocencia cuando se permitían restricciones abusivas de la libertad, como venía ocurriendo en el régimen procesal que se quería superar; pero tal diagnóstico, sin embargo, no era óbice para mantener la consagración constitucional de la detención preventiva, aunque se ofreciera como condición de garantía del justiciable el que ella fuera impuesta por un juez de control de garantías.

Así las cosas, durante el trámite de la reforma constitucional se planteaba la necesidad de cambiar las competencias de la fiscalía para que fuera más eficiente en su lucha contra la criminalidad, y se daba por descontada la idea de que la detención preventiva era natural al proceso penal; por tal motivo, las discusiones no giraron en torno a la necesidad de mantener incólume el “trato de inocente” hasta la existencia de sentencia condenatoria en firme,¹⁶³ como debería ocurrir en

161 Cfr. Gaceta del Congreso n.º 134 de 2002.

162 Ídem.

163 Londoño Berrío plantea al respecto: “Resulta una burla afirmar que el sindicado es tratado como inocente, que no se le irroga pena alguna y, simultáneamente, en forma coactiva, se le priva de su derecho a la libertad ambulatoria, se le separa de su trabajo, se le rompen sus vínculos sociales y familiares, se le vulneran sus derechos humanos fundamentales, etc.” (2003: 199).

un proceso penal verdaderamente garantista, sino en el papel del juez de control de garantías para la imposición de la detención preventiva; papel que incluso, en palabras del entonces Ministro del Interior, Fernando Londoño Hoyos, debía limitarse a garantizar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal.¹⁶⁴

En férrea defensa la detención preventiva como institución necesaria para garantizar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, la preservación de la prueba y la protección de la comunidad, se escucharon voces como las del Senador Héctor Elí Rojas, quien insistía en la importancia de proteger a la víctima y la sociedad y abogaba por que las personas que en el futuro pudieran ser llevadas a juicio no se quedaran en la calle ofreciendo peligro para los testigos o víctimas, o alterando la prueba; consideraba el congresista que con la detención preventiva se conseguiría una labor más limpia de la fiscalía y se le permitiría que terminara su trabajo.¹⁶⁵

Al amparo de tales posiciones, el constituyente secundario apreciaba indispensable perpetuar la vigencia de la detención preventiva, tras dar por descontado que, aunque se requería una revisión respecto de sus fundamentos probatorios y la competencia para imponerla, su vigencia era natural en el proceso penal colombiano. No paraba mientes, sin embargo, en la necesidad de hacer corresponder la presunción de inocencia y el trato de inocente,¹⁶⁶ y en cambio se abogaba por mantener la pervivencia de una institución que siendo apropiada en un régimen de presunción

164 Al respecto dijo el ex ministro: “yo estoy en desacuerdo con el control de garantías tal como está en el Proyecto. Me parece que estamos creando una instancia completamente inconveniente y armando unos enredos tremendos. No tengo inconveniente en que haya un control de garantías mínimo sobre el tema fundamental que estará a consideración del juez de control de garantías que es el tema relativo a la detención preventiva. [...] lo que sigue, es absolutamente incompresible, [...] Las otras medidas son completamente superfluas, las que procuren la conservación de la prueba, eso no significa nada y la protección de la comunidad, nada. Eso es un discurso vacuo” (Acta No 16, Gaceta del Congreso n.º 109 de 2003).

165 Acta 17, de noviembre 25 de 2002, Gaceta del Congreso n.º 110 de 2003.

166 El tratadista Hernando Londoño Jiménez plantea que “es evidente que siempre que se priva de la libertad al sindicado, sin haber sido condenado, se estará violando el principio de presunción de inocencia, pues sería una burla, por decir lo menos, si en acatamiento a dicha presunción se le pudiera decir al imputado que, aunque es ‘inocente’, se le priva de su libertad porque hay suficientes elementos de juicio para considerarlo culpable del hecho punible que se investiga. Es, como se ve, una insoslayable contradicción” (1993a: 85).

de culpa, como el sistema inquisitivo,¹⁶⁷ no era lógicamente compatible en un modelo auténticamente respetuoso de la presunción de inocencia.¹⁶⁸

Bajo la nueva política criminal de mano dura que inspiraba la expedición del Código de Procedimiento Penal, el Fiscal General de la Nación ahora señalaba que la baja tasa de medidas de aseguramiento era causante de la desmesurada delincuencia que agobiaba a nuestro país.¹⁶⁹ Según sus palabras, el nuevo sistema procesal que se implementaría en Colombia tendría como objetivo primordial conseguir una eficaz lucha contra la criminalidad, por lo que la mayor eficiencia de fiscales y jueces debería culminar “con una mayor cantidad de delincuentes pagando condena en las prisiones”.¹⁷⁰ La reforma al proceso penal buscaría que fueran más los procesados encarcelados; lo que debía estar acompañado de un incremento de las penas, de suerte que el allanamiento y los preacuerdos fueran atractivos para los imputados. Así las cosas, el Fiscal Luis Camilo Osorio ponía en evidencia la utilidad de la restricción de la libertad personal para alimentar la rendición temprana de los imputados, satisfaciendo de paso el clamor de quienes consideraban que la prisión provisional era el camino para combatir la impunidad.

La Ley 906 de 2004, lejos de constituir el escenario para minimizar las restricciones a la libertad, como se lo había propuesto el Acto Legislativo 003 de 2002, representó la oportunidad para que se incrementaran las medidas de aseguramiento y se facilitara el encarcelamiento de los “presuntos infractores de la ley penal”, planteando así un presupuesto inverso al de la presunción de inocencia, pues era claro que ellas estarían ahora diseñadas para ejercer control social, garantizar el orden público, disuadir a los delincuentes y alimentar rendiciones tempranas, lo que las alejaba cada vez más de su finalidad estrictamente precautelativa, con la que la Corte Constitucional ha defendido su constitucionalidad.

El nuevo Código de Procedimiento Penal reforzó de tal manera las restricciones de la libertad, que las medidas de aseguramiento fueron concebidas como un

167 Ferrajoli, 1995: 551.

168 Según Fernando Velásquez Velásquez, no tiene sentido que la norma general sea la privación de la libertad mientras se indaga por la responsabilidad o no de lo procesados: “por algo los modernos sistemas procesales apuntan, justamente, a lo contrario”. (1987: 28).

169 Osorio, 2002.

170 Ídem.

verdadero fortín en la lucha contra la delincuencia. La regulación que al respecto introducía el sistema acusatorio colombiano, lejos de inspirarse en el ideal de poner a salvo la presunción de inocencia y la libertad, significaba un retroceso solo admisible en un Estado policivo y disciplinador. De dicha regulación puede destacarse lo siguiente:

2.3.1. Medidas de aseguramiento “a la carta”

Se consagraron medidas de aseguramiento para todo tipo de delitos, permitiendo que pudieran acumularse entre sí.¹⁷¹

La primera manifestación de tal retroceso lo constituyó el afán de diseñar medidas de aseguramiento para todo tipo de delitos, desconociendo de paso la experiencia introducida por la Ley 600 de 2000, que había demostrado que era posible adelantar procesos penales sin necesidad de afectar la libertad de los justiciables.¹⁷² El avance que en tal sentido había introducido dicho Código de Procedimiento Penal, paradójicamente caracterizado por su tendencia inquisitiva, superaba viejos ordenamientos procesales que creían necesario crear restricciones a la libertad cada vez que se adelantaba un proceso penal.¹⁷³

Contrario a lo anterior, la Ley 906 de 2004 destruía a dentelladas lo andado y ahora volvía por los viejos cauces de la consagración de medidas de aseguramiento para todo tipo de delitos, creando incluso restricciones de la libertad no consagradas siquiera por los ordenamientos procesales precedentes a la Ley 600 de 2000. Cuando el trato de inocente de quien enfrentaba una imputación debía ser más respetado en un sistema acusatorio, en el que la presunción de inocencia recobrara su importancia como un derecho que resistía a las prácticas autoritarias del modelo inquisitivo, el nuevo sistema procesal penal colombiano incrementaba el aseguramiento de los justiciables.

171 El inciso final del artículo 307 dispuso: “El juez podrá imponer una o varias de estas medidas de aseguramiento, conjunta o indistintamente, según el caso, adoptando las precauciones necesarias para asegurar su cumplimiento...”.

172 El artículo 356 de la Ley 600 de 2000 dispuso que solo se tendría como medida de aseguramiento la detención preventiva, al tiempo que el artículo 357 estableció los casos en que ella era procedente, lo cual significaba que en un grueso de procesos no era procedente ninguna medida de aseguramiento.

173 Al respecto pueden consultarse los Decretos 050 de 1987 y 2700 de 1991.

A lo anterior se sumó la facultad otorgada por el artículo 307 de la Ley 906 de 2004, según la cual el juez podría imponer una o varias de las medidas de aseguramiento no privativas de la libertad, conjunta o indistintamente, según el caso, adoptando las precauciones necesarias para asegurar su cumplimiento, lo cual no solo ampliaba la discrecionalidad judicial, sino que instrumentalizaba de tal manera al justiciable que su libertad quedaba sometida a un menú de opciones diseñadas por el Estado para que fiscales y jueces escogieran, a la carta, la manera como consideraban que era posible restringir la libertad con el fin de conseguir resultados exitoso en la lucha contra la criminalidad, para lo cual bastaba que las entendieran razonables y proporcionadas.¹⁷⁴

En defensa de semejante regulación podría argumentarse que la diferenciación entre las distintas medidas de aseguramiento demostrarían que no en todos los casos el imputado resultaría sometido a prisión provisional, lo cual dejaría evidenciada la filosofía garantista del nuevo sistema; sin embargo, resulta palmario que dicho discurso, alimentado por el reduccionismo al que la ideología de la seguridad nos ha acostumbrado, descarta la idea de un proceso penal sin medida de aseguramiento aun para aquellas infracciones penales en las que el régimen procesal anterior las había descartado y, tras el paliativo de medidas de aseguramiento “no privativas de la libertad”, no solo califica de tales a auténticas privaciones de la misma,¹⁷⁵ sino que mantienen en vilo la libertad personal, pues ellas pueden convertirse en “privativas de la libertad” según lo dispone el artículo 316 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 29 de la Ley 1142 de 2007.

2.3.2. El relajamiento probatorio y la disminución de los requisitos materiales para su adopción

También se eliminó la exigencia de los dos indicios graves de responsabilidad como requisito material para la procedencia de la medida de aseguramiento y, en su lugar, se estableció la existencia de una “inferencia razonable”.¹⁷⁶ Este es otro

174 La norma comentada dispuso: “satisfechos los requisitos del artículo 308, se podrá imponer una o varias de las medidas señaladas en el artículo 307 literal B, siempre que sean razonables y proporcionadas para el cumplimiento de las finalidades previstas”.

175 Tal es el caso de las consignadas en los numerales 5 y 9 del artículo 307 de la Ley 906 de 2004.

176 El artículo 308 estableció: “El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado,

hecho que marca la filosofía de la Ley 906 de 2004; el relajamiento de los requisitos materiales para su procedencia implica otro retroceso que incluso desatiende la intención del constituyente de fortalecer las exigencias probatorias,¹⁷⁷ pues, al igual que lo ocurrido respecto de la multiplicación de medidas de aseguramiento planteada en párrafos anteriores, el nuevo Código de Procedimiento Penal desconocía el avance, así fuera frágil, que respecto a las exigencias probatorias mínimas para la imposición de medidas de aseguramiento había introducido la Ley 600 de 2000.

Resulta obligado advertir que el artículo 356 de la mencionada ley aumentó a dos los indicios graves de responsabilidad como requisitos materiales para la procedencia de la detención preventiva, lo cual implicaba una mayor exigencia en relación con el Decreto 2700 de 1991. Dicha modificación, aunque precaria de cara a la presunción de inocencia, tenía un gran significado respecto a la práctica forense que había consolidado la idea de que una medida de aseguramiento no se le negaba a nadie, idea que alcanzó a crear terror en la población colombiana de la mano de la justicia espectáculo.¹⁷⁸ Con todo, el incremento de las exigencias probatorias para la imposición de la medida de aseguramiento traería como resultado un mayor esfuerzo por parte de la fiscalía, que ahora no podría contentarse con la sola existencia de un indicio grave de responsabilidad.

La preocupación en tal sentido se hizo manifiesta durante el trámite de la reforma constitucional, y ante la expresa necesidad de hacer que la medida de aseguramiento

decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga”.

177 No puede olvidarse que los autores de la iniciativa constitucional expresaron en la exposición de motivos: “es necesario que el sistema de procesamiento criminal que nos rija, conciba la orden judicial como un requisito que contenga un sustrato probatorio tal, que permita deducir con un alto índice de probabilidad la comisión del delito investigado. En otras palabras la orden judicial no es condicionante de la legitimidad de la injerencia estatal, sino condicionada por la existencia de motivos fundados, esto es, que sea probable [...] que se ha cometido un delito y que la persona cuyo arresto se autoriza lo cometió” (Gaceta del Congreso n.º 134 de 2002). [se agregó el subrayado].

178 Para Fernández Carrasquilla, el eficientismo de última moda tenía como características fundamentales la reducción de los principios garantistas al más precario campo formalista, la justicia espectáculo corifeada por la gran prensa, la manipulación de los procesos que más impresionan a la opinión pública y el deliberado olvido de todos los demás, como no sea para dictar detenciones provisionales a diestra y siniestra, y la búsqueda de resultados represivos a cualquier costo en una justicia oportunista, cortesana y publicitaria, puesta en evidencia con la complacencia de los intereses momentáneos del gobierno y el acomodamiento a los prejuicios de la gran prensa. (1998: 18-19).

estuviera soportada en un sustrato probatorio que permitiera deducir “con un alto índice de probabilidad la comisión del delito investigado”,¹⁷⁹ lógico sería suponer que la reforma al sistema de enjuiciamiento en Colombia se entendería mucho más respetuosa de los derechos de los justiciables y, por lo tanto, se mostraría más escrupulosa a la hora de fijar los requisitos materiales para la procedencia de la detención preventiva, pues de nada valdría haber develado la deshumanización del proceso penal colombiano durante el trámite de la reforma constitucional si el legislador hacía caso omiso de las reflexiones del constituyente.¹⁸⁰

A pesar de las consideraciones anteriores, el artículo 308 de la Ley 906 de 2004 dispuso:

Artículo 308. Requisitos. El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos [...].

Varias consecuencias indeseadas frente a la defensa de la libertad se consignaron en la referida disposición, afectando los requisitos materiales para la imposición de la medida de aseguramiento. En primer lugar, tras la decisión legislativa de considerar que solo tienen la categoría de pruebas aquellas que se practican en la audiencia del juicio oral o, excepcionalmente, de manera anticipada ante el juez de control de garantías,¹⁸¹ el legislador dispuso que para la adopción de la medida de aseguramiento basta que existan *elementos materiales probatorios, evidencia*

179 Ídem.

180 Recuérdese que en la exposición de motivos del proyecto de Acto Legislativo se consignó lo siguiente: “un alto número de quienes se encuentran detenidos no son condenados, sino sindicados cumpliendo con una medida de aseguramiento. Ello demuestra que los fiscales, que tienen radicada en cabeza suya esa función, están abusando de ella. En su primer año de funcionamiento, ‘la Fiscalía no solo no redujo el número de personas detenidas por largos periodos sino que ese número creció en un 250%’. El proceso penal no se ha humanizado en nuestro país, no se compadece con el enfoque decidido de la Constitución. Nuestro proceso penal parece pertenecer a un Estado despótico, que no concede ninguna consideración a la dignidad humana (artículo 1.º C.P.), la primacía de los derechos inalienables de la persona (artículo 5 superior) ni los derechos fundamentales en general (artículos 11 y siguientes de la Carta).” (Gaceta del Congreso n.º 134 de 2002).

181 Al respecto pueden consultarse los artículos 15, 16, 17, 125, 284, 356, 357, 372, 374, 377 y 379 de la Ley 906 de 2004.

física o información obtenidos legalmente, los cuales, si bien tienen la categoría de “medios de conocimiento”,¹⁸² no podrían ser calificadas como pruebas, lo cual tiene gran incidencia respecto de su producción y conocimiento por parte del imputado, toda vez que la fiscalía los recoge y practica sin que el justiciable pueda acceder a ellos y solo se entera de su existencia cuando se descubren en la respectiva audiencia preliminar.

Resultará bastante propicio para alcanzar resultados exitosos en la lucha contra la criminalidad otorgar al fiscal la posibilidad de construir la imputación, basándose en los elementos materiales probatorios construidos a su entera libertad, sin el estorbo control de la defensa. Será sin duda bastante exitoso permitir que la fiscalía pueda disponer de los medios de conocimiento que llevará ante el juez de control de garantías para solicitar la medida de aseguramiento, sin que el imputado haya tenido la más mínima posibilidad de participar en su producción, pues no se trata de una actividad probatoria propiamente dicha. Seguramente podrá ser más efectivo sorprender al imputado en una audiencia preliminar con elementos materiales probatorios desconocidos por el imputado y que ahora servirán de soporte para la medida de aseguramiento. Todo lo dicho garantizará la eficacia en la justicia, si ella se mira en función del incremento de las detenciones preventivas como lo quiso el Fiscal Luis Camilo Osorio, pero constituye sin embargo un precio insospechado, pues significa retroceder hasta épocas del oscurantismo, donde el secreto determinaba el éxito de la actuación estatal, tal y como lo determina el procedimiento que la Ley 906 de 2004 estableció para la imposición de las medidas de aseguramiento.

En aplicación de los estatutos procesales expedidos bajo la vigencia de la Constitución de 1991, como quedó denunciado durante el trámite del proyecto de reforma constitucional que implementaría el sistema acusatorio en Colombia, la fiscalía abusó de la facultad de proferir detenciones preventivas, lo que conllevó a la deshumanización del proceso penal; sin embargo, a pesar de ello, tanto el Decreto 2700 de 1991 como la Ley 600 de 2000 exigían que las medidas de

182 El artículo 382 dispone: “Son medios de conocimiento la prueba testimonial, la prueba pericial, la prueba documental, la prueba de inspección, los elementos materiales probatorios, evidencia física, o cualquier otro medio técnico o científico, que no viole el ordenamiento jurídico”.

aseguramiento estuvieran soportadas en pruebas previamente conocidas por los sujetos procesales, lo que impedía que al sindicado se le sorprendiera con medios de convicción recogidos en secreto, como no fuera violentando sus derechos.

Como ya se mencionó, la Ley 906 de 2004 quería incrementar la eficacia de la justicia y para ello eliminó la exigencia de que las medidas de aseguramiento estuvieran soportadas en pruebas previamente conocidas por el imputado, para, en su lugar, permitir que fuera una decisión basada en elementos materiales probatorios, evidencia física o información obtenida por la fiscalía, apenas conocidas en la audiencia preliminar en la que ellas se harán valer como medios de conocimiento.

Tal estrategia legislativa, consistente en diferenciar entre pruebas y elementos materiales probatorios, resultó tan artificiosa como exitosa para la finalidad que la inspiró. Así, restándole la categoría de pruebas a aquellos medios de conocimiento necesarios para la imposición de la medida de aseguramiento, se evitó que se pudiera conocer y participar en la construcción de los elementos materiales probatorios que servirían a la fiscalía para solicitar la medida restrictiva de la libertad. Con la implementación de tal procedimiento se consiguió sorprender al imputado con medios de conocimiento que, sin ser pruebas, tienen igual efecto demostrativo. El resultado no podría ser mejor: bastó cambiar el nombre a lo que auténticamente es prueba, para que de esta manera se posibilitara el secreto nunca imaginado en un sistema procesal penal que, supuestamente, debía ser respetuoso de las garantías de los justiciables.

A lo anterior se sumó otro hecho bastante sobresaliente: eliminada la posibilidad de contar con pruebas para la adopción de las medidas de aseguramiento, la valoración sobre la posible responsabilidad penal del imputado, como fundamento para afectar su libertad, se concretó a un grado de conocimiento mucho más precario que el originado en los dos indicios graves de responsabilidad que exigía la Ley 600 de 2000, lo que representó otro retroceso en el sistema procesal penal colombiano, como se verá aquí.

Como ya se indicó, el artículo 308 de la Ley 906 de 2004 dispuso que el juez de control de garantías podría imponer medidas de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente

obtenida se pudiera inferir razonablemente que el imputado podría ser autor o partícipe del hecho.

Que el nuevo estatuto procesal dispusiera la inferencia razonable como grado de conocimiento del juez, resultaba otro útil relajamiento de las exigencias para imponer medidas de aseguramiento que, aunque dejaba la libertad en precarias condiciones, facilitaba labor de la fiscalía en su lucha contra la criminalidad. No se olvide que el Fiscal Luis Camilo Osorio había advertido que la criminalidad en nuestro país se explicaba también por la baja tasa de medidas de aseguramiento;¹⁸³ lo que significaba entonces que incrementando dicha tasa se produciría una reducción de la criminalidad.

La necesidad de incrementar las medidas de aseguramiento era el resultado de solucionar una problemática que el Fiscal General había advertido en el estatuto procesal implementado por la Ley 600 de 2000, el cual, según sus palabras, no se sustentaba en la búsqueda de soluciones a la ineficiencia judicial, pese a su agudización, “sino en la necesidad de adecuar aun más el sistema procesal penal a los postulados de la Constitución Política de 1991”,¹⁸⁴ sin que se advirtiera un nuevo esquema procesal sino ajustes y precisiones que, aunque tuvieran importancia jurídica, no formularon soluciones frente al problema de la impunidad.¹⁸⁵

Bajo tal concepción resultaba coherente que el sistema procesal que propuso el Fiscal General, y que se convirtiera sin ambages en la Ley 906 de 2004, tuviera como una de sus banderas primordiales reducir las exigencias para la imposición de la medida de aseguramiento, ya eliminando la necesidad de prueba para proferirla, bien llevando el conocimiento del juez al grado de la inferencia razonable, apenas si alcanzando la categoría de indicio,¹⁸⁶ sin que siquiera se pudiera calificar entre leve o grave, como sí ocurría en legislaciones pretéritas.¹⁸⁷

183 Al respecto dijo el Fiscal: “El atraso de las cifras que acusa nuestro país en los tres aspectos de prevención, investigación y juzgamiento, así como en la baja tasa de medidas de aseguramiento (ver gráfico 4), hace que se registre una altísima criminalidad” (Osorio, 2002).

184 Ídem.

185 Ídem.

186 El artículo 284 de la Ley 600 de 2000 establece que “todo indicio ha de basarse en la experiencia y supone un hecho indicador, del cual el funcionario infiera lógicamente la existencia de otro”. [Se agregó el subrayado].

187 Cosa distinta es que a pesar de que la ley haya reducido las exigencias para la medida de aseguramiento, muchos jueces de control de garantías obliguen al fiscal a convencerlos de la probable responsabilidad del imputado y de la necesidad

La finalidad de incrementar las restricciones de la libertad, multiplicando las posibilidades para que se pudiera dictar medidas de aseguramiento, estuvo acompañada del aumento generalizado de penas introducido por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, que elevó la sanción para todos los delitos en una tercera parte del mínimo y la mitad del máximo, con lo que no solo se atendió a la petición del Fiscal de hacer atractiva la aceptación de cargos y las negociaciones de los imputados, para convertir la libertad en mercancía, sino que además se aumentaron las posibilidades de procedencia de la detención preventiva, pues, tras el aumento del extremo mínimo de las penas, muchas conductas que en vigencia de la Ley 600 de 2000 no tendrían detención preventiva ahora quedaban cobijadas con dicha medida.

2.3.3. Las finalidades de la medida de aseguramiento y la amplitud en su interpretación

Se desarrollaron legalmente las finalidades de la medida de aseguramiento,¹⁸⁸ ajustándolas a presupuestos marcadamente policivos y asegurando un margen amplio de interpretación por parte de fiscales y jueces.

Detrás de la iniciativa del Fiscal Luis Camilo Osorio por incrementar la tasa de medidas de aseguramiento como forma de combatir la criminalidad, resultaba obvio que las funciones de las mismas estaban ahora dirigidas a ejercer control social y a crear la amenaza necesaria para lograr la abstención de la desviación.¹⁸⁹ Al respecto conviene destacar que la Ley 906 de 2004, al ocuparse de desarrollar los fines de la medida de aseguramiento en los artículos 309 a 312, introdujo conceptos que constituyen maneras de controlar el orden público y conseguir la seguridad ciudadana,¹⁹⁰ como es natural en un estado policivo. Y no es que

de la misma. Este esfuerzo, propio de quienes tienen la tarea de velar por el respeto de los derechos fundamentales en un estado social de derecho, constituye una práctica judicial digna de exaltar.

188 C.P. Artículos 309 a 312.

189 "Fundamentar la prisión preventiva en la prevención general positiva (prevención-integración), es una forma de legitimar el derecho penal simbólico, conforme al cual el sistema de justicia penal no está para proteger 'derechos fundamentales' o 'bienes jurídicos', que es lo que supuestamente le da razón de ser a su existencia, sino que sus funciones reales son otras, generalmente silenciadas, encubiertas, mimetizadas por el discurso oficial y por el derecho positivo" (Londoño Berrío, 2003: 248-249). [Se agregó el subrayado].

190 Al respecto valdría la pena destacar el papel que cumple el legislador al pretender que por vía del proceso penal se pueda

la nueva ley haya creado fines diferentes a los regulados en la Ley 600 de 2000 para la medida de aseguramiento,¹⁹¹ sino que al desarrollarlos legislativamente incluyó elementos que la apartan de su naturaleza estrictamente procesal, en algunos casos adoptando los conceptos planteados por la jurisprudencia,¹⁹² como se explica a continuación.

2.3.3.1. Los elementos disciplinadores de la actividad probatoria

Mientras la Ley 600 de 2000 entendía como necesaria la medida de aseguramiento cuando ella se dirigía a evitar las labores que emprendiera el sindicado para ocultar, destruir o deformar elementos probatorios importantes para la instrucción o para entorpecer la actividad probatoria, el artículo 309 de la Ley 906 crea el concepto de “obstrucción de la justicia”, para incluir en él, además de la protección de la prueba propiamente dicha, el que el imputado “impida o dificulte la realización de las diligencias o la labor de los funcionarios y demás intervinientes en la actuación”.¹⁹³

Al respecto es necesario decir que el concepto que introdujo el legislador es tan abierto y ambiguo, que bien puede entenderse como un imperativo diseñado *para disciplinar* al imputado para que preste su colaboración con el esclarecimiento de los hechos objeto de investigación penal, a riesgo de que su omisión pueda valorarse como una conducta propia de quien impide o dificulta la realización de la labor de los funcionarios del Estado. Una cláusula tan abierta y difícil de determinar crea una peligrosa subordinación del justiciable respecto de los funcionarios del Estado, al punto que obliga a facilitar sus labores, bajo la amenaza de la prisión

perseguir “el derecho a la seguridad” en lugar de velar por la “seguridad de los derechos”, entre ellos el de la libertad (sobre el tema de seguridad puede consultarse Baratta, 2001: 1-24).).

191 Londoño Berrío plantea al respecto que “El carácter gaseoso y la equivocidad de los ‘fines constitucionalmente admisibles’ para la DP, su anclaje en referentes teóricos peligrosistas, determinan que la selección de los criterios para inferir la necesidad o no de ella, sean igualmente equívocos, y además arbitrarios y propiciatorios de prácticas discriminatorias en la operatividad de dicho instituto” (2001: 229).

192 Sobre las finalidades no declaradas de la detención preventiva en Colombia, véase Londoño Berrío, 2001: 241-259.

193 El texto del mencionado artículo es el siguiente: “Artículo 309. Obstrucción de la justicia. Se entenderá que la imposición de la medida de aseguramiento es indispensable para evitar la obstrucción de la justicia, cuando existan motivos graves y fundados que permitan inferir que el imputado podrá destruir, modificar, dirigir, impedir, ocultar o falsificar elementos de prueba; o se considere que inducirá a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente; o cuando impida o dificulte la realización de las diligencias o la labor de los funcionarios y demás intervinientes en la actuación”. [Se agregó el subrayado].

provisional. Una lectura sencilla del problema enunciado indica que la detención preventiva sirve de instrumento para someter al investigado y convertirlo en cogestor de la actividad del órgano de persecución criminal.

De nuevo, como en tiempos pasados, el imputado está compelido, ahora por la amenaza de la detención preventiva y no ya por la gravedad del juramento, a colaborar con la labor investigativa. El sistema acusatorio pone su esfuerzo en conseguir investigaciones penales eficaces, y esta vez utiliza la intimidación sobre el imputado para favorecer la actividad estatal. Bajo tales condiciones, resulta claro que con la detención preventiva el legislador introduce un aspecto disciplinador que, aunque no declarado, somete al imputado y pone en peligro su derecho a materializar libremente la estrategia defensiva, reviviendo, aunque con estrategias diferentes, una obligación que la Corte Constitucional había considerado violatoria de los derechos fundamentales, como era la de **prestar la colaboración necesaria para el esclarecimiento de los hechos**, contenida en el artículo 368 de la Ley 600 de 2000.¹⁹⁴

2.3.3.2. Construcción artificiosa de peligrosidad del imputado

Aunque el artículo 3° de la Ley 600 de 2000 dispone que la detención preventiva estará sujeta a la necesidad de asegurar la protección de la comunidad (lo cual constituye un aspecto propio de la defensa social y no de la actuación procesal propiamente dicha), finalidad que fue consagrada constitucionalmente mediante el artículo 2° del Acto Legislativo 003 de 2002, la Ley 906 de 2004, al desarrollar dicho concepto, se ocupó de anticipar el juicio de peligrosidad del imputado y de desconocer su estatus de inocente. Al respecto, el artículo 310 dispuso:

Peligro para la comunidad. Para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad, además de la gravedad del hecho y la pena imponible, deberán tenerse en cuenta las siguientes circunstancias:

1. La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales.
2. El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos.

194 Sentencia C-776 de 2001, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

3. El hecho de estar acusado, o de encontrarse sujeto a alguna medida de aseguramiento, o de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional.

4. La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional.

Contra la libertad y la inocencia conspira la necesidad de aplicar un derecho penal peligrosista, que anticipa el encierro de quien ya es perseguido no solo por su pasado, bajo el entendido de que el delincuente siempre será tal, sino también por lo que pueda hacer en el futuro. La probabilidad termina siendo el factor que permite rotular de “peligroso” a quien se encuentre en alguno de los presupuestos que el mismo legislador artificiosamente ha diseñado. El principio *indubio pro homine*, manifestación de la presunción de inocencia y garantía de la libertad, es arrebatado sin piedad al justiciable, como manera de garantizar la seguridad pública. Mediante dicha norma se crea una presunción de peligrosidad para legitimar el encarcelamiento del imputado, al tiempo que se deja en sus manos la carga de demostrar que no es un delincuente y que, más infame aun, tampoco lo será en el futuro y por tanto su libertad no pone en riesgo la pretendida “seguridad de la comunidad”.

Bajo esta panorámica bien puede advertirse que la medida de aseguramiento cumple su verdadero papel, que no es otro que el de separar de la sociedad a quien, pese a su presunción de inocencia, se considera un peligro para ella, sirviendo así de mecanismo de control social tan eficaz como el derecho penal mismo. Razón tenía Zaffaroni al considerar que la función de la prisión preventiva en la legislación latinoamericana respondía a criterios de pena, y no a los de una mera medida cautelar, lo que se hacía evidente con consagraciones de peligrosidad, alarma social, frecuencia del delito, clase de delito, etc.; “el propio discurso jurídico lo dice por mucho que la doctrina quiera disimularlo”, sentenciaba.¹⁹⁵

Si en el pasado, como lo expresa Londoño Berrío, era la Corte la que hacía la simbiosis de las disposiciones de la Ley 600 de 2000 y terminaba por identificar la “protección de la comunidad” con la “prevención de la reincidencia delictual”,¹⁹⁶

195 Zaffaroni, 1986: 147..

196 Londoño Berrío, 2003: 201.

ahora la Ley 906 de 2004 se ocupa de extender la peligrosidad del imputado a todo tipo de situaciones, partiendo de un aspecto tan gaseoso como útil, como es “la gravedad del hecho y la pena imponible”, que encontró especial reforzamiento con la expedición de la Ley 1142 de 2007.¹⁹⁷ Bajo tal filosofía peligrosista, todo aquel que se hallare en las condiciones descritas por el artículo 310 de la Ley 906 de 2004 tendría asegurada su detención, sin más requisito que la propia imputación, pues el legislador se ha encargado de construir las definiciones de peligrosidad para dejar al operador jurídico la tarea de constatarlas,¹⁹⁸ incluso a partir de sus propias repugnancias, como si se tratara de verdades ontológicamente irrefutables.¹⁹⁹

De esta manera se satisface el anhelo de justicia de la comunidad, tras la constatación de que los delincuentes son encerrados para garantía de su seguridad. Para el efecto no importa si la persona es inocente; la sola repugnancia frente al delito resulta suficiente para legitimar la medida privativa de la libertad, más aun cuando ella recae sobre una persona que “probablemente” pertenece a organizaciones criminales, o que se le imputan varios delitos, o que en ocasiones anteriores ya ha sido investigada o condenada, circunstancias estas que sirven al legislador para construir el sujeto peligroso para la comunidad. Por lo demás, la peligrosidad así construida es hábilmente utilizada por los medios de comunicación, que permanentemente envían mensajes a la “opinión pública” con sentencias condenatorias construidas sobre “informaciones” de capturas o de procesos que apenas se inician. Lo peor es que tales sentencias son aceptadas y

197 Cfr. Subtítulo 3.6

198 Conviene destacarse que respecto del mencionado propósito del legislador, mediante sentencia C1198 de 2008, si bien analizando el artículo 24 de la Ley 1142 de 2007 que había modificado el artículo 310 de la Ley 906 de 2004, la Corte Constitucional, con ponencia de Nilson Pinilla Pinilla, estimó que no era suficiente el criterio la gravedad y la modalidad de la conducta para determinar la procedencia de la detención preventiva, por lo que declaró exequible dicha disposición bajo el entendido que para el funcionario judicial, al momento de determinar el peligro que el imputado representa para la comunidad, no es suficiente la gravedad y la modalidad de la conducta punible, sino que siempre deberá valorar, bajo las finalidades que la Constitución le ha otorgado a esa clase de medidas preventivas, además de los requisitos contenidos en el artículo 308 de la Ley 906 de 2004, las demás circunstancias contenidas en los numerales 1° a 4° del artículo 310 *ibidem*.

199 Para Ferrajoli, la acentuación del carácter preventivo y administrativo de la intervención penal, merced a la extensión de las medidas de policía y de la prisión preventiva, permiten constatar la crisis de legitimidad de la jurisdicción y de los principios de estricta legalidad y de estricta jurisdiccionalidad (1995: 548).

hasta aplaudidas por los destinatarios de la “información”, que no reparan en la presunción de inocencia del justiciable, pero que tampoco se dan cuenta de que están renunciando a su propio derecho a tener un debido proceso.²⁰⁰

Pero la detención preventiva tiene también como elemento fundante para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad, “la continuación de la actividad delictiva”. Esta finalidad para justificar el aseguramiento del imputado parte de presupuestos inversos a la presunción de inocencia, y en sus efectos prácticos, como lo plantea Londoño Berrío, no difiere en forma sustancial de las consecuencias del peligrosismo, aunque desde el pasado hayan sido avalados por la Corte Constitucional como fines constitucionalmente admisibles.²⁰¹ Al respecto conviene dejar evidenciado el contrasentido que existe en la necesidad de impedir la continuación de la actividad delictual de quien se presume inocente, como lo denuncia el citado autor, pues una tal consagración normativa supondría no solo “la afirmación de la responsabilidad plena respecto del hecho imputado, sino también, y tan grave como lo anterior, un juicio de ‘peligrosidad’ que no es más que una sospecha de una potencial reincidencia”.²⁰² Legitimar la detención preventiva sobre estos presupuestos “es antagónica a los principios que disciplinan el proceso en un Estado que tome en serio el paradigma constitucional de Derecho”.²⁰³

En igual sentido, Claus Roxin plantea, en torno a la existencia de la prisión preventiva por el peligro de reiteración de la conducta, que tal fundamento es “un

200 Al respecto, como lo ha planteado Londoño Jiménez, lo que está en juego no son solo las garantías del justiciable: “[...] está en juego es el interés del mismo Estado, concretamente de la administración de justicia y de la sociedad misma para que el juicio que se adelante contra determinada persona no se vea reducido por las pretensiones de una condena para el culpable, sino también de una absolución para el inocente [...]”. En el proceso penal lo que está en juego son unos valores muy superiores, los de la justicia, los cuales no permiten que se pueda juzgar a un hombre acusado de un delito, sino permitiéndole ejercer todos los derechos que una civilizada cultura jurídica debe reconocerle” (Londoño Jiménez, 1993b: 464-465). Por su parte Ferrajoli plantea que “si la jurisdicción es la actividad necesaria para obtener la prueba de que un sujeto ha cometido un delito, hasta que esa prueba no se produzca mediante un juicio regular, ningún delito puede considerarse cometido y ningún sujeto puede ser considerado culpable ni sometido a pena. En este sentido el principio de jurisdiccionalidad [...] postula la presunción de inocencia del imputado hasta prueba en contrario sancionada por la sentencia definitiva de condena” (1995: 549).

201 Londoño Berrío, 2003: 209-210.

202 *Ibid.* 210.

203 *Ibid.* 210.

cuerpo extraño” en el sistema de los presupuestos de la detención “porque no se trata de un caso de aseguramiento del proceso, sino de una medida preventiva, por tanto, de una suerte de detención por seguridad”,²⁰⁴ lo cual constituye un asunto problemático desde el Estado de derecho, toda vez que “se impone una privación de la libertad en razón de una sospecha no probada, tanto en lo que se refiere al hecho punible cometido como al hecho punible que se espera”.²⁰⁵

Lo propio puede decirse de la definición que hace el artículo 311 de la Ley 906 de 2004, que ha considerado que la libertad del imputado pone en peligro a la víctima cuando “existan motivos fundados que permitan inferir que podrá atentar contra ella, su familia o sus bienes”. Es natural que el Estado se ocupe de proteger a las víctimas del delito, de manera que pueda evitarse que se consumen actos delictivos en su contra; sin embargo, cuando se utiliza la detención preventiva como manera de prevenir la criminalidad y, con ella, la que pudiera recaer sobre la víctima de un delito en particular, el aseguramiento del presunto infractor de la ley penal se convierte en una medida de policía hecha para garantizar el orden público y la seguridad ciudadana; esto es, dispuesta a cumplir fines que, aunque suficientemente importantes, distan de ser los propios de las medidas procesales.²⁰⁶

De conformidad con lo anterior, podemos evidenciar que la construcción de peligrosidad por parte del legislador, además de afectar la naturaleza procesal de las medidas cautelares, arremete groseramente contra la presunción de inocencia del imputado, aunque tal violencia punitiva sirva “para aplacar las demandas de ‘seguridad’ y ‘orden’ que la ‘opinión pública’ le formula al sistema, con el fin de que ‘la comunidad’ se sienta confiada y segura de este, legitime su existencia y la de las instituciones que lo representan”.²⁰⁷

204 Roxin, 2000: 261.

205 Ibid.262.

206 Esa característica inapropiada de las medidas de aseguramiento fue incluso advertida por el ex Ministro del Interior Fernando Londoño Hoyos durante el trámite del proyecto de Acto Legislativo, quien terminó pidiendo al Congreso que limitara las facultades del juez de garantías a proferir la medida que asegurara la comparecencia del imputado y excluyera los otros aspectos que consideraba extraños a su función (Acta 16, de noviembre 22 de 2002, Gaceta del Congreso n.º 109 de 2003,).

207 Londoño Berrio, 2003: 247.

No sobra decir que tal forma de construir el concepto de peligrosidad (que parte en principio de la calificación que sobre la gravedad del delito o la pena imponible realicen fiscales y jueces), es completamente funcional en sociedades como la nuestra, que se sirven de la manipulación mediática para crear sentimientos colectivos o estados de opinión suficientes para satanizar comportamientos y exigir tratamientos severos de la justicia, aplicando cortinas de humo que oculten los verdaderos problemas sociales.²⁰⁸ Bajo tal escenario de peligrosidad, construida al amaño de la opinión pública, incluso no sería “inusual que la DP en sede del proceso también se imponga porque los órganos de la jurisdicción son proclives a la simpatía o los aplausos de los sátrapas, la compañía o la amistad de los cortesanos, a las prebendas de los poderosos, e incluso, por qué no decirlo, al terror que produce el síndrome del prevaricato”.²⁰⁹

2.3.3.3. Construcción artificiosa de no comparecencia

Como era de esperarse, la Ley 906 de 2004 se ocupó también de puntualizar los presupuestos que indicarían la no comparecencia del presunto infractor de la ley penal, describiendo aspectos que harían entender, otra vez contra la presunción de inocencia, que la gravedad del hecho y el quantum de la pena serían determinantes para descontar, por anticipado, la falta de voluntad del imputado de someterse a un proceso penal o a la sanción que eventualmente pudiera recibir.

Muchas cosas tendrán que decirse respecto a la construcción que el legislador hizo sobre los aspectos que llevarían al juez a decidir cuándo resulta necesario garantizar la comparecencia del imputado. Lo primero que debe ponerse de presente es que cuando el artículo 312 de la Ley 906 de 2004 dispone que debe

208 Un ejemplo de ello, según lo consigna Mauricio Martínez, ha ocurrido en Colombia en los últimos años, cuando los gobiernos de turno han planteado que la causa de la criminalidad ha sido la impunidad, posición a la que se han sumado los grandes medios de comunicación y con la que incluso se ha instrumentalizado políticamente el tema del delito, para sacar dividendos electorales o para ocultar acusaciones sobre escándalos de corrupción, como ocurrió con el Gobierno del Presidente Ernesto Samper, para quien “Los deseos de mostrar ‘mano fuerte’ tendían más bien a ocultar la falta de consenso en que había caído el gobierno, el cual pretendió ser recuperado con la venganza contra limosneros, raponeros, violadores y otros ‘monstruos’ seleccionados para el zoológico de la desviación” (Martínez Sánchez, 1999: 45-46). Lo anterior estaría demostrando, según lo planteado por Elena Larrauri, que “en las sociedades menos legítimas el gobierno parece tener una mayor necesidad de recurrir a actos ‘propagandísticos’ de combate del delito para ganar legitimidad entre la población” (2009: 06:12).

209 Londoño Berrío, 2003: 247.

imponerse medida de aseguramiento al presunto infractor de la ley penal al que se le impute un delito que pueda calificarse de grave, o esté sancionado con pena mayor, tal y como lo hizo el artículo 310, además de violentar la presunción de inocencia, en los términos ya expuestos, está partiendo del supuesto de que solo quienes enfrentan procesos por delitos bagatela están dispuestos a comparecer al proceso penal, pues no temen a la severidad del castigo.

Tal premisa olvida que cuando se dispensa un verdadero trato de inocente a quien es sujeto de un proceso penal, el Estado no puede construir hipótesis que hagan aparecer al imputado como presunto culpable del delito y por lo tanto temeroso de la eventual sanción, pues con tal razonamiento, según lo plantea Ferrajoli,²¹⁰ el verdadero temor del inocente no estaría en la sanción que tal vez no espera, sino en la severidad del procedimiento que tendría que soportar, este sí tan seguro como apropiado para un derecho penal que aunque declara oficialmente la garantía de la presunción de inocencia, diseña un procedimiento que encierra tratamientos inversos, de espaldas a las garantías de los justiciables.

Con tan artificiosa manera de garantizar el aseguramiento y no la libertad de los imputados, bajo el supuesto de que la gravedad del hecho o el quantum de la pena imponible no son solo indicativos de la peligrosidad del presunto infractor sino también el fundamento para presumir que el imputado no comparecerá al proceso, el nuevo Código de Procedimiento Penal no deja escapatoria, máxime cuando la satanización de conductas producida por la manipulación mediática ha conducido a una verdadera inflación punitiva,²¹¹ a través de la cual la “opinión pública” siente satisfecho su anhelo de justicia y acepta sin ambages el discurso distractor que indica que con el incremento constante de las penas y la creación de nuevos delitos se podrá garantizar el “derecho a la seguridad”.

El artículo que comentamos establece así mismo que, para decidir acerca de la eventual no comparecencia del imputado, además de la modalidad y gravedad del hecho y de la pena imponible, deberá tenerse en cuenta la falta de arraigo en

210 Ferrajoli, 1995: 549-550.

211 En tal sentido Larrauri plantea que lo que caracterizaría el populismo punitivo es precisamente una alusión creciente a la opinión pública para justificar las reformas penales, por lo que “en un determinado momento incluso los agentes políticos se sienten a merced de las pasiones que ellos mismos han contribuido a desatar” (2009: 06:6-06:7).

la comunidad, la gravedad del daño causado y el comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro anterior, del que se pueda inferir razonablemente su falta de voluntad para sujetarse a la investigación, a la persecución penal y al cumplimiento de la pena. Como puede verse, detrás de cada descripción el legislador esconde una fórmula construida para destinatarios específicos. No saldrá airoso, por ejemplo, el habitante de la calle, que sin domicilio conocido ni familia distinta a la de sus propios compañeros de infortunio, no tiene trabajo ni posibilidades de conseguirlo y mucho menos tiene asiento principal de sus negocios, pues las calles apenas sí le representan oportunidades para hundirse en su desgracia. Un tal sujeto (o más bien objeto) del derecho penal, difícilmente podrá escapar a la redada que le armó el legislador para mantenerlo aislado de esa sociedad a la que ofende; por lo que, en tal sentido, la fórmula para combatir exitosamente la criminalidad consistirá en conseguir que esos “indeseables” permanezcan encerrados.

Fácil resulta advertir que el juicio sobre la procedencia de la medida de aseguramiento no descansa en la verificación de si los habitantes de la calle pueden comparecer al proceso penal, sino en diseñar fórmulas que permitan concluir que no lo harán, para de esta manera garantizar el encarcelamiento de quienes, según lo refieren insistentemente los medios de comunicación, se convierten en azote de la sociedad, sin que sea menester indagar sobre las condiciones de marginalidad extremas que determinan su actuar. Es sin duda una justicia diseñada para frenar el riesgo que representan los miles de desarraigados, abandonados y víctimas de un sistema indolente que los hace responsables de la inseguridad y se niega a reconocer que son solo el fruto de la postración y el rechazo social a los que son sometidos.

Podríamos decir que el encarcelamiento así oficializado para los más vulnerables, es una de las manifestaciones “a la colombiana” de la política de “tolerancia cero”,²¹² la cual, como lo plantea Loic Wacquant, “No implica la rigurosa aplicación

212 “[...]la doctrina de la “tolerancia cero”, instrumento de legitimación de la gestión policial y judicial de la pobreza que molesta —la que se ve, la que provoca incidentes y desagradados en el espacio público y alimenta por lo tanto un sentimiento difuso de inseguridad e incluso, simplemente, de malestar tenaz e incongruencia—, se propagó a través del Planeta a una velocidad fulminante. Y con ella la retórica militar de la “guerra” al crimen y de la “reconquista” del espacio público, que asimila a *los* delincuentes (reales o imaginarios), los sin techo, los mendigos y otros marginales a *invasores extranjeros*” (Wacquant, 2004: 32).

de todas las leyes, que sería imposible —por no decir intolerable—, sino más bien una imposición extremadamente discriminatoria contra determinados grupos de personas en ciertas zonas simbólicas”,²¹³ confirmándose así “que el objetivo de la penalidad punitiva *made in USA* es menos combatir el delito que librar una guerra sin cuartel contra los pobres y los marginales del nuevo orden económico neoliberal”.²¹⁴ Agrega el autor que “El Estado no responderá a la ‘terrible miseria’ de los barrios desheredados mediante un fortalecimiento de su compromiso social, sino con un endurecimiento de su intervención penal. A la violencia de la exclusión económica, opondrá la violencia de la exclusión carcelaria”.²¹⁵

Tampoco escapará a la redada aquel que muestre indiferencia frente al daño que ha causado y no haga nada por resarcirlo o disminuir sus efectos, pues la ley, al margen de si el imputado es realmente el responsable de la conducta que se le atribuye, lo obliga a dar muestras de que el daño que presuntamente causó es digno de su atención y sensibilidad; esto significa que para salir airoso del “test” elaborado por fiscales y jueces, el imputado ha debido tener un comportamiento propio de quien es culpable, dando muestras de arrepentimiento, disminuyendo los efectos nocivos o reparando los perjuicios causados. Gracias a la norma, el Estado ha visto en la detención preventiva la manera de reprochar anticipadamente el comportamiento de quien paradójicamente se presume inocente. Desde tal perspectiva, fácil resulta advertir que dicha disposición, lejos de procurar la comparecencia del presunto infractor de la ley penal, contiene una finalidad sancionatoria. Al imputado se le impone una medida de aseguramiento como consecuencia del reproche que se hace de su conducta, se le sanciona con la detención preventiva mientras se construye la prueba que conduzca a la declaratoria de su responsabilidad penal o, en el mejor de los casos, se consigue su rendición temprana mediante allanamiento. Con semejante regulación, la presunción de inocencia debe ceder al anhelo de que el imputado se comporte como culpable, previendo, en caso contrario, una justificación más para la restricción de su libertad.

Por último, según lo determina el artículo que analizamos, el comportamiento que asuma el imputado en el proceso o en otro anterior, del que se pueda inferir

213 *Ibid.* 17.

214 *Ídem.*

215 *Ibid.* 70.

razonablemente su falta de voluntad para sujetarse a la investigación, a la persecución penal y al cumplimiento de la pena, determinará la procedencia de la medida de aseguramiento. Esta disposición no tendría nada de novedosa si no fuera porque ahora el legislador introduce como elemento para autorizar la restricción de la libertad del imputado, el que hubiera asumido idéntico comportamiento en un proceso pasado,²¹⁶ creando así un elemento disciplinador, determinante en la búsqueda anticipada de la eficacia de la justicia, y de nuevo conspirando contra el trato de inocente que debería orientar la actuación penal. Hacer inferencias sobre la eventual no comparecencia de un imputado, y con ella sobre la posibilidad de que la persona se sustraiga de la pena, a pesar de que “la sentencia condenatoria, que es condición sine qua non de la misma, es apenas una hipótesis de trabajo”, no deja de ser desproporcionado, afirma Londoño Berrío.²¹⁷

A la recurrida pretensión de perpetuar el rótulo de criminal por medio de los famosos “antecedentes penales”, fórmula que ha servido para alertar a la sociedad sobre el peligro de convivir con quienes han delinquido, más allá de que hayan pagado con creces el error que cometieron, ahora el legislador inventa una nueva etiqueta, para incluir en ella a quienes en procesos anteriores han sido renuentes a comparecer. La necesidad de lograr “eficacia” en la justicia ha llegado al extremo de incrementar el derecho penal de autor, ya no solo haciendo que la existencia de sentencias condenatorias pasadas determine la pena y la concesión de subrogados, sino juzgando también el comportamiento procesal del imputado para derivar de él la necesidad de imponer medidas restrictivas de la libertad, sin que sea necesario preguntarse si en el nuevo proceso ese imputado tendrá interés en comparecer y, lo que es peor, sin que se indique la necesidad de indagar las razones de la renuencia procesal pasada, la más de las veces patrocinada por la propia ineficacia del Estado, cuando no alimentada por la necesidad de enfrentar la arbitrariedad judicial de la que se es víctima en un sistema despótico.²¹⁸

216 “Artículo 312. No comparecencia. Para decidir acerca de la eventual no comparecencia del imputado, además de la modalidad y gravedad del hecho y de la pena imponible se tendrá en cuenta [...]. 3. El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro anterior, del que se pueda inferir razonablemente su falta de voluntad para sujetarse a la investigación, a la persecución penal y al cumplimiento de la pena”.

217 Londoño Berrío, 232-233.

218 A la pregonada idea que indica que “el que nada debe nada teme”, bien puede ahora responderse que en el reino del despotismo que caracteriza a los sistemas procesales de hoy, en el que el irrespeto de los derechos es una constante,

Jorge Arenas Salazar, a propósito del valor del indicio de clandestinidad, tema que guarda plena relación con el que ahora tratamos, considera que eludir la acción de la justicia con frecuencia puede ser una salida desesperada de legítima defensa, pues

no se puede desconocer lo que son nuestras cárceles, francamente inhumanas, de un hacinamiento que para animales ya sería cruel, y de mucho riesgo para la vida y la integridad física de los internos. La violencia carcelaria, admitida y fomentada por el Estado, no distingue [al] encarcelado culpable del inocente y por igual los hace víctimas.²¹⁹

Con semejante fórmula se diseña una trampa contra quien omitió respetar los requerimientos de la justicia, pues la contumacia del pasado constituye la perpetuación del aseguramiento futuro, construyéndose antecedente imborrable, ya no en función de sentencias ejecutoriadas sino de procesos tramitados, de los que ni siquiera se exige un resultado desfavorable para el imputado. Tras el amedrentamiento para quien se ha negado a comparecer a un proceso anterior, la ley crea el mensaje de que la justicia no perdona al contumaz, y por tanto no se arriesgará a dejar en libertad a quien pueda burlar de nuevo los requerimientos de la justicia; y no importa si en el nuevo proceso, el imputado se presume inocente de la nueva conducta atribuida.

2.3.4. La detención preventiva como única medida de aseguramiento para delitos de competencia de jueces especializados

Otra de las manifestaciones del autoritarismo de la Ley 906 de 2004 lo constituye la consagración de la detención preventiva como única medida de aseguramiento para delitos de competencia de jueces especializados.²²⁰ Esta regulación, que no es novedosa en la normatividad colombiana, constituye la consolidación del trato

el temor es propio justamente de aquel que nada debe: "Cada vez que un imputado inocente tiene razón para temer a un juez, quiere decir que este se haya fuera de la lógica del estado de derecho: el miedo, y también la sola desconfianza y la no seguridad del inocente, indican la quiebra de la función misma de la jurisdicción penal y la ruptura de los valores políticos que la legitiman" (Ferrajoli, 1995: 549-550).

219 Arenas Salazar, 1988: 110.

220 "Artículo 313. Procedencia de la detención preventiva. Satisfechos los requisitos señalados en el artículo 308, procederá la detención preventiva en establecimiento carcelario, en los siguientes casos (...) En los delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados. (...) "

discriminatorio que se fue introduciendo en el país por medio de la legislación de excepción, que progresivamente se convertiría en ordinaria.

Como bien se sabe, tras la estrategia de satanización a la que fueron sometidos los destinatarios de una justicia diseñada para combatir al enemigo absoluto,²²¹ en Colombia se implementó un derecho penal que hizo de la justicia un instrumento de guerra y puso a los procesados como su botín.²²² Bajo tal dinámica, el trato severo que debía administrarse al imputado era visto como normal y también como necesario para mantener el orden público, con lo que lentamente fue ganando terreno en la cultura jurídica de nuestro país el que se regulara, en un mismo código de procedimiento penal, tratamientos distintos para los inculcados, según el tipo de enemigo que se estuviera procesando. Gracias a ello, hoy nadie mira con sorpresa que haya investigados “de peor familia” que, obligados a resistir imputaciones por delitos artificialmente catalogados como de alto impacto, son sujetos pasivos de drásticos tratamientos punitivos y procesales.

En función de dicha cualificación del etiquetamiento, la inocencia ha perdido todo su valor y se ha llegado incluso a la pérdida de imparcialidad de los jueces, quienes “se deben colocar a priori en contra de los enemigos, considerándolos de partida como secuestradores, homicidas, ladrones, es decir como condenados”.²²³

Bajo tal panorámica, es natural que la Ley 906 de 2004, diseñada para combatir eficazmente a los desestabilizadores del sistema, estableciera todas las restricciones posibles a la libertad de los imputados por delitos de la “justicia especializada”, con lo que la sola imputación de un delito de tal competencia determinará la procedencia de la detención preventiva, allanando el camino para el encarcelamiento, pues tras la consagración de la gravedad del delito como factor para la imposición de la medida de aseguramiento, se habrá arrinconado de tal manera al justiciable que muy difícilmente podrá escapar de la privación de su libertad; ante todo si es el

221 Martínez Mauricio, *op. Cit.*, p. 48.

222 Por esta vía se introdujo la justicia sin rostro y, con ella, la violación de todas las garantías de los justiciables, según lo consideró el Comité de Derechos Humanos de la ONU, en concepto emitido el 23 de julio de 2002 (Camargo, 2002: 65-87). “Y como en la guerra directamente militar contra los “enemigos políticos”, los resultados son pobres, los prisioneros de la guerra criminalizadora tienen que compensar los resultados en aquel terreno, seleccionando a los que se dejen, vale decir, a los más vulnerables, y por esto, por ser selectiva, es una guerra sucia” (Mauricio Martínez, 1999: 49).

223 Ídem.

mismo legislador el encargado de determinar, por anticipado, la gravedad de la conducta y por lo tanto la necesidad de la reclusión.²²⁴

Con todo, la presunción de inocencia se pone por debajo de los propósitos del Estado de luchar contra sus enemigos internos,²²⁵ y para ello el artículo 313 de la Ley 906 de 2004 se convierte en la herramienta para separar, por vía de la detención preventiva, a quienes son presentados por “las fuerzas del orden” como los desestabilizadores del sistema, lo que no solo es eficaz en la lucha contra tales enemigos sino que también es útil como forma de prevención, pues se manda un mensaje disuasivo a los ciudadanos y ubica la medida de aseguramiento en un nivel igual al de la pena.²²⁶

Como bien lo ha planteado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad, pero por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan resultar los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos.²²⁷ Aquel tribunal internacional ha sostenido que el concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías, es también inseparable del

224 La ley despoja de facultades jurisdiccionales al juez y define en abstracto, para todos los supuestos, cómo es la realidad (empírica, sociológica, antropológica) y cómo se debe regular.

225 “Si la presunción de inocencia es la justificación del proceso, el eficientismo inherente a la guerra punitiva se lo ahorra. En la guerra no hay tiempo, ni físico, ni psicológico, para la duda sobre la inocencia del otro [...] la guerra es, pues, el escenario privilegiado para la vigencia amplia e incondicionada de la presunción de culpabilidad” (Orozco y Gómez, 1999: 61). En el mismo sentido, Ferrajoli afirma: “la concepción del terrorista, del delincuente como enemigo tiene aptitud bastante para arrollar todas las garantías del derecho penal, desde el principio de legalidad al de culpabilidad, desde la presunción de inocencia hasta la carga de la prueba y los derechos de la defensa” (Ferrajoli, 2006: 4).

226 Al despotismo penal así identificado se suma el papel que ejercen los medios de comunicación como mecanismos de control social, pues legitimando a ultranza las acciones del Estado, sin ningún rigor investigativo y faltos de imparcialidad y de ética periodística, contribuyen a hacer de la noticia la anticipación de sentencias sin procesos, lo que en no pocas ocasiones distrae la atención sobre los verdaderos criminales y busca producir sentimientos de complacencia frente a los “golpes” asestados a la “delincuencia organizada”, sin parar mientes en la inocencia de quienes son presentados ante la opinión pública como culpables. Una muestra de ello está consignada en las reclamaciones que el Padre Javier Giraldo le dirigió a Ana Mercedes Gómez, Directora de *El Colombiano*, en la que se duele de los montajes realizados a humildes campesinos de la comunidad de San José de Apartadó que fueron presentados por ese diario como criminales y de los que no se corrigió la información una vez acreditada su inocencia. El texto de la carta puede leerse en: http://lapluma.net/es/index.php?option=com_content&view=article&id=1219:carta-del-padre-javier-giraldo-a-ana-mercedes-gomez-martinez-directora-de-el-colombiano&catid=58:opinion&Itemid=182, consultado en noviembre 20 de 2010.

227 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del 30 de mayo de 1999, Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú.

sistema de valores y principios que lo inspira, pues en una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, en la que cada uno de sus componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros.²²⁸ Por tal razón, resulta palmario que el desconocimiento de la presunción de inocencia en la forma como se ha puesto de presente, constituye una estrategia de lucha contra la criminalidad que instrumentaliza el justiciable y por lo tanto representa una violación a la convención Americana de Derechos Humanos y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pues no a cualquier precio se puede administrar justicia.

Cuando, según lo plantea Ferrajoli, la detención preventiva ocupa un papel principal, como ocurre con la Ley 906 de 2004, se estructura por lo tanto un abolicionismo que convive con el justificacionismo,²²⁹ pues el proceso pasó a ser intimidatorio y la cárcel pasó a ser lugar de tránsito.²³⁰ Por ello, “quizá la verdadera utopía no es hoy la alternativa al derecho penal, sino el derecho penal mismo y sus garantías, no el abolicionismo, sino el garantismo, de hecho inevitablemente parcial e imperfecto”.²³¹

2.3.5. La eliminación de causales de libertad provisional²³²

Al apreciar las modificaciones que el legislador introdujo a las que se conocían como causales de libertad provisional, consagradas en el artículo 365 de la

228 Ídem.

229 Ferrajoli, 1995: 341.

230 *Ibid.*. 342.

231 Ídem. .

232 Según lo dispuso el Artículo 317, “la libertad del imputado o acusado se cumplirá de inmediato y solo procederá en los siguientes eventos:

1. Cuando se haya cumplido la pena según la determinación anticipada que para este efecto se haga, o se haya decretado la preclusión, o se haya absuelto al acusado.
2. Como consecuencia de la aplicación del principio de oportunidad.
3. Como consecuencia de las cláusulas del acuerdo cuando haya sido aceptado por el juez de conocimiento.
4. Cuando transcurridos sesenta (60) días contados a partir de la fecha de la formulación de imputación no se hubiere presentado la acusación o solicitado la preclusión, conforme a lo dispuesto en el artículo 294.
5. Cuando transcurridos sesenta (60) días contados a partir de la fecha de la formulación de la acusación, no se haya dado inicio a la audiencia de juzgamiento” (esta norma fue modificada por el artículo 30 de la Ley 1142 de 2007).

Ley 600 de 2000,²³³ se advierte una nueva arremetida contra el derecho a la libertad, esta vez con la eliminación de oportunidades para que el inculcado obtuviera su liberación durante el trámite del proceso, pues la Ley 906 de 2004 impidió que un imputado recobrara su libertad bajo los mismos presupuestos consignados en la Ley 600 de 2000, lo que además representa una violación del derecho a la igualdad.

233 "Artículo 365. *Causales*. Además de lo establecido en otras disposiciones, el sindicado tendrá derecho a la libertad provisional garantizada mediante caución prendaria en los siguientes casos:

1. Cuando en cualquier estado del proceso estén demostrados todos los requisitos para suspender condicionalmente la ejecución de la pena.
2. Cuando en cualquier estado del proceso hubiere sufrido el sindicado en detención preventiva un tiempo igual al que mereciere como pena privativa de la libertad por la conducta punible que se le imputa, habida consideración de la calificación que debería dársele.

Se considerará que ha cumplido la pena, el que lleve en detención preventiva el tiempo necesario para obtener libertad condicional, siempre que se reúnan los demás requisitos para otorgarla.

La rebaja de la pena por trabajo o estudio se tendrá en cuenta para el cómputo de la sanción.

La libertad provisional a que se refiere este numeral será concedida por la autoridad que esté conociendo de la actuación procesal al momento de presentarse la causal aquí prevista.

3. Cuando se dicte en primera instancia, preclusión de la investigación, cesación de procedimiento o sentencia absolutoria.
4. Cuando vencido el término de ciento veinte (120) días de privación efectiva de la libertad, no se hubiere calificado el mérito de la instrucción.

Este término se ampliará a ciento ochenta (180) días, cuando sean tres (3) o más los sindicados contra quienes estuviere vigente detención preventiva. Proferida la resolución de acusación, se revocará la libertad provisional, salvo que proceda causal diferente.

No habrá lugar a libertad provisional, cuando el mérito de la instrucción no se hubiere podido calificar por causas atribuibles al sindicado o a su defensor.

5. Cuando hayan transcurrido más de seis (6) meses contados a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación, sin que se hubiere celebrado la correspondiente audiencia pública salvo que se hubieren decretado pruebas en el exterior o se esté a la espera de su traslado, caso en el cual, el término se entiende ampliado hasta en seis (6) meses.

No habrá lugar a la libertad provisional cuando la audiencia se hubiere iniciado, y ésta se encuentre suspendida por causa justa o razonable o cuando habiéndose fijado fecha para la celebración de la misma, no se hubiere podido realizar por causa atribuible al sindicado o a su defensor.

6. Cuando la infracción se hubiere realizado con exceso en cualquiera de las causales eximentes de responsabilidad.
7. En los delitos contra el patrimonio económico, cuando el sindicado, antes de dictarse sentencia, restituya el objeto material del delito, o su valor e indemnice integralmente los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado.
8. En los procesos que se adelanten por el delito de peculado, siempre que la cesación del mal uso, la reparación del daño o el reintegro de lo apropiado, perdido o extraviado, o su valor, y la indemnización de los perjuicios causados, se haga antes de que se dicte sentencia de primera instancia.

Cuando la libertad provisional prevista en los numerales cuarto (4º) y quinto (5º) de este artículo se niegue por causas atribuibles al defensor, el funcionario judicial compulsará copias para que se investigue disciplinariamente al abogado que incurra en maniobras dilatorias".

Cuando el artículo 365 de la Ley 600 de 2000 dispuso que el imputado tendría derecho a la libertad provisional cuando estuvieran demostrados todos los requisitos para suspender condicionalmente la ejecución de la pena, le permitió a fiscales y jueces anticipar el diagnóstico sobre la procedencia del subrogado penal y evitar de esta manera privaciones innecesarias de la libertad. A pesar de la necesidad de tal consagración, la cual se remonta incluso a tiempos anteriores al Decreto 2700 de 1991, el nuevo estatuto procesal hace que un imputado permanezca recluido hasta que el juez de conocimiento conceda la suspensión condicional de la ejecución de su pena, a pesar de saberse anticipadamente que es merecedor de dicho subrogado.

Dicha situación representa un abuso contra la libertad del imputado, tras constatarse, anticipadamente, que en caso de una eventual sentencia condenatoria tendría derecho a dicho beneficio, por lo que la privación de su libertad durante el trámite del proceso se antoja absolutamente arbitraria, máxime cuando la presunción de inocencia debería llevar a suponer que el imputado pudiera incluso resultar absuelto.

Similar situación se presenta con la omisión del legislador para regular la libertad provisional por pena cumplida cuando se presenten los requisitos necesarios para la libertad condicional. Al igual que ocurre con la suspensión condicional de la ejecución de la sentencia, ahora el legislador impide que quien lleva en detención preventiva un término igual al de la pena y pudiera tener derecho a la libertad condicional, no pueda también anticipar dicho beneficio, lo que de nuevo arremete arbitrariamente contra los derechos del imputado, obligándolo a permanecer privado de su libertad por un tiempo superior, cuando, de haber sido ya condenado, obtendría su liberación.

Por último, la Ley 906 de 2004 eliminó la posibilidad de que, en los delitos contra el patrimonio económico, el imputado consiga su libertad cuando restituya el objeto material del delito o su valor, e indemnice integralmente los perjuicios ocasionados al ofendido, antes de dictarse sentencia. Así mismo eliminó esta posibilidad en los procesos que se adelanten por el delito de peculado, cuando el imputado cesa el mal uso y repara el daño o hace el reintegro de lo apropiado, perdido o extraviado, o su valor, y hace la indemnización de los perjuicios causados.

Era de esperarse que un estatuto procesal hecho para combatir eficazmente la criminalidad y castigar severamente a quienes afectan el patrimonio económico, cuyos presuntos autores han sido suficientemente satanizados por los medios de comunicación y presentados ante la opinión pública como los responsables de la inseguridad que agobia a la población, cerrara las puertas de las cárceles sin miramiento alguno. El mensaje del legislador es bastante contundente: los autores de dichos delitos representan un verdadero peligro para la sociedad, y como tal deberán permanecer detenidos. De nuevo la detención preventiva se ofrece como una herramienta para mantener el orden público y abandona la naturaleza procesal con la cual la Corte Constitucional ha justificado, por años, su existencia.

***2.3.6. La no regulación de causales de libertad provisional por años reclamada para evitar detenciones sin término*²³⁴.**

Es por todos conocido el vacío que ha existido en la legislación procesal colombiana sobre la regulación de términos que faciliten la liberación del procesado, contados entre el inicio del juicio y el proferimiento de la respectiva sentencia.²³⁵ Dicho vacío ha conducido a que los procesados deban permanecer encerrados mientras se tramita el juicio y se conoce el fallo, sin que puedan reclamar la observancia de un lapso de tiempo que precise la solución del caso y cuyo incumplimiento haga posible la libertad del justiciable. A lo sumo, cuentan los acusados con una expectativa de liberación basados en la contabilización anticipada del tiempo para la pena, sin perjuicio de la crítica consignada en párrafos precedentes sobre abolición de dicha causal de libertad provisional.

Conocido este problema que hiere el derecho a obtener pronta justicia y a pesar de que una de las banderas del nuevo sistema procesal penal era justamente garantizar la eficiencia de la administración de justicia, nada hizo el legislador para solucionarlo y, por el contrario, decidió mantener indefinida la suerte de quienes

234 No se estableció como causal de libertad el transcurso del tiempo entre el anuncio del fallo la audiencia de juzgamiento y el proferimiento del fallo, por lo que basta con que se inicie dicha audiencia para que el acusado tenga que someterse a las esperas indefinidas, solo marcadas por lo que la jurisprudencia ha calificado de “razonables”.

235 Partimos de admitir que, también en asuntos tramitados bajo la Ley 906 de 2004, deberá aplicarse la condición impuesta por la sentencia C-846 de 1999 respecto de que el inicio y la suspensión de la audiencia del juicio, aun por causas razonables, no suspende el término para obtener la libertad.

sometidos oportunamente a la audiencia del juicio oral ya no pueden reclamar en su favor el vencimiento de términos, con fines liberatorios, para que culmine el proceso, ni mucho menos para que se profiera la sentencia condenatoria que pondrá fin al mismo.

Semejante omisión, contraria a los postulados de celeridad que inspiró al nuevo sistema procesal, indica que el Estado colombiano, aunque es consciente de la congestión judicial, a la cual se atribuye el hecho de que no se tramiten los procesos y se dicten las sentencias de manera oportuna, prefiere sacrificar las libertades de los ciudadanos en lugar de incrementar el número de jueces necesarios para evitar la dilación de los asuntos.

El problema que interesa al Estado no es el tiempo que tarde el trámite del proceso sino la necesidad de que se inicie de manera oportuna. No importa la indefinición que padece quien espera su sentencia sino que el juicio determine tal posibilidad. No es prioritaria la garantía de los ciudadanos de obtener pronta justicia, así se fijen términos precisos para las actuaciones procesales, en tanto su cumplimiento dependerá del volumen de trabajo de los administradores de justicia.

3. LAS REFORMAS INTRODUCIDAS POR LA LEY 1142 DE 2007: EL AFÁN DE CONSOLIDACIÓN DE LA SEGURIDAD DEMOCRÁTICA Y EL RECRUDECIMIENTO DEL AUTORITARISMO PENAL ²³⁶



Muy tempranamente, cuando ni siquiera el sistema acusatorio colombiano había alcanzado a aplicarse en todo el país,²³⁷ se impuso la reforma a la Ley 906 de 2004,²³⁸ persiguiéndose que los imputados obtuvieran menos oportunidades de liberación.

Para justificar el aumento en la drasticidad del tratamiento de la libertad de los inculcados, la exposición de motivos del proyecto de ley consignó que era necesario “avanzar en la seguridad ciudadana como una de las manifestaciones de la seguridad democrática”,²³⁹ por lo que debían adoptarse medidas tendientes a la prevención y represión ejemplar de aquellas conductas que afectaban gravemente la convivencia ciudadana, así como aquellas que resquebrajaban las bases de la seguridad, la calidad de vida de los ciudadanos, su actividad económica lícita y la confianza de los mismos en la administración de justicia, para lo cual era necesario revisar algunas disposiciones penales y procesales, de tal manera que

236 Según Ferrajoli, la tradición autoritaria del derecho penal nunca ha sido realmente interrumpida; es el fruto irreflexivo de prácticas legislativas y judiciales y enlaza perfectamente con las teorías de la prevención especial, de la defensa social o del tipo normativo de autor en sus distintas variables moralistas, antropológicas, decisionistas y eficientistas (1995: 41).

237 Según lo dispuso el artículo 530 de la Ley 906 de 2004, el sistema se aplicaría por distritos judiciales, debiendo completarse su implementación a partir del 1° de enero de 2008.

238 El proyecto fue presentado por el entonces Ministro del Interior y de Justicia, Sabas Pretelt de la Vega, y el Fiscal General de la Nación, Mario Iguarán, quien había sido viceministro de dicha cartera en el gobierno Uribe Vélez.

239 Proyecto de Ley No. 023 de la Cámara y 081 del Senado, publicado en la Gaceta del Congreso n.º 250 de 2006.

se tomara conciencia de la gravedad de las conductas punibles que afectan de manera notoria la armonía de la sociedad.²⁴⁰

No descansaba el Gobierno en su afán de demostrar que a través de la “seguridad ciudadana” se alcanzaría la armonía social, por lo que su decisión de combatir la criminalidad al precio de las garantías de los justiciables aconsejaría una nueva reforma legislativa que permitiera cerrar las ya bastante precarias posibilidades de liberación que habría dejado el reciente ordenamiento procesal. En tal sentido, el proyecto de ley planteaba que “el legislador debía asegurarse de que las normas jurídico penales, tanto las procesales como las sustanciales respondan de manera adecuada a las necesidades político criminales de seguridad comunitaria imperantes”.²⁴¹

Según el diagnóstico de los autores de dicha iniciativa legislativa, pese a que las autoridades lograban capturar de manera eficiente a las personas que habían llevado a cabo conductas punibles que afectaban gravemente las bases de la convivencia y la seguridad comunitaria, los vacíos normativos no permitían imponerles medidas de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario, por lo que la comunidad veía minada la confianza en la vigencia de las normas y en la promesa constitucional de protección efectiva a sus derechos.²⁴² Por tal razón, según lo afirmaba el Gobierno, resultaba necesario realizar algunos ajustes no solo para conseguir la eficiencia del sistema acusatorio colombiano, sino para el cabal cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales, contribuyendo con los fines del Estado de asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.²⁴³

240 Ídem.

241 Ídem

242 “Así, por ejemplo, dentro de las conductas punibles contra el patrimonio económico, se considera político criminalmente necesario adoptar medidas procesales para evitar que respecto de algunos delitos como el hurto de automotores o de cualquiera de sus partes, el perpetrado al interior de los establecimientos de comercio, aquel que se comete con violencia sobre las personas, las cosas, o violando el domicilio de las víctimas del mismo, al igual que el cometido sobre cabezas de ganado, tengan una respuesta benigna por parte del Estado. [...] Como medida eficaz de lucha contra los desguasaderos de vehículos y los mercados ilícitos de celulares y otros bienes muebles, se hace indispensable imponer medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de excarcelación ni detención domiciliaria cuando se cometan tanto el hurto calificado, o el agravado y los punibles que en conexidad con los mismos afectan la recta y eficaz administración de justicia como sucede con el favorecimiento o la receptación” (exposición de motivos, proyecto de Ley No 023 de la Cámara y 081 del Senado).

243 Ídem.

Para el entonces senador Germán Vargas Lleras, ponente del proyecto ante la plenaria del Senado, el primer propósito del proyecto de reforma a la Ley 906 de 2004 era “tomar medidas en materia de la punibilidad de determinados delitos que podríamos señalar que son los delitos de gran impacto urbano, para evitar la excarcelación de todos ellos”.²⁴⁴ Por su parte el Ministro del Interior y de Justicia Carlos Holguín Sardi planteaba ante la plenaria de la Cámara que en la medida en que la política de la seguridad democrática había avanzado y existía menos capacidad de acción de los grupos alzados al margen de la ley, empezaba a “tener más relevancia el delito urbano, la inseguridad y la falta de convivencia ciudadana en las grandes ciudades, en los barrios populares, en los sectores donde se siente con más angustia esa necesidad de convivencia y de fortalecimiento de las seguridades”.²⁴⁵

Tras el propósito de resguardar la bandera de la seguridad democrática, se impuso entonces una nueva arremetida contra la libertad personal, con la expedición de la Ley 1142 de 2007,²⁴⁶ la cual, además de incrementar las penas para algunos delitos, introdujo las siguientes modificaciones respecto al tratamiento de la libertad de los inculcados:

3.1. Relajamiento de términos para poner al capturado a disposición del juez de control de garantías

El artículo 1° de la Ley 1142 de 2007 modificó el inciso final del artículo 2° de la Ley 906 de 2004 y dispuso que “En todos los casos se solicitará el control de legalidad de la captura al juez de garantías, en el menor tiempo posible, sin superar las treinta y seis (36) horas siguientes”.²⁴⁷ Con la reforma así indicada, el

244 Acta de plenaria 60 del 22 de mayo de 2007, publicada en la Gaceta del Congreso n.º 331 de 2007.

245 Acta 56 de junio 13 de 2007, publicada en la Gaceta del Congreso n.º 358 de 2007.

246 Ley 1142 de 2007, publicada en el Diario oficial No 46.673 de 28 de julio de 2007.

247 Según lo expuso Germán Vargas Lleras, “este artículo se incluyó y se lo voy a explicar, porque había cierto debate de lo que en su momento se debatió como capturas excepcionales y hace relación a aquellos casos de municipios en donde no hay Juez de Control de Garantías o no hay juez pues que pueda conocer del asunto, el Fiscal solicita se le permita efectuar la captura, y llevar la persona en el menor tiempo posible a donde un Juez de Control de Garantías, el más próximo, el más cercano, nunca por supuesto excediendo el término de las 36 horas” (Acta de plenaria 60 del 22 de mayo de 2007, publicada en la Gaceta del Congreso n.º 331 de 2007).

legislador introducía dos aspectos que facilitarían la labor de los fiscales, evitando el vencimiento de términos y, con ello, la liberación de los capturados, a saber:

Al indicar que en el término de las 36 horas siguientes a la captura se solicitaría el control de legalidad de la misma, no podría exigirse que en ese mismo término se cumpliera la obligación de llevar a la persona detenida a la presencia del Juez de Garantías para que decidiera sobre la legalidad de su detención.²⁴⁸ Así, mientras que las normas constitucionales disponían que el control de cualquier captura o detención debía realizarse por la autoridad judicial competente “a más tardar” o “dentro de las 36 horas siguientes”, la Ley 1142 de 2007 simplemente ordenaba que dentro de ese plazo se “solicitará” el control de legalidad; lo que en la práctica podía traducirse en autorización para que una persona detenida pudiera permanecer sustraída del control del juez de garantías después del término perentorio de 36 horas que establece la Constitución.²⁴⁹

Según lo expresó la Comisión Colombiana de Juristas, la Ley 1142 de 2007 permitiría que el derecho a una restricción reglada de la libertad de los colombianos pudiera suspenderse durante el plazo que transcurre durante las 36 horas siguientes a su captura, si se había solicitado el control de la autoridad judicial, con lo que la norma abría un amplio espacio de interpretación en relación con el plazo dentro del cual se debía poner el capturado a órdenes del juez.²⁵⁰

Con la disposición que se comenta, desaparecería la presión que para el fiscal implica tener que conducir a los capturados en los precisos términos que fija la constitución política, y que en no pocas ocasiones han obligado a la liberación de estos por vencimiento de términos. Ahora bastaría que se solicitara oportunamente el control de la legalidad de la captura para esperar a que se realizara la programación de la audiencia respectiva.

248 Al respecto pueden consultarse los fundamentos de la demanda que culminó con la sentencia C-163 de 2008 y las intervenciones de la Universidad del Rosario, la Comisión Colombiana de Juristas y el Instituto Colombiano de Derecho Procesal (Corte Constitucional de Colombia, expediente D-6903, Actor Franky Urrego Ortiz, Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño).

249 Comisión Colombiana de Juristas (Corte Constitucional de Colombia, expediente D-6903, Actor Franky Urrego Ortiz, Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño).

250 Ídem.

Aunque durante la discusión sobre la constitucionalidad de tal disposición el Ministerio del Interior y de Justicia, la Fiscalía General de la Nación y la Procuraduría General de la Nación plantearon que la argumentación anterior sería el resultado de una errada interpretación de la misma,²⁵¹ toda vez que lo dispuesto por el artículo 1.º de la Ley 1142 de 2007 no lograba afectar lo consagrado en los artículos 297, 300 y 302 de la Ley 906 de 2004, que expresamente disponían que dentro de las 36 horas debía también producirse el control de legalidad de la captura, la Corte Constitucional declaró que el entendimiento arriba esbozado también era posible y que por lo tanto dicho precepto solo sería constitucional “en el entendido que dentro del término de treinta y seis (36) horas posterior a la captura, se debe realizar el control efectivo a la restricción de la libertad por parte del juez de garantías, o en su caso, del juez de conocimiento”.²⁵²

3.2 Eliminación de la presentación personal del capturado

El artículo 18 de la Ley 1142 dispuso que el fiscal podría legalizar la captura, formular imputación, solicitar imposición de medida de aseguramiento y hacer las solicitudes que considerara procedentes, con la sola presencia del defensor de confianza o designado por el sistema nacional de defensoría pública, cuando el capturado hubiera entrado en estado de inconsciencia después de la privación de la libertad o se encontrara en un estado de salud que le impidiera ejercer su defensa material, o cuando por las distancias, la dificultad en las vías de acceso, los desplazamientos y el orden público, no fuera posible trasladar a la persona aprehendida ante el Juez de Control de Garantías dentro del término de las treinta y seis (36) horas siguientes a la captura.

Con el fin de evitar que el vencimiento de términos posibilitara la liberación de los capturados, la presente norma autorizaba el control de legalidad de la captura sin la presencia del capturado. El legislador entendía así que la obligación de

251 Corte Constitucional de Colombia, expediente D-6903, Actor Franky Urrego Ortiz, Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño.

252 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-163 de febrero 20 de 2008, expediente D-6903, Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño.

conducir al capturado ante el Juez de Garantías era una carga bastante onerosa que ponía en aprietos a la fiscalía cuando se dificultaba su traslado.

Así las cosas, la solución que planteaba el legislador sería la de poner nuevos límites a los derechos del capturado, a fin de conseguir eficacia en la justicia. Para el efecto no importaba desatender los precedentes constitucionales o los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia; lo que debía prevalecer era la necesidad de evitar, a toda costa, la liberación de las personas capturadas.

Según el texto de la ponencia para debate conjunto de las comisiones primeras de Cámara y Senado, con la reforma se pretendía “llenar un vacío legislativo que existía en relación con la formulación de imputación cuando el capturado haya entrado en estado de inconsciencia”,²⁵³ al tiempo que se establecía “un sistema reforzado y excepcionalísimo de formalización de la captura en los casos en que por la dificultad en las vías de acceso o por cuestiones de orden público no puede llevarse al capturado ante el juez de garantías en el término de 36 horas”.²⁵⁴

De esta manera se buscaba que las condiciones descritas en la norma, por demás no imputables al capturado, no obstaculizaran la actuación procesal, aunque ello significara arrebatarle su derecho a defender su libertad y a que un Juez de Garantías constatará las condiciones de su aprehensión. Como puede verse, ni la imposibilidad de ejercer la defensa, derivada de la inconsciencia o la ausencia del imputado en la audiencia respectiva, ni mucho menos la debida constatación por parte del Juez de Garantías sobre las condiciones físicas del capturado, eran de estima para el legislador. A la hora de elegir entre los derechos del investigado y el impulso de la actuación procesal, la ley se inclinó por lo segundo al precio de las mínimas garantías del primero.

Era notorio que la disposición comentada violentaba la dignidad humana y el derecho a la defensa, pues utilizaba al justiciable como un instrumento para buscar la eficacia de la justicia, sin parar mientes en el hecho de que el investigado no

253 Informe de ponencia para segundo debate del proyecto 023 de la Cámara, publicado en Gaceta del Congreso 209 de 2007.

254 Ídem.

podía exponer ante el Juez de Garantías las razones que evitarían la adopción de medidas de aseguramiento ni presentar elementos materiales probatorios que favorecieran su libertad.²⁵⁵ Como lo expresaba la Procuraduría General de la Nación en su intervención ante la Corte Constitucional, circunstancias ajenas a la voluntad del imputado le impedían direccionar su defensa material, con lo que “se le impone el poder punitivo estatal a pesar de ser ‘parte inerte’, lo cual, además, desconoce el principio de equilibrio entre las partes”.²⁵⁶

En lo que respecta al pregonado “sistema reforzado y excepcionalísimo de formalización de la captura sin la presencia del imputado”, al que se refería la ponencia antes mencionada, la disposición en cuestión no solo estableció excepciones al mandato del artículo 28 constitucional, facultando al fiscal para poner al capturado a disposición del juez competente por fuera de las 36 horas siguientes a su aprehensión y consagrando un tiempo indefinido para legalizar su captura, sino que además consignó términos vagos y ambiguos que favorecían el ejercicio de dicha facultad,²⁵⁷ en claro abandono del precedente constitucional que había definido que, en aplicación de los tratados internacionales que vinculan al Estado colombiano, era imprescindible hacer entrega material del capturado dentro del término de las 36 horas siguientes a su captura.²⁵⁸

Como puede apreciarse, era notoria la violación que sobre los derechos del imputado introducía tal disposición, en el afán de hacer del proceso penal colombiano el escenario en el que la política de seguridad democrática legitimaba cualquier tratamiento para el presunto criminal.

255 Estos fueron algunos de los argumentos expuestos en la demanda de inconstitucionalidad presentada por Carlos Felipe Sánchez Lugo y otros, expediente D-6948, la cual terminó con la sentencia C-425 de 2008, Magistrado ponente Marco Gerardo Monroy Cabra.

256 Argumentos expuestos por la Procuraduría General de la Nación en el proceso constitucional tramitado, expediente D-6948, el cual terminó con la sentencia C-425 de 2008, Magistrado ponente Marco Gerardo Monroy Cabra.

257 Según lo expresó el Ministerio Público durante su intervención en el trámite ante la Corte Constitucional, era tal la vaguedad y ambigüedad de las circunstancias que permitían desconocer el término máximo para legalizar la captura, que cualquier circunstancia como el alto tráfico vehicular, una falla mecánica del automóvil o la distancia en la que se encontraba el aprehendido, permitirían desconocer una regla constitucional enfática y contundente como la legalización de la captura en un término máximo de 36 horas (ídem).

258 Ídem.

La Corte constitucional, mediante sentencia C-425 de 2008,²⁵⁹ declaró la inexecutable de la norma que permitía legalizar la captura, formular imputación y solicitar medidas de aseguramiento sin la presencia del capturado; sin embargo, contraviniendo su propio argumento, autorizó la legalización de captura cuando la persona se encontraba inconsciente o sus condiciones de salud le impedían ejercer su defensa. Al respecto la Corte expresó:

[...] la jurisprudencia constitucional²⁶⁰ ha entendido que de la lectura sistemática de las normas que integran el bloque de constitucionalidad se deduce que poner al capturado a disposición del juez implica su presentación o entrega física, puesto que esa diligencia no solo asegura el ejercicio de funciones judiciales, sino también la eficacia de los derechos del detenido, tanto en el proceso: la plena identificación, a la defensa y a la contradicción, como de su esfera personal, tales como los derechos a la libertad y a la integridad física del detenido.²⁶¹

Según lo consignó la Corte Constitucional en la mencionada providencia, el artículo 28 de la Constitución señala claramente que la persona retenida preventivamente debe ser puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, en tanto que al juez, principalmente, le corresponde la salvaguarda de los derechos del detenido, y que por ello no le es permitido a la autoridad responsable de legalizar la captura tomarse el tiempo que considere pertinente para el efecto, pues la presencia física del indiciado en dicha diligencia es fundamental para la eficacia de sus derechos; admitir lo contrario, sostiene la Corte, implicaría afectar gravemente el núcleo esencial del derecho a la defensa material, a la integridad física y a la libertad del indiciado.

De la interpretación sistemática de los artículos 28 y 29 de la Constitución y de los artículos 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.º de la Convención Americana de Derechos Humanos se deduce, según lo expresó la Corte en dicho fallo, que la disposición del detenido ante el juez competente se refiere a su presentación física y que su presencia en el proceso

259 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-425 de 2008, expediente D-6948, Magistrado ponente Marco Gerardo Monroy Cabra.

260 En este sentido pueden consultarse, entre otras, las sentencias C-591 de 2005, C-251 de 2002, C-024 de 1994 [Este pie de página corresponde al No. 22 del texto de la sentencia].

261 Sentencia C-425 de 2008, expediente D-6948, Magistrado ponente Marco Gerardo Monroy Cabra.

penal constituye un mecanismo de garantía efectiva para el derecho a la defensa material del indiciado, como también lo ha reconocido la Comisión Europea de Derechos Humanos al sostener que “el derecho a estar presente en la audiencia es, singularmente en materia penal, un elemento esencial de la noción de proceso justo. Información, presencia y defensa se encuentran consecuentemente en una relación de continuidad lógica y necesaria.”²⁶²

A pesar de lo anterior, como ya se expresó, la Corte Constitucional consideró sin embargo que era válido constitucionalmente que el legislador adoptara como medida excepcional la legalización de la captura sin la presencia del detenido, cuando este se encontraba en estado de inconsciencia o padeciendo grave enfermedad que le impidiera el ejercicio del derecho de defensa material, pues de esta forma lograban conciliarse los derechos en tensión sin que se sacrificara en mayor medida un derecho para lograr la eficacia del otro. Para dicha Corporación,

[...] desde la perspectiva de los derechos del capturado se tiene que aunque se reduce el grado de eficacia de su derecho a la defensa, este no resulta anulado porque se mantiene su derecho a la defensa técnica y queda incólume el derecho fundamental a que un juez revise la legalidad y constitucionalidad de la captura dentro de las 36 horas siguientes a la misma.²⁶³

Lo extraño de este argumento es que en la misma providencia se había manifestado que cuando se legalizaba la captura de un indiciado ausente no solo se afectaba el derecho a su defensa material, sino que además se ponía en riesgo los derechos a la vida e integridad del mismo, pues se permitía que el juez solamente realizara el control de legalidad de la aprehensión de manera formal y no material, como quiera que no tenía a su alcance todos los elementos de juicio suficientes para llegar a una decisión contundente.

A lo anterior conviene preguntarse: ¿acaso la captura de una persona inconsciente o en grave estado de enfermedad no amerita también un control de legalidad material y no formal?; ¿no es un derecho del imputado que se encuentra en tales condiciones el aportar elementos de juicio que le permitan al juez adoptar “una

262 Ídem.

263 Ídem.

decisión contundente”?; ¿no existían otros mecanismos menos onerosos que la autorización de la realización de una audiencia de legalización de captura, en la que la ausencia del capturado le impide dar cuenta de los abusos de poder o de las violaciones de derechos a la que fue sometido, las cuales pudieron incluso haberlo llevado al estado de inconsciencia o de grave enfermedad que ahora lo mantiene en silencio?

Si como lo expresó la Corte en la sentencia referida, dentro de la concepción humanista y la constitucionalización del derecho penal se descarta la instrumentalización de la persona a los fines de prevención general, pues ante cualquier situación se proclama la dignidad y la protección de los derechos esenciales e inherentes del ser humano, ¿no es acaso digna de una mayor protección constitucional la persona que no se encuentra en las condiciones apropiadas para ejercer la defensa de sus derechos?

3.3 Eliminación del procedimiento para la expedición de la orden de captura y la autorización de la captura por “motivos razonablemente fundados”

El artículo 297 de la Ley 906 de 2004 establecía:

Artículo 297. Requisitos generales. Para la captura se requerirá orden escrita proferida por un juez de control de garantías con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

El fiscal que dirija la investigación solicitará la orden al juez correspondiente, acompañado de la policía judicial que presentará los elementos materiales probatorios, evidencia física o la información pertinente, en la cual se fundamentará la medida. El juez de control de garantías podrá interrogar directamente a los testigos, peritos y funcionarios de la policía judicial y, luego de escuchar los argumentos del fiscal, decidirá de plano.[...]

Según se expuso en el subtítulo 2.1.1. de este trabajo, dicha norma había otorgado a los Jueces de Control de Garantías unas facultades insospechadas, con las que ni siquiera contaban los funcionarios judiciales en los procesos tramitados bajo la Ley 600 de 2000, pues, al permitirles ordenar capturas motivadas en los mismos presupuestos constitucionales de una medida de aseguramiento, se afectaba

ostensiblemente el trato de inocente que reclama el artículo 29 Constitucional, lo cual constituía una irrazonable facultad otorgada por el legislador, que se agravaba por el hecho de que tal medida restrictiva de la libertad se adoptaba en audiencia preliminar en la que no se citaba a quien sería el destinatario de la misma.

Pese a lo anterior, ahora el legislador tenía una preocupación distinta: consideraba que la norma debía ser modificada con el fin de “agilizar el cumplimiento de los requisitos generales para lograr una orden de captura por el juez correspondiente”,²⁶⁴ lo cual implicaría introducir una reforma que permitiera “flexibilizar el procedimiento de solicitud de la orden de captura y adicionalmente evitar que los Jueces de Control de Garantías realicen interrogatorios”.²⁶⁵ Con tal propósito, el texto de la reforma, aprobado en primer debate por las comisiones conjuntas de Senado y Cámara, propuso introducir la siguiente modificación al artículo 297 de la Ley 906 de 2004:

Artículo 297. Requisitos generales. Para la captura se requerirá orden escrita proferida por un juez de control de garantías con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

Cuando el fiscal tuviere motivos razonablemente fundados de acuerdo con el artículo 221 de este Código, para inferir que el indiciado o el imputado en la indagación o investigación que se adelanta es el autor o partícipe, solicitará la orden al juez correspondiente.[...]²⁶⁶

En el afán de hacer expedito el camino para la expedición de órdenes de captura, la reforma eliminaba el procedimiento y las cargas probatorias que el inciso segundo del artículo 297 de la Ley 906 de 2004 le había impuesto al fiscal, y en su lugar dejaba que fuera este quien valorara los motivos para la captura, teniendo como fundamentos probatorios los mismos requisitos de la orden de allanamiento y registro. En tal sentido, la norma no le exigiría al fiscal que se hiciera presente ante el juez correspondiente acompañado de la policía judicial para que presentara los

264 Informe de ponencia para segundo debate en cámara de Representantes publicado en Gaceta del Congreso n.º 209 de 2007.

265 Ponencia para primer debate conjunto de comisiones primeras de Cámara y Senado, publicado en la Gaceta del Congreso n.º 418, septiembre 29 de 2006. [Se agregó el subrayado].

266 Ídem.

elementos materiales probatorios, evidencia física o la información pertinente para fundamentar la medida, posibilitándose así que el juez interrogara directamente a los testigos, peritos y funcionarios de la policía judicial; bastaba ahora con un informe de policía judicial, o una declaración jurada de testigo o informante, o elementos materiales probatorios, o evidencia física que permitieran sustentar la petición de captura.

Dicha propuesta para facilitar la expedición de órdenes de captura fue introducida durante la discusión del proyecto de ley en las sesiones conjuntas de las comisiones primeras constitucionales de Senado y Cámara, y sin discusión alguna en las plenarios de ambas corporaciones fue aprobada en bloque, junto con un gran número de artículos que no despertaron interés en los congresistas.²⁶⁷

Al surtirse el trámite de la conciliación del proyecto de ley, el artículo aprobado sufrió sin embargo una modificación importante, aparentemente realizada en función de su redacción.²⁶⁸ Tras dicho trámite el artículo quedó de la siguiente manera:

ARTÍCULO 19. El artículo 297 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, quedará así:

Artículo 297. Requisitos generales. Para la captura se requerirá orden escrita proferida por un juez de control de garantías con las formalidades legales y por motivos razonablemente fundados, de acuerdo con el artículo 221, para inferir que aquel contra quien se pide librarla es autor o partícipe del delito que se investiga, según petición hecha por el respectivo fiscal[...]²⁶⁹

Como puede verse, con el cambio en la redacción de la norma que hizo a última hora la comisión de conciliación, se construyó una nueva disposición, tras agrupar

267 En la plenaria de la Cámara solo se discutieron los artículos 1, 14, 16 y 29, mientras que en a plenaria del Senado se discutieron los artículos 1, 2, 4, 5, 12, 14, 26, 30, 32, 33, 37, 38, 39, 40, 46, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55 y 56 del texto aprobado por las comisiones conjuntas. Los demás artículos se votaron en bloque. Al respecto puede consultarse la Gaceta del Congreso números 358 y 331 de 2007, respectivamente.

268 La comisión de conciliación expresó que se habían efectuado “ajustes a la numeración y redacción que sin alterar el contenido material de la nueva ley, resultaron necesarios para su correcto orden y comprensión” (Gaceta del Congreso n.º 287 de 2007).

269

los dos primeros incisos del artículo que había sido aprobado en Senado y Cámara, afectándose el contenido material de lo que originalmente se había propuesto en las comisiones. Al respecto, valga la pena advertir que sobre dicho artículo no había existido ninguna diferencia entre lo aprobado por dichas corporaciones; así, el ánimo de facilitar la labor de los fiscales y reducir exigencias para la expedición de órdenes de captura se tradujo también en usurpación de funciones por parte de la mencionada comisión.

Con semejante modificación se produjo un doble resultado: de un lado se eliminaba el procedimiento para la obtención de las órdenes de captura, que era lo que había motivado la reforma, y, del otro, se introducía la arbitrariedad judicial al eliminarse el principio de legalidad.

La supresión de la audiencia en la que se agotaría el trámite regulado por el artículo 297 de la Ley 906 de 2004 para la adopción de la medida restrictiva de la libertad,²⁷⁰ la cual implicaba un esfuerzo similar al de la solicitud de la medida de aseguramiento, pues el fiscal debía no solo argumentar la pertinencia de la orden sino además demostrar que eran fundadas las razones de su pedimento arrojando los elementos materiales probatorios o evidencia física por intermedio de la policía judicial, representaría el avance propuesto por las comisiones de Senado y Cámara para agilizar la expedición de la orden de captura, y por ello tal audiencia ni siquiera fue regulada de manera genérica dentro del listado contenido en el artículo 154 de la Ley 906 de 2004. Con tal eliminación, sin embargo, se habría creado un vacío en la legislación, pues la Ley 1142 de 2007 no dispuso cuál sería el procedimiento con el que se remplazaría aquel que fue excluido del ordenamiento jurídico, lo que daría entrada a la arbitrariedad al brindar un margen amplísimo de discrecionalidad para fiscales y jueces.

Por su parte, tras la autorización para que la orden de captura se expidiera “por motivos razonablemente fundados”, la norma eliminaba el principio de legalidad, por lo que ya no habría que esperar la previa definición legal de los

270 Así ha calificado la Corte Constitucional la orden de captura. Al respecto pueden consultarse las sentencias C-730 de 2005, C-1001 de 2005 y C-163 de 2008, entre otras.

motivos para la captura, como lo dispone el artículo 28 constitucional, sino que bastaría para la misma el motivo que “razonablemente” estimara el fiscal y aceptara el juez, consagrándose de nuevo un atentado más contra los derechos de los justiciables. Ahora ni siquiera tendría que sustentarse la orden de captura en cualquiera de los fines de la medida de aseguramiento; según la interpretación de la Corte Constitucional que se expuso en el acápite 2.1 de este trabajo, la Ley 1142 de 2007 eliminaba incluso tal hermenéutica y dejaba la libertad personal sumida en la más absoluta discrecionalidad judicial, al introducir lo “razonable” como criterio para su restricción.

Al respecto debe llamarse la atención sobre el precedente contenido en las sentencias C-730 de 2005 y C-1001 de 2005, en el que se consignó que los motivos y condiciones para proceder a una captura no podían quedar librados a la discrecionalidad de quien la ordenara, pues el principio de legalidad es una garantía insustituible para la libertad individual, la cual solo podía ser afectada por motivos previamente definidos en la ley y conforme a un procedimiento también previamente señalado en ella.

Como puede verse, la reforma introducida al artículo 297 de la Ley 906 de 2004 permite que se ordene la captura de una persona sin otro requisito que la inferencia por parte del fiscal de que “aquel contra quien se pide librarla es autor o partícipe del delito que se investiga”, con lo cual pone la libertad personal en la más absoluta discrecionalidad, pues la somete exclusivamente al cumplimiento de unos mínimos requisitos materiales, pero ignora la importancia de la previa consagración de los motivos y del procedimiento para su afectación. La trampa diseñada por el legislador consiste en identificar “motivos” para la captura con “soporte probatorio” para la imputación; aspectos tan distintos como la naturaleza que encierran.

Tras semejante autorización legal, cualquier motivo será suficiente para disponer de la libertad de una persona, siempre que el fiscal pueda considerar razonablemente que existen unos mínimos fundamentos probatorios para inferir su responsabilidad en el delito que se investiga. No importará si aquel contra quien se pide librar orden de captura es indiciado, imputado o acusado; tampoco será exigible que se

realice diagnóstico alguno sobre la necesidad de su aprehensión, ni interesará si a la persona contra quien se pide librarla salió airoso de una petición de medida de aseguramiento, pues dicha norma, al permitir que la privación de la libertad no esté sometida a motivos previamente definidos por la ley, se conforma con la existencia de una mínima inferencia de autoría o participación en un delito. Con todo lo anterior, se ha introducido tal arbitrariedad en la legislación procesal colombiana que ahora sí podrá afirmarse sin equívocos que, tras la reforma introducida por la Ley 1142 de 2007, una orden de captura no se le niega a nadie.²⁷¹

3.4 La resurrección de la captura excepcional

Aunque durante el trámite de la iniciativa existía el temor de que se estuviera violentando la cosa juzgada constitucional, al revivir las facultades para que los fiscales pudieran ordenar capturas, el Fiscal Mario Iguarán Arana afirmaba ante la Cámara de Representantes estar acatando los requerimientos de la Corte Constitucional para la procedencia de tales facultades.²⁷² Para justificar tal resurrección de la captura excepcional, el informe de ponencia para segundo debate ante el Senado indicaba, por su parte, que la nueva disposición impondría mayores cargas para que se decretara la captura excepcional por la Fiscalía, “entre ellas, la referente a que existan motivos serios y de fuerza mayor acerca de la imposibilidad de obtener dicha medida por parte del juez”;²⁷³ exigencia que, junto con la vigencia de la orden de captura y el término para poner al capturado a disposición del juez, fueron introducidas al proyecto durante su discusión en las comisiones conjuntas.

Sin que se presentara discusión alguna sobre esta norma en las plenarias de Senado y Cámara, pues también fue votada en bloque,²⁷⁴ el Congreso aprobó de nuevo

271 A pesar de la inconstitucionalidad manifiesta de dicha disposición, su vigencia está garantizada por muchos años, pues la trampa del legislador habrá permitido que sus efectos perversos se mantengan por largo tiempo, tanto como tarde el control sobre su constitucionalidad; algo similar a lo que ocurre con los Decretos legislativos inconstitucionales que se expiden al amparo de la conmoción interior.

272 Puede consultarse la intervención del fiscal General de la Nación durante la plenaria de la cámara, según consta en el acta de plenaria 56, del 13 de junio de 2007, publicada en la Gaceta del Congreso n.º 358 de 2007.

273 Informe de ponencia para segundo debate en el Senado, publicado en Gaceta del Congreso n.º 124, de abril 19 de 2007.

274 *Ibíd.* 258.

la captura excepcional,²⁷⁵ y con ella revivió la mentira de la reserva judicial en el ordenamiento procesal colombiano.

Tal y como se expuso en el subtítulo 2.2 de este trabajo, la captura excepcional consagrada en el artículo 300 de la Ley 906 de 2004 terminó consignando una cláusula general de privación de libertad de los justiciables por parte del fiscal, pues dicha norma dejaba en manos de la fiscalía la posibilidad de restringir la libertad personal bajo presupuestos menos rigurosos que los exigidos al Juez de Control de Garantías, con lo que terminaba irrespetándose la reserva judicial de la libertad y violentándose incluso el principio de legalidad, tal y como lo había planteado la Corte Constitucional en sentencia C-730 de 2005 al advertir que comprendía una amplísima gama de posibilidades y no solo situaciones extremas y de imposibilidad manifiesta para acudir ante el Juez de Garantías, de las que pudiera predicarse la excepcionalidad a la que aludió el Constituyente derivado.²⁷⁶

Respecto de las modificaciones que la Ley 1142 de 2007 introducía al artículo 300 de la Ley 906 de 2004, pueden destacarse las siguientes:

- La orden de captura debía ser escrita y motivada.
- La orden de captura únicamente podía expedirse cuando por motivos serios y de fuerza mayor no se encontrara disponible un juez que pudiera ordenarla.

275 El artículo 21 de la Ley 1142 de 2007 dispuso: “El artículo 300 de la Ley 906 de 2004 quedará así: *Captura excepcional por orden de la Fiscalía*.”

El Fiscal General de la Nación o su delegado podrá proferir excepcionalmente orden de captura escrita y motivada en los eventos en los que proceda la detención preventiva, cuando por motivos serios y de fuerza mayor no se encuentre disponible un juez que pueda ordenarla, siempre que existan elementos materiales probatorios, evidencia física o información que permitan inferir razonablemente que el indiciado es autor o partícipe de la conducta investigada, y concurra cualquiera de las siguientes causales:

1. Riesgo inminente de que la persona se oculte, se fugue o se ausente del lugar donde se lleva a cabo la investigación.
2. Probabilidad fundada de alterar los medios probatorios.
3. Peligro para la seguridad de la comunidad o de la víctima en cuanto a que, si no es realizada la captura, el indiciado realice en contra de ellas una conducta punible.

La vigencia de esta orden está supeditada a la posibilidad de acceso al juez de control de garantías para obtenerla. Capturada la persona, será puesta a disposición de un juez de control de garantías inmediatamente o a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes para que efectúe la audiencia de control de legalidad a la orden y a la aprehensión”.

276 Corte Constitucional, sentencia C-730 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Gálvis

- La fiscalía debía contar con elementos materiales probatorios, evidencia física o información que le permitieran inferir razonablemente que el indiciado era autor o partícipe de la conducta investigada.
- La vigencia de la orden de captura estaba supeditada a la posibilidad de acceso al Juez de Control de Garantías para obtenerla.
- La captura debía tener como fundamento el riesgo inminente de que la persona se ocultara, se fugara o se ausentara del lugar donde se llevaba a cabo la investigación; la probabilidad fundada de que alterara los medios probatorios o el peligro para la seguridad de la comunidad o de la víctima en cuanto a que, si no se realizaba la captura, el indiciado podía realizar en contra de ellas una conducta punible, causales que correspondían a las finalidades de la medida de aseguramiento.

Visto lo anterior, resultaba entonces necesario preguntarse si la nueva norma superaba los defectos que la Corte Constitucional había encontrado en la disposición anterior. Así mismo, era preciso determinar si con la nueva redacción del artículo 300 de la Ley 906 de 2004 se evitaba realmente que los fiscales sustituyeran al Juez de Control de Garantías;²⁷⁷ si ello se alcanzaba con la expresión “cuando por motivos serios y de fuerza mayor no se encuentre disponible un juez que pueda ordenarla”, y si la expresión utilizada por el legislador, “motivos serios y de fuerza mayor”, gozaba de la suficiente concreción, precisión y determinación, de manera que no diera lugar a equívocos interpretativos y en cambio se excluyera el abuso, la extralimitación o la potencial vulneración de los derechos fundamentales, como lo planteaba la Procuraduría General de la Nación.²⁷⁸

277 En la intervención que la Procuraduría General de la Nación realizó durante el trámite de inconstitucionalidad de dicha disposición, afirmó: “[la] situación de no disponibilidad del juez de control de garantías es lo que, de facto, viabiliza la competencia subsidiaria del Fiscal o su Delegado. Dado que la concurrencia de los otros aspectos relacionados con la no disponibilidad del juez, solo son necesarios de corroborar una vez se constate la satisfacción a cabalidad del primero. De suerte que en el caso contrario, aunque todos los otros elementos de análisis para determinar si procede o no la captura se den, si se encuentra disponible el juez de control de garantías, inmediatamente pierde sentido la continuación de cualquier juicio sobre la posibilidad de intervención del Fiscal General de la Nación” (Expediente D-6910, Demandante Jhon Alexander Ortega Díaz, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa).

278 Ídem.

La conclusión a la que había llegado el Ministerio Público era que el artículo 21 de la Ley 1142 de 2007 de nuevo atentaba contra los principios de legalidad y de reserva judicial de la libertad, pues la vaguedad jurídica del concepto “fuerza mayor” no respetaba las exigencias de precisión que se requerían para reglamentar la captura por parte del Fiscal General de la Nación, por lo que dicho precepto vulneraba el artículo 28 constitucional, toda vez que la restricción de la libertad consagrada en el artículo 250-1 de la Constitución no podía ser reglada mediante normas cargadas de ambigüedad, ambivalencia o laxitud lingüística, como sucedía con el precepto en cuestión, que al utilizar dicha expresión introducía una fórmula tan anacrónica que generalmente requería de grandes esfuerzos interpretativos.²⁷⁹

Mediante sentencia C-185 de 2008 la Corte Constitucional encontró que la justificación que el legislador había empleado para la captura excepcional no cumplía los parámetros del principio de legalidad, pues tanto la expresión “motivos serios y de fuerza mayor” como el criterio de la falta de “disponibilidad” del Juez de Control de Garantías daban lugar a las más variadas hipótesis y supuestos, que dejaban la determinación de esas circunstancias a la discrecionalidad del propio fiscal que habría de efectuar la captura.²⁸⁰ En la mencionada providencia la Corte expresó que, bajo tales condiciones, el Fiscal General de la Nación o su delegado podrían fijar a su arbitrio cuándo un motivo era lo suficientemente serio para demostrar que el Juez de Control de Garantías no se encontraba disponible, sin que tal demostración tuviera como base un fundamento objetivo que justificara esa medida excepcional, en materia tan grave como lo es la restricción de la libertad; “esos calificativos —dijo la sentencia— no cumplen en manera alguna los parámetros del principio de legalidad consagrado por la Constitución en su artículo 29 ni por los lineamientos señalados en la jurisprudencia constitucional, pues los motivos y las condiciones para restringir la libertad deben ser plasmados claramente en la ley y no pueden quedar a discreción de quien ordene la captura”.²⁸¹ Bajo tales premisas quedaba establecido que de nuevo el legislador había

279 Ídem.

280 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-185 de febrero 27 de 2008, Ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

281 Ídem.

omitido fijar reglas precisas que marcaran la excepcionalidad de las facultades entregadas al fiscal, por lo que era de esperarse que tal disposición fuera declarada inconstitucional.

Pesa a lo anterior, en lo que constituyó un giro tan inesperado como contradictorio, la Corte Constitucional consideró que solo eran inexecutable las expresiones “por motivos serios y de fuerza mayor” y “disponible”, pero que el resto de la disposición era constitucional, aunque sometida a condicionamientos.²⁸² La sentencia mencionada partía de admitir que, según la línea jurisprudencial de dicha Corporación,

el ejercicio de la facultad del Fiscal General de la Nación o su delegado para ordenar la captura de un infractor de la ley penal, requiere del señalamiento por el legislador de presupuestos y requisitos claramente definidos que hagan de dicha facultad algo verdaderamente excepcional, los cuales no pueden ser en ningún caso menores de los que se exijan al juez de control de garantías, ni pueden desconocer el principio de legalidad señalado en el artículo 29 de la Constitución.²⁸³

Sin embargo, la misma sentencia consignaba una decisión contraria.

Aunque era conocido el afán inocultable del legislador por restituir las facultades del fiscal para que la lucha contra la criminalidad pudiera ejercerse incluso contrariando el principio de reserva judicial de la libertad,²⁸⁴ llamaba poderosamente la atención que la Corte Constitucional hiciera tantos esfuerzos argumentativos para mantener una disposición que no contenía la precisión que siempre reclamó y que ahora, supuestamente bajo el ánimo de preservar aquellos elementos que aseguraban dicha excepcionalidad, renunciara al camino que había trazado en defensa de la reserva judicial de la libertad.²⁸⁵

282 La sentencia dispuso que la expresión “cuando [...] no se encuentre [...] un juez que pueda ordenarla”, se declaraba **executable** en el entendido que el fiscal debía agotar diligentemente la búsqueda de todos los jueces legalmente competentes, incluido el juez de garantías ambulante, y que la expresión “o información”, se declaraba **executable**, en el entendido que la información fuera obtenida de conformidad con el inciso segundo del artículo 221 de la Ley 906 de 2004.

283 Ídem.

284 Nos remitimos a lo expuesto en el subtítulo 2.2 de este trabajo.

285 Al respecto pueden consultarse las sentencias C-873 de 2003, C-237 de 2005, C-591 de 2005, C-730 de 2005, C-1001 de 2005 y C-176 de 2007, entre otras.

De conformidad con lo anterior, era notorio que la vigencia de la captura excepcional introducida por el artículo 21 de la Ley 1142 de 2007 estaba marcada por un hecho inesperado: la Corte Constitucional ahora le restaba importancia al principio de reserva judicial de la libertad y, con ello, a la precisión que antes exigió de la reglamentación de la “facultad” otorgada por el artículo 250-1 de la Constitución. Tras abandonar la posición que había mantenido en ocasiones anteriores, decidía en cambio buscar la excepcionalidad de la norma en el hecho de que la nueva ley exigiera requisitos formales y probatorios para la captura, o impusiera aspectos más exigentes, como el término para el control de legalidad de la captura o la precaria vigencia de la orden. Como consecuencia de ello, la Corte construyó un argumento en el que confundió los requisitos constitucionales de la facultad excepcional otorgada al fiscal con los fundamentos de la orden de captura. Al respecto sostuvo:

En cuanto al fundamento que justifica la expedición de la orden de captura, en la captura ordenada por el juez de control de garantías, el artículo 19 de la Ley 1142 de 2007, exige la existencia de “*motivos razonablemente fundados*”, los cuales, según lo que establece el artículo 221 de la Ley 906 de 2004, deben estar sustentados en informes de la policía judicial, en declaraciones juradas de testigos o informantes, o en elementos materiales probatorios y evidencia física. Por su parte, el artículo 21 de la Ley 1142 de 2007 señala que la orden de captura excepcional dictada por el Fiscal General o su delegado debe estar fundada en *motivos serios y de fuerza mayor*; que muestren que no se encuentra *disponible* un juez que pueda proferir la medida.²⁸⁶

Con su decisión, la Corte Constitucional confundió la exigencia de los motivos que fundamentan la orden de captura y su procedimiento, *desarrollo del principio de legalidad*, con la consagración de los motivos precisos para ejercer *la facultad* entregada a la fiscalía para expedir ordenes de captura, lo que no es otra cosa que la regulación de *la excepción al principio de reserva judicial de la libertad*. Tras identificar la competencia para expedir un acto con los fundamentos para el acto mismo, la Corte abandonó el principio de reserva judicial, creyendo que la excepcionalidad de la norma estaba solo en el respeto por el principio de legalidad.²⁸⁷

286 Corte Constitucional. Sentencia C-185 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda.

287 En aclaración de voto a la sentencia comentada, el Magistrado Jaime Araujo Rentería expuso: “A mi juicio, el artículo 21 de la Ley 1142 de 2007 adolece nuevamente de falta de precisión, concreción y de la objetividad que requiere, de

Contrario al camino que tomó la Corte, bastante ilustrativa resultaba la intervención del Procurador General de la Nación, quien, sabedor de que la excepcionalidad en cuestión primero debía reclamarse de las facultades entregadas al fiscal, de suerte que quedara a salvo el principio de reserva judicial, solicitó que la norma fuera declarada inexecutable en su totalidad, sin que fuera necesario ocuparse de las demás condiciones establecidas por el artículo demandado. Al respecto sostuvo:

[...] pese a los nuevos matices, circunstancias y requisitos que condicionan la actuación del Fiscal o su Delegado en la captura sin previa orden judicial, lo cierto es que cada uno de estos elementos se encuentra atado a la verificación del primer aspecto o condición, la no disponibilidad del juez de garantías y cuando se entiende que esta circunstancia se cristaliza. Esta situación de no disponibilidad del juez de control de garantías es lo que, de facto, viabiliza la competencia subsidiaria del Fiscal o su Delegado. Dado que la concurrencia de los otros aspectos relacionados con la no disponibilidad del juez, solo son necesarios de corroborar una vez se constate la satisfacción a cabalidad del primero.²⁸⁸

Lo consignado por el Procurador no era otra cosa que la confirmación de los argumentos que en defensa de la reserva judicial de la libertad venía exponiendo la Corte Constitucional, tras de lo cual habría que admitir que sin el respeto por las condiciones que viabilizan la captura sin orden judicial cualquiera otra reglamentación, por exigente que fuera, no sería admisible en el ordenamiento jurídico.

Pese a los contundentes argumentos de la Procuraduría, la Corte Constitucional encontró sin embargo que en la nueva norma existían cambios importantes que ameritaban ponerla a salvo, pues, a diferencia de la anterior, se habían consagrado requisitos probatorios que vincularían al fiscal al momento de proferir la orden

conformidad con los artículos 29 y 250.1 de la Constitución, el señalamiento por parte del legislador, de las condiciones y requisitos para que el Fiscal General o su delegado puedan proceder, de manera excepcionalísima, a una captura.

Dichos defectos –en mi parecer– no logran subsanarse con la declaración de exequibilidad condicionada. Ello porque que las razones por las cuales se declara la inexecutable parcial, así como el condicionamiento de la exequibilidad de otras expresiones de la norma acusada, demuestran el desconocimiento del principio de legalidad y de la excepcionalidad de la medida de privación de la libertad de la misma.”

288 Ídem.

de captura, con lo que dejaría de estar inmotivada ²⁸⁹ y se había dispuesto que dicha orden estaba supeditada a la imposibilidad de acceder al Juez de Garantías para obtenerla, lo que le otorgaba una vigencia precaria, máxime que la norma ordenaba que el capturado se pusiera a disposición del juez inmediatamente o a más tardar dentro de las 36 horas siguientes a su captura, lo que impondría una mayor exigencia respecto de las capturas ordenadas por el Juez de Control de Garantías.

Para agravar la situación, la Corte Constitucional no solo terminó abandonando su posición frente a la necesidad de exigir del legislador el *señalamiento de presupuestos y requisitos claramente definidos que hicieran de dicha facultad algo verdaderamente excepcional*, sino que, paradójicamente, autorizó la facultad de proferir capturas excepcionales sin que existieran requisitos legales, pues tras la inexecutable de los presupuestos que consignaba el artículo 21 de la Ley 1142 de 2007 (“motivos serios y de fuerza mayor” y “no disponibilidad del Juez”), quedaba completamente abierta la textura de la norma. Fue tan evidente el asunto, que con el pretendido condicionamiento, consistente en que el fiscal debía agotar la búsqueda del Juez de Garantías en los términos establecidos en la Ley 1142 de 2007,²⁹⁰ se tuvo que llenar un requisito que la propia corporación había eliminado de la disposición acusada. Así las cosas, la captura excepcional estaría ahora autorizada por la Corte, a espaldas de la inexistencia de los presupuestos que desde siempre se exigieron para la defensa de la reserva judicial de la libertad.

Bajo los embelecos que distrajeron la atención sobre el problema principal de la norma, el cual se circunscribía a la afectación de la reserva judicial de la libertad, la Corte pasó inadvertidos los siguientes interrogantes: ¿de qué valdría que la captura

289 La Corte sostuvo que “las expresiones ‘*elementos materiales probatorios*’ y ‘*evidencia física*’ son más rigurosas y exigentes que las empleadas en el artículo 300 de la Ley 906 de 2004, declarado inexecutable en la sentencia C-1001 de 2005. En efecto, en dicha norma bastaba que al fiscal no le ‘*fuera posible obtener inmediatamente orden judicial*’ para que pudiera ordenar la captura, sin que esa imposibilidad tuviera que estar sustentada fácticamente. No se le exigía la presentación de elementos materiales probatorios, de evidencia física, o testigos, peritos y funcionarios de policía judicial que pudieran ser cuestionados, de los cuales pudiera apreciarse que la medida era realmente necesaria. En el artículo 21 de la Ley 1142 de 2007 bajo revisión, estos ‘*elementos materiales probatorios*’ y ‘*evidencia física*’ imponen una exigencia fáctica tan rigurosa como la exigida al juez de control de garantías al momento de decidir si ordena la captura de una persona” (idem).

290 La Sentencia decidió que “la expresión ‘*cuando (...) no se encuentre (...) un juez que pueda ordenarla*’, que se declara EXEQUIBLE en el entendido que el fiscal debe agotar diligentemente la búsqueda de todos los jueces legalmente competentes, incluido el juez de garantías ambulante” (idem).

ordenada por el fiscal estuviera basada en motivos razonablemente fundados, si la competencia para expedirla le permitiría suplantar al Juez de Control de Garantías?; ¿qué valor tendría el que la orden de captura expedida por el fiscal tuviera una vigencia precaria si al fin y al cabo con ella se habría sustituido al Juez?; ¿qué sentido tendría exaltar el hecho de que la nueva disposición exigía que el capturado fuera conducido inmediatamente ante el Juez de Control de Garantías, si en todo caso la orden de captura se habría expedido por fuera de los presupuestos excepcionales que la permitirían?

3.5 La ampliación de presupuestos para la procedencia de la detención preventiva

Como se mencionó al inicio de este capítulo, la exposición de motivos del proyecto de Ley que se analiza consignó que era necesario adoptar medidas tendientes a la prevención y represión ejemplar de las conductas que afectaban gravemente la convivencia ciudadana, de manera que pudiera imponerse a sus autores las medidas de aseguramiento privativas de la libertad en establecimiento carcelario, para que la comunidad no viera minada la confianza en la vigencia de las normas y en la promesa constitucional de protección efectiva de sus derechos. Los propósitos así enunciados terminaron concretando una reforma que cerraba las ya bastante precarias posibilidades de liberación que habría dejado el sistema implementado por la Ley 906 de 2004, dado que era necesario adecuar sus normas a las necesidades de seguridad comunitaria imperantes.²⁹¹

Bajo tal perspectiva, el fortalecimiento de la prisión provisional jugaba un papel fundamental,²⁹² pues, según lo expresaban los autores de la iniciativa legislativa, la libertad de los justiciables estaría permitiendo que se dudara de la eficacia del

291 El Fiscal General Mario Iguarán expuso ante las comisiones conjuntas de Senado y Cámara que no era fácil “darle la cara a las autoridades de policía cuando después de desgastarse y a la comunidad, después de desgastarse en operativos, en recursos físicos y humanos, nosotros fiscales y jueces tengamos entonces qué disponer la libertad de estas personas”, refiriéndose a los presuntos autores de hurtos. “Son ustedes los que tienen la idea y el contraste experimental, los que conocen las angustias, las aspiraciones, las necesidades, las vivencias sobre todo las inconformidades de la opinión pública”, exponía (acta 06, Gaceta del Congreso n.º 14 de 2006).

292 “[...] encarecemos que se acompañe la propuesta de rigurizar la prevención preventiva, de rigurizar la detención domiciliaria”, planteaba el Fiscal General de la Nación (ídem).

sistema que se había implementado.²⁹³ Por tal motivo, se consideró necesario ampliar las posibilidades de procedencia de la detención preventiva, y consagrar prohibiciones para beneficios y subrogados. Al respecto, el Viceministro de Justicia Guillermo Reyes González expresó:

[...]nosotros hemos querido en el proyecto inicialmente aumento de penas, para delitos que afectan gravemente la seguridad y la convivencia del ciudadano. Pero hemos llegado después de conversar con algunas autoridades [...] a una conclusión, que en cambio de aumentar penas en estos delitos como el hurto agravado, calificado, el secuestro, tráfico de armas, municiones, etc. La (sic) mejor solución que podríamos adoptar sería prohibir la excarcelación que expresamente la norma establezca para ese tipo de conductas eliminar esos subrogados y beneficios, entre ellos la excarcelación, de tal manera que cumplamos el propósito de lo que queremos sin aumentar las penas.²⁹⁴

Así, el pensamiento del Viceministro se hizo realidad, aunque de igual forma se aumentaron las penas.

Para conseguir el fortalecimiento de la detención preventiva al que nos hemos venido refiriendo, la Ley 1142 de 2007 implementó varias estrategias: i) incluyó una nueva causal para su procedencia, ii) amplió los presupuestos respecto de la definición de “peligro para la comunidad” y de “no comparecencia”, y iii) estableció la posibilidad de encarcelamiento por incumplimiento de las obligaciones impuestas en las medidas no privativas de la libertad.

En relación con lo primero, aunque el proyecto inicial no contemplaba modificaciones al artículo 313 de la Ley 906 de 2004, en el interior de una subcomisión creada para concertar la reforma con el Gobierno y la Fiscalía se planteó, a propósito de la revisión del artículo 310 de la mencionada ley, que al momento de evaluar el peligro para la comunidad debía tenerse en cuenta el hecho de que el imputado hubiese sido capturado más de una vez, en el lapso de un año.²⁹⁵ En aquella oportunidad, sin embargo, algunos

293 Al respecto puede verse la exposición de motivos publicada en la Gaceta del Congreso n.º 250 de 2006.

294 Intervención del Viceministro de Justicia ante las comisiones conjuntas de Senado y Cámara (Acta 06, Gaceta del Congreso n.º 14 de 2006).

295 Acta 10, Gaceta del Congreso n.º 165 de 2007.

congresistas propusieron que dicha iniciativa debía tenerse en cuenta mejor como una causal de procedencia de detención preventiva,²⁹⁶ posición que se adoptó en el seno de las comisiones de Senado y Cámara. De esta manera, se introdujo en el ordenamiento procesal colombiano una forma de afectar la libertad personal sin miramientos frente a los derechos del justiciable.

Si como lo habíamos afirmado en otro pasaje, la presunción de inocencia fue atropellada con la Ley 906 de 2004 por medio de disposiciones que construían indicios de no comparecencia y miraban la contumacia del pasado como la perpetuación del aseguramiento futuro, con antecedentes imborrables derivados ya no solo en función de sentencias ejecutoriadas sino también de procesos tramitados, ahora la Ley 1142 de 2007 iba mucho más lejos, al construir un signo de peligrosidad en quien fuera capturado en el año anterior, haciendo de la captura algo más grave que las sentencias condenatorias mismas.

Para confirmar la agresividad de la reforma, resulta preciso destacar que el artículo 357 del código procesal anterior al sistema acusatorio consagraba como causal para la detención preventiva el que el sindicado tuviere vigente una sentencia condenatoria ejecutoriada por delito doloso o preterintencional, que tuviera prevista pena de prisión, lo que de suyo implicaba una manifestación de peligrosismo penal, que hacía de la condena la excusa para dictar medida de aseguramiento en un nuevo proceso en el que, paradójicamente, debería tratarse al sindicado como inocente. Desde tal perspectiva el aseguramiento del procesado hundía sus raíces en un verdadero derecho penal de autor, pues la existencia de la condena era la que motivaba la restricción de la libertad en el nuevo proceso que se tramitaba. Con todo, debe destacarse que al establecerse dicha causal de procedencia de la detención preventiva, la Ley 600 de 2000 diferenciaba entre las formas de la conducta punible (solo procedía frente a sentencias proferidas por delitos), las modalidades de culpa (solo procedía por delitos dolosos y preterintencionales) y el tipo de pena (solo procedía para penas de prisión).

296 Así lo explicó el Representante David Luna Sánchez durante la sesión de las comisiones conjuntas: “En la subcomisión se generó consenso sobre un párrafo que se iba incluir en el artículo 310, posteriormente se tomó la determinación de incluirlo como numeral en el artículo 313 y que hace referencia simplemente a la posibilidad de que cuando una persona es capturada dos veces en el lapso de un año, cuente en cumplimiento de su condena en establecimiento carcelario” (Ídem).

A diferencia de lo anterior, la nueva causal de detención preventiva consagrada por la Ley 1142 de 2007 era mucho más lacerante para los derechos del justiciable que la contenida en la Ley 600 de 2000, pues ni siquiera reparaba en la diferencia que existe entre una condena vigente y una captura anterior, lo que de suyo ampliaba groseramente el peligrosismo penal, haciendo de la captura un acto indicativo de responsabilidad penal, sin que importara la inocencia del capturado.²⁹⁷ De otro lado, la nueva disposición ampliaba sus efectos hacia delitos y contravenciones e incluía todas las modalidades de culpa y todos los tipos de penas señaladas para las conductas punibles que se investigaran; toda captura anterior era signo de peligrosidad y por ello ameritaba idéntico tratamiento.

Bajo esta nueva causal de detención preventiva, una persona capturada por una contravención o por un delito cualquiera, al margen de si se formuló o no imputación con ocasión de aquella captura, tendrá asegurada la procedencia de la detención preventiva sin importar el nuevo delito por el que se le investigue. Ya no es la condena vigente sino la captura pasada la que ha marcado el futuro aseguramiento del imputado; su peligrosidad se amplió a términos insospechados. En términos de seguridad no basta con carecer de antecedentes penales; es fundamental también haber evitado capturas, por infundadas que ellas fueran. Así, una finalidad no propia (o por lo menos no declarada) de las medidas de aseguramiento, es hoy utilizada para regular el comportamiento de las personas y exigir de ellas la mayor disciplina imaginada. A la aberrante violación de la inocencia se suma también el desconocimiento de los principios de proporcionalidad y razonabilidad de las normas que afectan la libertad de los justiciables.

Si estaba claro que en la “guerra” el poder no tiene límites y que los derechos de los “enemigos” no cuentan cuando se trata de aniquilarlos por la vía de la ley, el gobierno de la seguridad democrática no descansaba en introducir las herramientas necesarias para ganar dicha “guerra”, y la Ley 1142 de 2007 era prueba de ello.

297 A menos que hubiese tenido la fortuna de haber sido objeto de preclusión o absolución antes de la tramitación del nuevo proceso, lo que difícilmente ocurrirá con un imputado en libertad,

En la discusión sobre la constitucionalidad de dicha disposición,²⁹⁸ el demandante consideró que la norma contenía una regla ambigua y general que vulneraba la presunción de inocencia del capturado, pues la existencia de una captura anterior permitía que se le tratara como responsable del hecho investigado. En su intervención ante la Corte Constitucional, el Instituto Colombiano de Derecho Procesal por su parte manifestó que dicha norma debía ser declarada inexecutable, porque consagraba una medida de privación de la libertad indiscriminada, general y automática, contraria a la presunción de inocencia del investigado, y porque desconocía que

[...] el sistema penal acusatorio parte del supuesto de que la restricción de la libertad preventiva es excepcionalísima y que solo procede en casos de necesidad comprobada, por lo que las reglas que operan como presunciones de pleno derecho o como premisas que invierten la excepcionalidad, deben ser retiradas del ordenamiento jurídico.²⁹⁹

Pese a lo anterior, la Corte consideró que la norma no resultaba contraria a la Constitución, toda vez que era lógico suponer que cuando se habían producido dos capturas en el mismo año contra la misma persona, esto podría ser un indicador de la necesidad de la medida privativa de la libertad para quien había demostrado tener cierto desprecio por la administración de justicia. En tal sentido, expresaba la Corte, el juez de control de garantías debería evaluar una situación objetiva y verificable

[...] que consiste en la “repetición” de conductas reprochables penalmente en un término bastante reducido, la cual puede ser valorada por el juez como un elemento relevante de la necesidad, adecuación y proporcionalidad de la medida de aseguramiento consistente en la detención preventiva.³⁰⁰

Como puede verse, la guardiana de los derechos fundamentales no solo no consideraba violatorio de la presunción de inocencia lo consagrado por la disposición que examinaba, sino que tampoco reparaba en sus propios argumentos, más lacerantes incluso que la propia ley.

298 Sentencia C-425 de 2008, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

299 Corte Constitucional, sentencia C-425 de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra..

300 Ídem.

Aunque es sabido que la Corte Constitucional ha defendido las restricciones de la libertad de espaldas al trato de inocente,³⁰¹ resultaba oprobioso, por decir lo menos, el discurso que ahora se introducía en el constitucionalismo colombiano, según el cual una persona puede considerarse peligrosa y con una personalidad que desprecia a la administración de justicia por el solo hecho de haber sido objeto de una captura y verse de nuevo obligado a enfrentar una actuación penal. Semejante argumento, que no tiene obstáculo para destacar que la captura producida dentro del año anterior constituye una repetición “de conductas reprochables penalmente en un término bastante reducido”,³⁰² en definitiva desconoce el status de inocente que la misma constitución garantiza.

Bajo la óptica de tales planteamientos, habría que replicarle al máximo tribunal de lo constitucional que una conducta solo puede ser “reprochada penalmente” por parte de un juez, previo agotamiento de un *debido proceso* y tras el proferimiento de una *sentencia* que, debidamente *ejecutoriada*, arrebate la presunción de inocencia que hasta ese momento ha acompañado al procesado. Ni la sola aprehensión del presunto delincuente, incluso en situación de flagrancia, ni la imputación de uno o de varios delitos, ni la acusación, por fundada que sea, ni tampoco la sentencia no ejecutoriada, podrán despojar al procesado de su derecho a la presunción de inocencia, instituido justamente para la defensa de la libertad y la indemnidad del inocente. Por tanto, el Juez que dicta la sentencia, y no el policía que realiza la captura, es el encargado de determinar cuándo se ha incurrido en una “conducta penalmente reprochable”, pues es de aquel de quien se espera la protección de los derechos del inculcado y la aplicación del “principio de verdad”, que se funda “en la necesidad de preservar de la opresión de la mayoría no desviada precisamente a aquel al que se supone desviado, de tal manera que un juez pueda absolverlo incluso contra la voluntad de todos”.³⁰³

Solo el más infame discurso eficientista podría justificar la declaratoria de responsabilidad penal sin el agotamiento de un debido proceso; solo una enfermiza necesidad de ajusticiar a todo aquel que se considere peligroso para una sociedad

301 Londoño Berrío, 2003: 195-198.

302 Corte Constitucional, sentencia C-425 de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

303 Ferrajoli, 1995: 545.

podrá poner al policía por encima del juez; solo bajo el desconocimiento de los fundamentos de la presunción de inocencia y de todo el proceso penal, se podrá entender que una captura tiene los mismos efectos que una sentencia ejecutoriada y que las personas capturadas son, por ello, dignas de concebirse peligrosas por haber cometido “conductas penalmente reprochables”.

Si para la Corte Constitucional existe un desprecio por la administración de justicia cuando un imputado ha debido soportar dos capturas en el mismo año, conviene preguntarse: ¿dónde queda la presunción de inocencia si la captura del justiciable tiene el mismo valor de la sentencia condenatoria ejecutoriada?; ¿acaso las conductas penalmente reprochables no deben pasar por una declaración de certeza por parte de un juez y agotar su ejecutoria material?; ¿no hace parte ya del ordenamiento constitucional colombiano el principio de estricta jurisdiccionalidad?

Bajo el oscuro panorama que así se cierne, hoy, como nunca, vale la pena destacar las palabras de Ferrajoli:

[...] la presunción de inocencia no es solo una garantía de libertad y de verdad, sino también una garantía de seguridad o si se quiere de defensa social: de esa seguridad específica ofrecida por el estado de derecho y que se expresa en la confianza de los ciudadanos en la justicia; y de esa específica defensa que se ofrece a estos frente al arbitrio punitivo. Por eso, el miedo que la justicia inspira a los ciudadanos es el signo inconfundible de la pérdida de legitimidad política de la jurisdicción y a la vez de su involución irracional y autoritaria.³⁰⁴

Otra de las estrategias para ampliar el margen de la detención preventiva lo constituyó la reforma a los artículo 310 y 312 de la Ley 906 de 2004,³⁰⁵ a través de la cual se incluyeron en la definición de “peligro para la comunidad” y “no comparecencia” del imputado comportamientos que permitieron ampliar la cobertura de su aplicación y obtener con ello un mayor número de personas privadas de su libertad.

304 Ibid. 549.

305 Los artículos 310 y 312 de la Ley 906 de 2004 fueron modificados por los artículos 24 y 25 de la ley 1142 de 2007, respectivamente. Mediante sentencia C-1198 de 2008, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 24 en el entendido de que para determinar el peligro que el imputado representa para la comunidad, además de la gravedad y modalidad de la conducta punible, el juez debe valorar si se cumplen los fines constitucionales de la detención preventiva señalados en los artículo 308 y 310.

Para entender que la libertad de un imputado le representaba un peligro a la comunidad, ahora la Ley 1142 de 2007 consideraba que era “suficiente” la gravedad y modalidad de la conducta punible; aunque, de acuerdo con el caso, el juez podría valorar adicionalmente alguna de las circunstancias que ya estaban descritas en la disposición reformada. La modificación así introducida por el artículo 24 de la nueva ley consistía en evitar que el fiscal tuviera que ocuparse de demostrar que, además de la gravedad y modalidades de la conducta, concurría una de las circunstancias descritas en la norma. El esfuerzo argumentativo y probatorio sería sin duda menor si para la adopción de una medida de aseguramiento fuera suficiente con lo primero, reduciendo la valoración de las demás circunstancias a una mera potestad de quien pedía la detención, de acuerdo con el caso de que se tratara.

Según lo consignaba la exposición de motivos, en relación con la protección de la comunidad y de las víctimas como uno de los fines para la procedencia de la detención preventiva, la práctica había demostrado que la gravedad y la modalidad de los hechos había pasado a un segundo plano,

frente a la exigencia de que la fiscalía necesariamente debe llevar a la respectiva audiencia elementos materiales probatorios o información que indique la pertenencia del imputado a una organización criminal o la continuación de la actividad delictiva o la pluralidad de delitos imputados o la existencia de investigaciones pendientes o sentencias condenatorias vigentes. Estas últimas circunstancias no siempre se presentan en un caso, a pesar de que, en virtud de la dinámica de los hechos, pueden resultar alarmantes la gravedad y modalidad de la única conducta punible.³⁰⁶

Aunque el proyecto presentado por el gobierno traía un párrafo en el que se incluían un amplio listado de delitos de los que se presumiría que su autor pondría en peligro a la comunidad y frente a los que, sin excepción, procedería la detención preventiva en establecimiento carcelario,³⁰⁷ dicho párrafo fue eliminado en el informe de ponencia para primer debate, tras considerarse que no se ajustaba a los presupuestos del sistema acusatorio y que afectaba la presunción de inocencia.³⁰⁸

306 Gaceta del Congreso n.º 250 de 2006.

307 Ídem.

308 La ponencia para primer debate conjunto entre las comisiones primeras de Senado y Cámara fue publicada en la Gaceta del Congreso n.º 418 de 2006.

Bajo esta nueva panorámica, el reforzamiento de la detención preventiva, a partir de la calificación de peligrosidad del imputado realizada por el juicio que se hiciera sobre la gravedad o la modalidad de la conducta, abriría aun más las posibilidades para que la manipulación mediática, hecha para crear sentimientos colectivos o estados de opinión suficientes para exigir tratamientos severos de la justicia, determinara la procedencia de la detención preventiva.³⁰⁹ Cuando la sola repugnancia frente al delito resulta suficiente para legitimar la medida privativa de la libertad, como se dijo en el capítulo anterior, poco importa si la persona es inocente.

De la mano de lo anterior, el artículo 25 de la Ley 1142 de 2007 estuvo fundamentado en la iniciativa del gobierno que planteaba que en el juicio de “no comparecencia del imputado” se tuviera en consideración no solo la gravedad y modalidad de la conducta punible, sino también la pena imponible,

[...] pues si de antemano el imputado o acusado sabe que probablemente no tendrá derecho a la suspensión condicional de la ejecución de la pena (artículo 63 del Código Penal, bien por el factor objetivo ora por el subjetivo), sin duda *puede sentirse tentado a no comparecer*, salvo que su comportamiento procesal anterior o concomitante indique lo contrario y ofrezca tranquilidad a la fiscalía y a la judicatura sobre la presencia del imputado en el curso del proceso.³¹⁰

Bajo tales presupuestos, tanto la presunción de no comparecencia de un imputado como su peligrosidad social estarían marcadas, especialmente, por la valoración sobre la gravedad y modalidad de la conducta y de la pena imponible. El éxito de la reforma, consistente en cambiar la expresión “además” por la de “en especial”, radicaría en restarle importancia a las circunstancias descritas en los numerales 1,2 y 3 del artículo 312 de la Ley 906 de 2004 y poner la mayor atención en la calificación que sobre la gravedad de la conducta y la pena imponible hicieran fiscales y jueces. Era notorio el afán del legislador por definir el aseguramiento del imputado a partir de la valoración sobre la gravedad de su conducta, factor del que se descontaba no solo “su peligrosidad” sino también su “no comparecencia”. En

309 Mencionado antes, en el subtítulo 2.3.3.

310 Gaceta del Congreso n.º 250 de 2006. [Se agregaron las cursivas].

tal sentido ninguna puerta quedaría abierta para la libertad; la gravedad hablaba por sí sola de la necesidad del encarcelamiento.

En demanda de inconstitucionalidad presentada contra los artículos 24 y 25 de la Ley 1142 de 2007,³¹¹ que aquí se comentan, el actor consideró que existía una “patente inversión” del sentido lógico y axiológico por parte de las disposiciones demandadas, las cuales se fundaban en criterios de prevención general y retribución, propios de la pena. Así mismo planteó que si la presunción de inocencia se vincula directamente con el derecho penal de acto, el cual apunta a que la persona es responsable por sus comportamientos cuando es “vencido en juicio oral”, la existencia o no de la conducta y su modalidad y gravedad,

[...] son asuntos que no pueden predicarse en abstracto por parte de una norma procesal penal de naturaleza provisional, desconociendo que la persona en este momento incipiente de la investigación se presume inocente y que tal modalidad y gravedad únicamente será establecida definitivamente cuando se dicte sentencia condenatoria, en cuyo caso, serán cuestiones a tener en cuenta como parte de las funciones de la pena.³¹²

Al respecto, la Corte Constitucional consideró que el artículo 24 de la Ley 1142 de 2007, al establecer como suficientes la gravedad y la modalidad de la conducta para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad, desconoce los criterios de necesidad y proporcionalidad de la medida de aseguramiento, y violenta los principios de libertad y de legalidad, pues olvida que no es suficiente ese criterio para determinar la procedencia o no del decreto de la misma, sino que es “imperativo que se consulte su necesidad, la cual no puede estar determinada en esos dos criterios objetivos, máxime cuando en Colombia no existe una política criminal clara que determine cuáles son realmente las conductas graves”.³¹³

311 Corte Constitucional, Expediente D-7287, actor Jairo Ardila Espinosa, sentencia C-1198 de 2008, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

312 Ídem.

313 Pese a su inconstitucionalidad, dicha Corporación consideró que “de ser suprimidas, por efectos de la declaratoria de inexecutable, las expresiones ‘suficiente, sin embargo y podrá’, del artículo 24 de la Ley 1142 de 2007, se presentaría una ambigüedad en su lectura e interpretación. Por ende, serán declaradas exequibles, en procura de la protección del derecho a la libertad y los principios que delimitan los eventos para su restricción, bajo el entendido que para el funcionario judicial, al momento de determinar el peligro que el imputado representa para la comunidad, no es suficiente la gravedad y la modalidad de la conducta punible, sino que siempre deberá valorar, bajo las finalidades que la Constitución le ha

En sentir de dicha Corporación, igual contrariedad con la Constitución y con los principios antes mencionados presenta la expresión “en especial”, contenida en el artículo 25 de la Ley 1142 de 2007, “según la cual la modalidad y la gravedad de la conducta y de la pena a imponer serán los factores a los cuales el funcionario judicial le dará preponderancia para determinar la eventual no comparecencia del imputado al proceso”.³¹⁴

Por último, el fortalecimiento de la detención preventiva se hizo manifiesto también en la modificación que el artículo 27 de la Ley 1142 de 2007 introdujo a las exigencias para la detención domiciliaria, que además de incluir nuevos elementos al numeral primero del artículo 314 de la Ley 906 de 2004, consagró un listado de delitos frente a los que se prohíbe la sustitución de la medida de aseguramiento.

Para los autores de la reforma, la norma contenida en el numeral 1.º del artículo 314 era bastante discrecional para el juez de garantías, por lo que se propugnaba por la creación de algunos parámetros para su aplicación, que comprometiera tanto a los fiscales como a los jueces.³¹⁵ Al efecto, el Fiscal General de la Nación planteó la modificación del numeral primero del artículo 314, que quedaría así:

Artículo 314. *Sustitución de la detención preventiva.* La detención preventiva en establecimiento carcelario podrá sustituirse por la del lugar de la residencia en los siguientes eventos:

1. Cuando para el cumplimiento de los fines previstos para la medida de aseguramiento sea suficiente la reclusión en el lugar de residencia, aspecto que será *fundamentado por el fiscal y decidido por el juez en la respectiva audiencia de imposición, en atención a la vida personal, laboral, familiar o social del imputado.*

*En ningún caso podrá sustituirse la detención carcelaria por domiciliaria, cuando la imputación se refiera a los delitos enumerados en el párrafo del artículo 310.*³¹⁶

otorgado a esa clase de medidas preventivas, además de los requisitos contenidos en el artículo 308 de la Ley 906 de 2004, las demás circunstancias contenidas en los numerales 1.º a 4.º del artículo 310 *ibidem*” (ídem).

314 Por lo expuesto, la Corte Constitucional declaró inexecutable la expresión “en especial” contenida en el artículo 25 de la Ley 1142 de 2007, que modificó el artículo 312 de la Ley 906 de 2004 (ídem).

315 Ídem.

316 Ídem.

Según la propuesta del Gobierno y de la Fiscalía, la sustitución de la detención preventiva solo podría realizarse tras la demostración de que la vida personal, laboral, social y familiar del imputado así la recomendaban, previa fundamentación que realizaría el respectivo fiscal encargado de solicitarla. No se conocen los argumentos que sirvieron a la fiscalía para exigir que la detención domiciliaria estuviera sujeta al análisis de la vida personal, familiar, laboral y social del imputado, pues nada de ello se expresó en la exposición de motivos, y al respecto no quedó consignada ninguna intervención de los autores de dicha iniciativa. Lo que sí queda claro, en cambio, es que el peligrosismo continuó gobernando la actividad legislativa, imponiéndose, tras el reforzamiento de la prisión provisional, el escrutinio de la vida personal de un imputado para que solo saliendo airoso del mismo, tras demostrar que su conducta pasada es irreprochable, entonces sí puede obtener la detención domiciliaria. No interesa para el efecto saber si durante la actuación penal el justiciable se presume inocente; importa, por el contrario, tener la certeza de que solo los intachables pueden estar fuera de las cárceles, aunque un derecho penal de acto pregone que a las personas se les judicializa y sanciona por las conductas cometidas y no por la vida que han llevado.

Respecto de la consagración de delitos en los que dicha medida no operaría, el listado pasó a hacer parte de un párrafo del artículo 314. Sobre la justificación para prohibir la detención domiciliaria en los delitos incluidos en dicho párrafo, el Fiscal Mario Iguarán Arana planteaba que no tenía presentación ante la opinión pública que tales delitos gozaran de la detención domiciliaria,³¹⁷ y que el incumplimiento de las detenciones domiciliarias por quienes eran investigados por tales delitos había creado la sensación de falta de eficacia de la administración de justicia, de impunidad y de inseguridad ciudadana, como quiera que los delincuentes no estaban a buen recaudo.³¹⁸

Por recomendación del Senador Jesús Ignacio García Valencia, quien propuso la modificación a la redacción de la norma para que se ajustara a los propósitos

317 Acta No 10 de marzo 14 de 2007, comisión primera del Senado, publicada en Gaceta del Congreso n.º 165, de mayo 8 de 2007.

318 Exposición de motivos, en la Gaceta del Congreso N.º 250 de 2006.

que perseguía el Fiscal General,³¹⁹ se acogió la proposición N° 76, con la que se introdujo el que hoy es el párrafo que aquí se comenta, a cuyo listado le fueron incluidos los delitos de competencia de la justicia especializada, por parte de la comisión de conciliación.³²⁰

En defensa que ante la Corte Constitucional hizo la Fiscalía del mencionado artículo, reafirmó que como el incumplimiento de las obligaciones por parte de quienes gozaban de la detención domiciliaria había suscitado un clima de inseguridad ciudadana y de falta de eficacia en la administración de justicia, la decisión de prohibir la sustitución de la detención carcelaria por la detención domiciliaria en ciertos casos, resultaba eficaz para dar tranquilidad y seguridad a la sociedad, sin que se incorporara por ello una concepción *peligrosista* del derecho penal, pues se partía de “una imagen más compleja del suceso delictivo”, de acuerdo con el rol activo y dinámico que se le atribuía a los protagonistas del mismo: delincuente, víctima y comunidad.³²¹

Según lo consideró la Corte Constitucional, la valoración de la vida personal, laboral, familiar o social del imputado que introducía dicha norma, simplemente constituía “datos empíricos” que sentaban “una regla general de apreciación” que debía efectuar el Juez de Control de Garantías en todos los eventos en que tomaba una determinación sobre la *sustitución* de la detención preventiva, sin que la modificación a la amplia discrecionalidad que le había otorgado al juez en el artículo 314 del Código de Procedimiento Penal (numeral primero) para valorar la conveniencia de sustituir la medida de aseguramiento de detención preventiva pudiera considerarse un menoscabo a los principios de afirmación de la libertad, excepcionalidad de las medidas de aseguramiento y prohibición de medidas

319 Al respecto el Senador expresó: “Señor Fiscal, requiero su atención para decirle lo siguiente, si lo que ustedes pretenden con el párrafo es obtener la finalidad que usted ha expuesto, que para determinados delitos no haya sustitución de la detención preventiva, yo con mucho respeto quiero decirles que la redacción que está consignada allí puede llevarnos a equívocos, porque allí dice: procederá siempre la detención preventiva y en el establecimiento carcelario.

Yo le sugeriría que cambiáramos la redacción y que más bien diga, no procederá la sustitución de la detención preventiva en los siguientes delitos, eso sí recoge lo que usted acaba de exponer ante las Comisiones” (Acta N.º 10 de marzo 14 de 2007, comisión primera del Senado, publicada en Gaceta del Congreso n.º 165, de mayo 8 de 2007).

320 El informe de la comisión de conciliación fue publicado en la Gaceta del Congreso N.º 287 de 2007.

321 Sentencia C-318 de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

de aseguramiento indiscriminadas, pues estos conservaban plena eficacia en el momento de la definición sobre la procedencia de la medida de aseguramiento, en los términos que lo prevé el artículo 313 del Código de Procedimiento Penal.³²² En otras palabras, el hecho de que el juez hubiera valorado previamente los requisitos para la procedencia de la detención preventiva permitía prohibir la sustitución, sin que la exigencia de valorar las condiciones personales del imputado tuviera ninguna implicación sobre los principios de afirmación de libertad, excepcionalidad de las medidas de aseguramiento y prohibición de medidas de aseguramiento indiscriminadas. Al respecto la Corte afirmó:

El juicio de *suficiencia* acerca de la sustitución de la medida de aseguramiento, previsto en el numeral primero del artículo 314, siempre estará precedido del juicio de *necesidad* de la medida de detención contemplado en el artículo 308 del C. de P. P., mediante el cual el Juez, en todos los eventos, aun en los que contempla el parágrafo del artículo 27 de la Ley 1142 de 2007, efectuará no solamente la valoración probatoria que le impone aquel precepto (308 C.P.P.) sobre la existencia de elementos probatorios de los que razonablemente se infiera la participación del imputado en el hecho investigado, sino el juicio de necesidad que le imponen los numerales 2, 3, y 4 de esta misma disposición, para la adopción de la medida.³²³

Pese a lo anterior, la Corte consideró que una situación distinta se presentaba en relación con el impacto de la prohibición de la sustitución sobre las hipótesis consagradas en los numerales 2.º, 3.º, 4.º y 5.º del artículo 314 del C.P.P., preceptos que, según lo afirmó, se fundan en circunstancias personales de los imputados o de terceros,

[...] que los colocan en una especial situación de vulnerabilidad, de la cual se derivan particulares imperativos de protección [...] la incorporación de consideraciones como las previstas en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 314 C.P.P., en un sistema de regulación de los requisitos y condiciones bajo los cuales es posible la restricción preventiva de la libertad a consecuencia de una imputación penal, responde a imperativos históricos y constitucionales, como el camino hacia la humanización

322 Ídem.

323 Ídem

del sistema penal, la fuerza normativa de los principios de dignidad, libertad e igualdad, y a las exigencias de proporcionalidad y razonabilidad que se derivan del último de los postulados mencionados.³²⁴

En virtud de lo anterior, dicha Corporación expresó que el legislador no podía consagrar una

[...] exclusión generalizada y absoluta de la posibilidad de sustitución de la medida de detención en establecimiento carcelario por la domiciliaria, para un amplio catálogo de delitos, y en relación con éstos [sic] sujetos merecedores de especial protección, bajo el único criterio de la gravedad abstracta del delito y de su potencialidad de afectación de la seguridad ciudadana.³²⁵

Y advirtió que hacerlo “conlleva a situaciones de inequidad injustificables” y vulnera “los postulados de proporcionalidad, razonabilidad e igualdad”.³²⁶

Según el argumento anterior, el asunto de la prohibición de la sustitución de la detención preventiva que introdujo la Ley 1142 de 2007 solo desprotege a las personas que se encuentran en las situaciones descritas en los numerales 2, 3, 4, y 5 del artículo 314 del C.P.P., y no al común de los justiciables, cuya única desgracia es soportar una imputación por uno de los delitos enlistados artificialmente por un legislador que quiere hacer de la detención preventiva un instrumento de prevención general y especial.

Como puede verse, de nuevo la Corte decide de espaldas a la presunción de inocencia y le otorga licencia al legislador para que disponga de la libertad personal con criterios selectivos tan caprichosos como útiles para el sistema en que se diseñan, avalando un derecho penal peligrosista, que considera digna de “reproche anticipado” y de “tratamiento diferencial” a la persona a quien se le atribuya cualquiera de las conductas previstas en el parágrafo del artículo 314 del C.P.P., sin que sea necesario reparar en su derecho a ser tratado como inocente.

324 Ídem.

325 Ídem.

326 Ídem.

3.6. La prohibición de beneficios y subrogados por sentencias anteriores

Para el Gobierno y la Fiscalía era preciso cerrar con broche de oro la construcción que el proyecto de ley había realizado alrededor de los antecedentes penales del justiciable. Ellos no solo debían ser indicativos de la peligrosidad del imputado sino que además debían constituir motivos suficientes para evitar su futura liberación, razón por la cual se planteó la necesidad de prohibir beneficios y subrogados a quienes ya habían sido condenados en el pasado próximo. “La exclusión de beneficios y subrogados —consignaba el proyecto de ley— es la vía más eficaz para lograr que las penas privativas de libertad señaladas por los jueces sean cumplidas en su totalidad”.³²⁷

Según lo planteaba el viceministro de Justicia Guillermo Reyes González ante las comisiones conjuntas de Senado y Cámara, el Ministerio recibía cada semana en los consejos comunales solicitudes para enfrentar “el grave flagelo de este tipo de conductas”, que fruto de la pena que establece el código, la excarcelación y otros beneficios y subrogados penales, permitían que los delincuentes fueran puestos en libertad a las pocas horas de cometer sus ilícitos, “con gravísimas consecuencias de la repetición de la conducta y de la imposibilidad de aplicar sanciones drásticas contra estos elementos”.³²⁸ Por ello se planteaba la eliminación de beneficios y subrogados cuando se tratara de esas conductas punibles que implicaran reincidencia, pues, según lo planteaba dicho funcionario, algunos casos estaban demostrando que la reincidencia de la conducta era consecuencia de la falta de medidas drásticas, lo que impediría que estos sujetos que atentan a diario contra la seguridad y la convivencia ciudadana pagaran las penas correspondientes.³²⁹

El congresista Óscar Darío Pérez, por su parte, planteaba:

[...] defendamos a esas personas indefensas que en estos mismos momentos están siendo agredidas a través de toda suerte de delitos desde el hurto de un automotor con violencia, con arma de juego [sic] [...] esos delincuentes no pueden por esa

327 Exposición de motivos, en la Gaceta del Congreso N.º 250 de 2006.

328 Acta No 06 de noviembre 23 de 2006, publicada en la Gaceta del Congreso N.º 14 de 2006.

329 Ídem.

laxitud de nuestras normas estarse burlando de las autoridades y realmente ya ni la captura les preocupa [...]. Ya hay comandantes que dicen para qué se captura un jalador de vehículos, para qué, si a los ocho días lo vemos nuevamente en las calles burlándose de nosotros.³³⁰

Allanado el camino, tras un ambiente en el que era preciso encarcelar a todo aquel que pudiera representar un peligro para la comunidad,³³¹ la prohibición de beneficios y subrogados para los reincidentes, de suyo satanizados por quienes insistían en hacerlos responsables de todas las tragedias humanas, representaba la punta del iceberg en la política de garantizar que todo delincuente debía estar privado de su libertad. Ya no era importante explorar los argumentos que motivaron históricamente la consagración de los subrogados penales, tendientes a minimizar los efectos de la reclusión; tampoco las fundamentaciones del sistema de justicia negocial que harían más eficaz el sistema acusatorio;³³² ahora la necesidad de perseguir la criminalidad aconsejaría un drástico tratamiento para los reincidentes, evitando no solo su excarcelación sino también las rebajas de pena u otro tipo de beneficios que implicaran riesgos y que alimentaran en la opinión pública la idea de desprotección e impunidad.

La prohibición contenida en el artículo 32 de la Ley 1142 de 2007 construía una fórmula que perpetuaba el rótulo de criminal y servía para que la cárcel fuera

330 Ídem. Las expresiones así contenidas nos recuerdan las palabras de Zaffaroni, para quien “los políticos van a hacer propaganda, demagogia retributiva, demagogia vindicativa. No van a resolver nada. Pero nos van a vender la imagen de que están resolviendo todo, especialmente de que están brindando seguridad. Y ¿cómo hacen eso? a través de leyes penales” (2003).

331 Según lo expresaba el Representante Germán Navas Talero, “la libertad debe ser la regla general, pero aquí hay dos bienes en conflicto, la sociedad que está en manos de la delincuencia y los derechos del delincuente [...] el ciudadano está absolutamente desprotegido por ciertas puertas muy abiertas que quedaron en el Código Procesal, [...] tenemos que buscar una fórmula que no afecte los derechos individuales, pero que también proteja a la colectividad, insisto no soy carcelero, pero a mí, normalmente quienes votaron por mí eran gente de bien, yo no fui como otros parlamentarios a buscar votos a las cárceles” (Acta N.º 10, de marzo 14 de 2007, comisión primera del Senado, publicada en Gaceta del Congreso N.º 165, de mayo 8 de 2007).

332 De hecho el único reparo que el Defensor del Pueblo hizo a la mencionada propuesta fue el siguiente: “si estos delitos que son de competencia de la justicia especializada se le eliminan los beneficios y los subrogados penales, pues prácticamente todos estos delitos van a llegar a la etapa del juicio, y otro de los principios que inspira el sistema acusatorio es justo y precisamente de evitar que la comisión de estos delitos, y las responsabilidades que se puedan deducir se evite que tener que llegar a la etapa del juicio y obviamente la Fiscalía como ente acusador tendría que hacer un esfuerzo muy grande porque las personas incursoas en esta clase de delitos no van aceptar ningún tipo de imputación, y antes por el contrario, van a preferir llegar a la controversia probatoria que se adelante en la etapa del juicio [sic]” (Acta 06, Gaceta del Congreso N.º 14 de 2006).

vista como estrategia de salvación frente al peligro que representaría la libertad de quienes han reincidido en conductas delictivas, haciendo que la atención sobre la criminalidad estuviera puesta en los presuntos infractores de la ley penal y no en las condiciones de abandono y desigualdad que pudieran alimentar la reincidencia. Una lógica como la implementada tras dicha prohibición, partiría de aceptar que las condenas pasadas aseguran la desviación futura y por lo tanto la cárcel no será más que un momento más de ese círculo vicioso que enmarca una tal política criminal basada en la exigencia de comportamientos intachables, en una sociedad atravesada por el conflicto social y el abandono estatal. De nuevo el derecho a la seguridad sería la bandera para desconocer la seguridad de los derechos de quienes, carentes de oportunidades, ya no solo deben soportar el estigma sino también la perpetuación de su condición. Nos encontramos así, como lo planteara Zaffaroni, ante un estado de Derecho amenazado, amenazado por el Estado de policía.³³³

Como era de esperarse, la prohibición así consagrada por el legislador nuevamente encontró respaldo en la Corte Constitucional, curtida ya de otorgar licencia al legislador para que restrinja a su amaño la libertad, bajo la famosa cláusula de “libertad de configuración normativa”. Para la guardiana suprema de las libertades,

“[...] uno de los criterios que el legislador ha utilizado para suponer que la pena debe mantenerse, o que no es adecuado ni justo otorgar beneficios al condenado, es el de la reincidencia, entendida esta como la reiteración del delito, esto es, como el reproche a quien cometió una nueva conducta ilícita después de haber estado sometido a una pena anterior. Esta figura ha sido utilizada por la ley como criterio de agravación de la punibilidad, pero también como criterio de exclusión de subrogados penales o de beneficios al sentenciado como instrumento de endurecimiento de los privilegios que le da la ley a quién [sic] no dio muestras de resocialización con la imposición de una pena anterior —como es el caso de la norma objeto de estudio.³³⁴

Contra criterios de humanidad que imponen un tratamiento penal que consulte a la persona del condenado y no a su instrumentalización para fines disuasivos,

333 “Y todo Estado de Derecho real histórico es un Estado de Derecho más o menos imperfecto. El Estado de Derecho no es más que un Estado de Policía contenido, encerrado, encapsulado en el interior de esa coraza del Estado de Derecho. Si el Estado de Derecho se debilita, el Estado de Policía sale. Cuanto mejor contiene el Estado de Derecho al Estado de Policía más cerca va estar de ser un Estado de Derecho ideal. Cuanto menos contiene, más lejos va estar del Estado de Derecho ideal” (Zaffaroni, 2003: 3).

334 Corte Constitucional, sentencia C-425 de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

e incluso apoyada esta en el peligrosismo propio de la pretendida fórmula de reinserción social, la Corte considera que el legislador está facultado para señalar que la existencia de antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, o su personalidad, o la gravedad de la conducta punible, o su buena conducta, permiten deducir si la pena aún es necesaria y debe por lo tanto mantenerse la rigidez de la medida restrictiva de la libertad; en tal sentido, prohibir beneficios y subrogados a quien hubiese sido condenado dentro de los cinco años anteriores “desarrolla el principio de la libre configuración normativa del legislador y se ajusta a la Constitución porque contiene una medida razonable y adecuada constitucionalmente”.³³⁵ No importa, claro está, que dicha norma limite beneficios y condiciones por circunstancias ajenas al acto que se imputa, como lo planteó el Instituto de Derecho Procesal en su intervención ante la Corte.

335 Ídem.

4. LA LEY DE SEGURIDAD CIUDADANA: EL CONTROL DE LA DELINCUENCIA EN LAS COMUNAS O EL AUTORITARISMO DESESPERADO³³⁶



A los pocos días de la posesión del presidente Juan Manuel Santos,³³⁷ la alarmante situación de violencia en las comunas de las grandes ciudades de Colombia

336 “Desde comienzos de la década de los años noventa, la ‘guerra contra el crimen’ ha estado notablemente influenciada por el modelo de “tolerancia cero”. Ante la difusión acelerada de un profundo y cotidiano sentimiento de inseguridad física entre la población urbana, ese modelo propone la reorientación de las políticas de seguridad ciudadana hacia todo comportamiento desviado que atente contra la convivencia colectiva. Según ese modelo de seguridad ciudadana, los crímenes más graves son la consecuencia de tolerar la existencia de ambientes públicos desordenados, comportamientos antisociales cotidianos e infracciones menores. Por tanto, con el propósito de prevenir la ocurrencia de graves delitos, la policía debe reprimir severamente cualquier conducta desviada y exhibir públicamente su actuación para que sea reconocida por la ciudadanía, mediante el encarcelamiento masivo. Así, por ejemplo, durante 1997 y 1998, en Nueva York, la “Unidad de Lucha contra los Delitos Callejeros” detuvo a 45 mil personas en la calle. Posteriormente, los tribunales consideraron que 37 mil de esos arrestos habían sido improcedentes y declararon inválidos los cargos imputados en contra de otras cuatro mil de esas personas. De tal forma, resultó ser fundado y legal apenas uno de cada diez de los arrestos practicados por la brigada de choque encargada de librar la ‘guerra contra el crimen’ en las calles de Nueva York” (Molano, 2006:12).

En Colombia, el establecimiento del modelo de seguridad ciudadana estuvo también inspirado en la “tolerancia cero” y en la emulación del sistema norte americano, para lo cual, como lo recordó el Senador Andrade durante la plenaria de esa Corporación, era además necesario el incremento de la policía. Al respecto mencionó: “Acá estuvo el ex Alcalde de Nueva York, señalando todos los mecanismos y todas las modalidades que hubo para mejorar la seguridad ciudadana y la percepción en Nueva York. Pero por ejemplo, no tengo aquí la cifra exacta, pero fue con una inversión millonaria en aumento de policías, de fuerza policial que se mejoró la seguridad en Nueva York, aunado a otra clase de estrategias”. (Acta 28 de la sesión plenaria del Senado, publicada en la Gaceta 070 de 2011)

337 El Presidente Juan Manuel Santos se proclamó continuador de la política de seguridad democrática implementada por el saliente Presidente Álvaro Uribe Vélez. En su discurso de posesión el 7 de agosto de 2010 expresó: “Pondremos en marcha una estrategia integral de seguridad ciudadana para que los centros urbanos sean espacios sociales, de convivencia, donde los niños, las mujeres, los ancianos, puedan jugar, caminar y vivir tranquilos, isin temor ni zozobra! [...] En medio de la voluntad y el tesón de más de 45 millones de buenos colombianos, subsiste, sin embargo, una infima minoría que persiste, con el terrorismo y el narcotráfico, en obstruir nuestro camino hacia la prosperidad.[...] Con la consolidación de la seguridad democrática hemos avanzado en esta dirección como nunca antes, pero falta camino por recorrer. Llegar a este final seguirá siendo prioridad, y desde ya le pido a la nueva cúpula de nuestras Fuerzas Armadas que continúe dando resultados y produciendo avances contundentes. [...] trabajaré con las Fuerzas Armadas, y por las Fuerzas Armadas, para acabar de consolidar la seguridad y la tranquilidad en todo el territorio nacional”. (El discurso de posesión está disponible en <http://www.elespectador.com/articulo-217898-el-discurso-completo-del-presidente-santos>).

generó un angustioso llamado del Alcalde de Medellín, Alonso Salazar, para que interviniera en el asunto.³³⁸ Según lo planteaba dicho mandatario local ante los medios de comunicación, el sistema acusatorio colombiano estaba impidiendo que se ejerciera una lucha efectiva contra la criminalidad urbana, dadas las garantías que consignaba para los delincuentes.³³⁹ En su sentir, eran demasiados los obstáculos para llegar a una judicialización, por lo que se requerían reformas urgentes de los códigos Penal y de Procedimiento Penal, pues si “el capítulo dos de la seguridad democrática es el de la justicia”,³⁴⁰ entonces era necesario corregir el intento que hizo Colombia de entrar a un sistema penal moderno sin que tuviera las condiciones para ello.³⁴¹

338 Al respecto pueden consultarse, entre otros, los siguientes enlaces: www.semana.com/wf_ImprimirArticulo.aspx?IdArt=143587, http://opinion.eluniversal.com/2010/08/26/int_ava_alcalde-de-medellin_26A4386735.shtml, y <http://elnuevosiglo.com.co/component/content/article/11734-alcalde-de-medellin-le-pide-ayuda-a-santos-ante-la-violencia-creciente-en-la-ciudad.html>

339 En entrevista de la periodista María Isabel Rueda con el alcalde de Medellín, publicada en el diario *El Tiempo*, ella le preguntó al mandatario local: “¿Lo que me está diciendo es que a juzgar por la impotencia con la que estamos presenciando lo que está ocurriendo en Medellín, Colombia estaba biche para entrar al sistema penal acusatorio?”, a lo que este respondió: “Absolutamente. Llegamos a un sistema absolutamente garantista, que necesitaba trabajar sobre bases técnica y científica. Se lo pongo de esta manera: el sistema penal acusatorio requiere CSI, pero estamos aún en la era de Columbo-Baretta. ¡Qué ejemplo tan gráfico! Un sistema tan garantista se ve muy bien en el papel, pero en la práctica no sirve para contener la avalancha de la delincuencia urbana, que requiere decisiones inmediatas... Colombia no tiene la técnica y la tecnología que este sistema demanda. La capacidad de interceptar, de investigar. Es un absurdo. Los delincuentes cogidos aun en flagrancia se excarcelan... La estadística es escandalosa: 1.700 personas detenidas por armas, de las cuales solo unas 300 van a penas intramurales. En el contexto de una ciudad como Medellín, que ha duplicado del año anterior a este su tasa de homicidios, nadie anda armado con buenas intenciones. Los jueces le dan muchas vueltas a esta realidad. Si el delito de porte ilegal no fuera excarcelable, tendríamos a 1.700 delincuentes dentro de la cárcel. Hay temas absurdos como qué es un arma. Hay que debatir con cada fiscal y cada juez esa definición. Por ejemplo, si una persona comete un homicidio, y va despojándose del armamento en el camino y la Policía lo captura solo con un silenciador, eso no se considera un arma. Absurdo... Le pongo otro ejemplo de reciente ocurrencia. Asesinan a un ciudadano en el barrio Castilla. En la reacción de la Policía nos asesinan un patrullero. Los agresores se meten ilegalmente a una casa. La Policía ingresa y los detiene con una AK-47 con silenciador y dos pistolas sofisticadas. ¡Estas personas son liberadas porque supuestamente no había una orden de allanamiento! El sistema es tan garantista, que ha terminado siendo una gran garantía para los delincuentes, que le han detectado todas sus fisuras”. (Entrevista del Alcalde Alonso Salazar con la periodista María Isabel Rueda, publicada el 5 de septiembre de 2010 en “*eltiempo.com*”, disponible en <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-7893857>). [Se agregaron las negrillas].

340 Ídem.

341 Según lo planteaba Alonso Salazar, “ya no estamos en los escenarios clásicos de guerrilla y paramilitares, sino de un narcotráfico muy solvente que tiene en disputa a dos organizaciones enormes: las alas de Sebastián y de Valenciano... Por eso yo digo: vamos a las necesidades reales de estos problemas de contexto urbano, que son distintos de los del contexto rural” (Ídem). La petición del alcalde Alonso Salazar fue difundida por los más influyente medios de comunicación del país, entre ellos la revista *Semana*, los periódicos *Vanguardia*, *El Universal* y *El Tiempo*; el noticiero *cm&* y la página *terra.com*.

Aún sin cumplirse los dos primeros meses del gobierno del presidente Santos, los Ministros de Defensa, del Interior y de Justicia, y el Fiscal General de la Nación, presentaron ante el Senado de la República el proyecto de ley N.º 164 de octubre 5 de 2010,³⁴² al que se denominó proyecto de “ley de seguridad ciudadana”. Dicho proyecto, según lo expresaba la exposición de motivos, buscaba, entre otros objetivos, “eliminar la impunidad; luchar contra la criminalidad organizada y el terrorismo; aumentar la efectividad del procedimiento penal, la extinción del dominio y la responsabilidad juvenil”.³⁴³

El informe de ponencia para primer debate consignó por su parte que un estudio reciente realizado por el Ministerio del Interior y de Justicia, en colaboración con la Unión Europea, había establecido que para el año 2008 en Colombia existía alto riesgo de impunidad en el 43% de los procesos, que la probabilidad de cometer homicidio en Colombia y ser condenado efectivamente era tan solo del 3%, y que los casos de capturas en flagrancia, pese a ser muy inferiores en número, generaba una proporción mucho más alta de las imputaciones totales formuladas ante el juez de garantías, y de las sentencias totales emitidas respecto de los delitos no querellables y no flagrantes. Dicho informe consignó también que en nuestro país existía una tasa de homicidio de 32 por cada 100.000 habitantes en el año 2009, y que, aunque la tasa general se había reducido, en el Área Metropolitana de Medellín el número de homicidios había aumentado respecto al mismo periodo (enero a septiembre) de 2009, y lo propio había ocurrido en el Área Metropolitana de Barranquilla, que también reportaba leves aumentos, al pasar de 347 homicidios en 2009 a 361 en el mismo periodo de 2010.³⁴⁴

Visto lo anterior y pese a que todavía era bastante reciente la expedición de la ley 1142 de 2007, el nuevo gobierno utilizaba la estrategia de siempre para garantizar la seguridad ciudadana, consistente en crear nuevos tipos penales,³⁴⁵ incrementar

342 El proyecto fue publicado en la Gaceta del Congreso N.º 737 de 2010.

343 Ídem.

344 Gaceta del Congreso N.º 850 de 2010.

345 Deben destacarse la descripción de las conductas calificadas como violencia contra servidor público, obstrucción a las vías públicas y perturbación en servicio del transporte público, descritas en los artículos 43, 44 y 45, que servirán para controlar y disciplinar las revueltas estudiantiles, históricamente acompañadas de la toma de vías públicas sin permiso de la autoridad competente, y de enfrentamientos con el Escuadrón Móvil Antidisturbios, Esmad.

las penas para algunos delitos a fin de evitar su excarcelación, y ampliar los presupuestos que garantizaran el aseguramiento de los imputados, evitándose así las liberaciones que tanta preocupación estaban causando en autoridades locales y nacionales.³⁴⁶

Previstas las consecuencias que esa nueva arremetida frente a la libertad de los justiciables causaría en la política carcelaria, el mencionado informe de ponencia determinaba que su impacto fiscal estaba debidamente calculado, pues aunque era obvio que las medidas que se pretendían tomar para la lucha en contra de la inseguridad urbana tenían **“un alto impacto en la política carcelaria y penitenciaria”**, la construcción de nuevas cárceles estaba contemplada dentro del Presupuesto Nacional, y estas habían sido inscritas como proyectos ante el Departamento Nacional de Planeación, por lo que no se afectaría el “Marco Fiscal de Mediano Plazo”.³⁴⁷

Como era de esperarse, siendo este un proyecto bandera del gobierno que ahora caminaba por la ruta de la “unidad nacional”, que le garantizaba al ejecutivo una coalición de casi todos los partidos, muy pronto la iniciativa se convirtió en la Ley 1453 de 2011,³⁴⁸ la cual fue sancionada en la Ciudad de Medellín el día 24 de junio de ese año.

Desde el punto de vista del proceso, la promulgación de la mencionada ley brindaría mayor eficacia al sistema acusatorio colombiano, la que supuestamente debía haberse alcanzado con la Ley 1142 de 2007; y de nuevo consignaba mayores restricciones para el derecho a la libertad de los justiciables, esta vez alimentada por una nueva concepción de la flagrancia, la introducción de un tipo especial de captura administrativa, la nueva definición de los presupuestos de peligrosidad

346 Eran frecuentes las críticas de altos funcionarios del Estado frente a la liberación de personas capturadas en flagrancia, tendiendo un manto de duda sobre la actuación de los jueces e interfiriendo peligrosamente sobre su independencia. Sobre el particular pueden consultarse: http://wsp.presidencia.gov.co/Prensa/2011/Marzo/Paginas/20110330_02.aspx; <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-7873811>; <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/articulo-260010-disgusto-del-gobierno-decisiones-de-algunos-jueces>; <http://www.mij.gov.co/eContent/newsdetailmore.asp?id=3206&idcompany=2>, entre otras.

347 Gaceta del Congreso n.º 850 de 2010.

348 Publicada en el Diario Oficial No. 48.110, de 2011.

y la ampliación de prohibiciones de sustituciones, subrogados y beneficios, que alimentarían la terminación de la actuación penal por vía del allanamiento a cargos o preacuerdos y negociaciones con la fiscalía, como lo veremos en las siguientes páginas.

Buscar la eficacia del sistema acusatorio, como lo reclamaban los caudillos del efficientismo sin barreras, significaba diseñar de nuevo una estrategia que hiciera más duro el tratamiento para los delincuentes. Aunque similares propósitos fueron perseguidos por la ley 1142 de 2007,³⁴⁹ la nueva Ley de Seguridad Ciudadana ponía en evidencia que la libertad del justiciable representaba un peligro para los intereses del Estado, por lo que cualquier alternativa que posibilitara su encarcelamiento o mantuviera su reclusión sería útil en la lucha contra la delincuencia urbana.³⁵⁰ De esta manera la ley dejaría contentos a quienes se indignaban por la supuesta ineficacia del sistema acusatorio colombiano.

4.1. La nueva concepción de flagrancia en el sistema procesal penal colombiano

La efectividad de los procesos iniciados por capturas en situación de flagrancia constituyó un indicador importante de cara a la nueva búsqueda de la seguridad ciudadana, por lo que la ampliación del abanico de posibilidades para este tipo de capturas estaría representando un aumento del margen de judicialización de los imputados y, con ello, mayor eficacia en la justicia.³⁵¹ En tal virtud, el

349 Al respecto, véase el capítulo tercero del presente trabajo.

350 En un arrebato de sinceridad (o tal vez movido por el hecho de que durante la aprobación del articulado no se abrió un espacio para analizar aspectos relacionados con los estrategias del gobierno para solucionar los perjuicios del invierno en su región), el senador Roberto Víctor Gerlén Echeverría expresó las siguientes frases lapidarias sobre la filosofía de la ley de seguridad ciudadana: “Señor Presidente, yo no soy penalista, yo presento la inquietud, allá la Plenaria si quiere establecer una especie de cárcel permanente y ambulante sobre todos los ciudadanos colombianos, y lo que no entiendo lo digo con sinceridad es que nosotros estemos votando a ciegas. [...] aquí llevamos 3 horas hablando de la cárcel que es una manera de hablar de la muerte, aquí no hemos hecho nada distinto de aumentar penas y aumentar penas y aumentar penas, ni siquiera nos hemos dado cuenta de las penas que hemos aumentado, ni siquiera nos hemos dado cuenta del desplante conceptual y jurídico que significa eliminar la posibilidad de que un proyecto tenga una finalidad, un fin jurídico, aquí hemos hecho de todo, señor Presidente, que le distraigamos dos o tres minutos a los miles de colombianos que habitan el sur de mi Departamento no entra en la condición de despropósito” (Gaceta del Congreso 070 de 2011).

351 El informe de ponencia para primer debate en Cámara, reiterando lo que había consignado el informe de ponencia para primer debate en Senado, consignó al respecto: “[...] se destaca que los casos de capturas en flagrancia, pese a ser muy inferiores en número, genera una proporción mucho más alta (76%) de las imputaciones totales formuladas ante el juez de garantías y de las

artículo 301 de la Ley 906 de 2004 fue modificado por el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, que dispuso lo siguiente:

Artículo 301. Flagrancia. Se entiende que hay flagrancia cuando:

1. La persona es sorprendida y aprehendida durante la comisión del delito.
2. La persona es sorprendida o individualizada durante la comisión del delito y aprehendida inmediatamente después por persecución o cuando fuere señalado por la víctima u otra persona como autor o cómplice del delito inmediatamente después de su perpetración.
3. La persona es sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que acaba de cometer un delito o de haber participado en él.
4. La persona es sorprendida o individualizada en la comisión de un delito en un sitio abierto al público a través de la grabación de un dispositivo de video y aprehendida inmediatamente después. La misma regla operará si la grabación del dispositivo de video se realiza en un lugar privado con consentimiento de la persona o personas que residan en el mismo.
5. La persona se encuentre en un vehículo utilizado momentos antes para huir del lugar de la comisión de un delito, salvo que aparezca fundada mente que el sujeto no tenga conocimiento de la conducta punible.

Parágrafo. La persona que incurra en las causales anteriores solo tendrá $\frac{1}{4}$ de beneficio de que trata el artículo 351 de la Ley 906 de 2004.

Los efectos de dicha reforma no podían entenderse como una simple modificación de los presupuestos para la captura; por el contrario, la inclusión de nuevas hipótesis de flagrancia constituía, como se verá, auténticas modificaciones a su naturaleza, por años decantada por la tradición jurídica colombiana. Para entender la trascendencia de dicha reforma debe recordarse que tras la expedición de la constitución de 1991, según lo planteó la Corte Constitucional,³⁵² la captura en flagrancia fue constituida como una de las excepciones al principio de la reserva judicial de la libertad personal, por lo que era necesario fijar sus alcances constitucionales y hacer una interpretación restrictiva de la misma, a fin de evitar que se convirtiera en la regla general.

sentencias totales emitidas (78%) que los delitos no querellables y no flagrantes, que pese a su superioridad numérica en cuanto a noticias criminales, solo producen el 20% tanto de imputaciones como de sentencias" (Gaceta del Congreso n.º 43 de 2011).

352 Corte Constitucional, sentencia C-024 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Bajo tales presupuestos, el concepto de flagrancia debía referirse a aquellas situaciones en que una persona era sorprendida y capturada en el momento de cometer un hecho punible o sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales apareciera fundadamente que momentos antes lo había cometido. El moderno concepto de flagrancia, según lo expresaba la Corte Constitucional, fundiría los fenómenos de flagrancia en sentido estricto y cuasiflagrancia, por lo que a la captura en el momento de cometer el delito se sumaba también la posibilidad de que la persona fuera sorprendida y aprehendida con objetos, instrumentos o huellas que hicieran aparecer fundadamente su autoría o participación en la comisión del hecho punible. *Lo que justificaba la excepción al principio de la reserva judicial en este tipo de capturas era la inmediatez de los hechos delictivos y la premura que hacía imposible la obtención de la orden judicial previa*, por lo que no se estaba ante una situación de flagrancia cuando la persona era reconocida al momento de cometer el delito pero capturada mucho tiempo después.³⁵³

La Corte Constitucional consideró al respecto:

La anterior comprensión de la flagrancia encuentra asidero en la Constitución Política que, en su artículo 32, la contempla como excepción al derecho consagrado en el artículo 28 superior que, al garantizar la libertad, preceptúa que nadie puede ser reducido a prisión o arresto, ni detenido “sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley”, de modo que, constituyendo la situación de flagrancia una excepción al procedimiento fijado por la Carta para que una persona sea privada de la libertad, es evidente que no se la pueda entender a cabalidad desligada de la captura a la que, en esas circunstancias, es posible proceder por cualquier persona, sin necesidad de orden escrita y previa de autoridad judicial. [...] el concepto de flagrancia involucra la captura inmediata y a falta de esta no resulta acertado hablar de flagrancia.³⁵⁴

353 Ídem.

354 Sentencia C-198 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz, expediente D-1459.

En sentido similar la Corte había expresado: “los artículos 28, inciso 2, y 32 de la Carta Política, prevén una privación de la libertad de naturaleza excepcional, que únicamente cabe en el supuesto de la flagrancia en sentido propio (en la cual la captura sigue de modo inmediato al hecho patente e incontrovertible de haber sido sorprendida una persona en el acto del delito)” (Sentencia C-689 de 1996, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo, expediente D-1374).

A pesar de la contundencia de la interpretación que sobre el artículo 32 de la Constitución hacía la Corte Constitucional, la Sala de Casación penal de la Corte Suprema de Justicia continuaba identificando el concepto de flagrancia con el de “sor-

La interpretación que la Corte hacía del artículo 32 de la Constitución, condujo a que la Ley 600 de 2000 estableciera una nueva definición que integrara al concepto de flagrancia tanto el “sorprendimiento” como la “aprehensión”. Al efecto el artículo 345 dispuso:

Se entiende que hay flagrancia cuando:

1. La persona es sorprendida y aprehendida al momento de cometer una conducta punible.
2. La persona es sorprendida e identificada o individualizada al momento de cometer la conducta punible y aprehendida inmediatamente después por persecución o voces de auxilio de quien presencie el hecho.
3. Es sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que momentos antes ha cometido una conducta punible o participado en ella.

El contenido de la norma transcrita rompió la historia de la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de justicia,³⁵⁵ que a partir de entonces definiría la flagrancia en los siguientes términos:

Como claramente se desprende de este texto [se refiere al artículo 345 de la Ley 600 de 2000], el concepto de flagrancia en la nueva preceptiva se liga indefectiblemente a la captura. [...] Entonces, a los dos requisitos que han sido establecidos por la jurisprudencia, “ uno de carácter objetivo-temporal que es la actualidad, esto es, que una o varias personas, entre las que puede estar la víctima, se encuentren en el momento de la comisión del reato o instantes después y se percaten de él; y otro de naturaleza personal que consiste en la identificación o, por lo menos, la individualización del autor a partícipe (casación del 19 de agosto de 1997 M. P. Dr. Córdoba Poveda), se suma ahora la aprehensión en el acto de realización del

prendimiento” y no con el de captura; al respecto indicaba: “La jurisprudencia ha sostenido que para que exista la flagrancia se necesitan 2 requisitos: la actualidad, esto es, que en el momento de la comisión del hecho o instantes después, se encuentren una o varias personas presentes y que se den cuenta de él; y la identificación o, por lo menos, la individualización del autor o partícipe del mismo, es decir, que se fijen sus rasgos fisonómicos ó particulares, ó al menos, algunos de ellos, en forma tal que lo puedan distinguir. Si se cumplen estos presupuestos se podrá afirmar que la persona fue sorprendida en flagrancia, que subsistirá así no se produzca la aprehensión [sic]” (Corte Suprema de justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de agosto 19 de 1997, Magistrado Ponente Jorge Córdoba Poveda.). [Se agregó el subrayado].

355 Un recuento sobre la distinción entre “flagrancia” y “captura en flagrancia” puede consultarse en la sentencia de agosto 12 de 1997, Sala de Casación penal, Corte Suprema de Justicia, M.P. Dr. Jorge E. Córdoba Poveda.

mismo o en los momentos subsiguientes “por persecución o voces de auxilio de quien presencie el hecho”.³⁵⁶

Detrás de la evolución así referida, la naturaleza de la flagrancia mudó su esencia típicamente procesal para tomar un papel más protagónico, desde la perspectiva constitucional, ubicándose dentro del campo de las excepciones al principio de la reserva judicial de la libertad, y sometándose por lo tanto a las interpretaciones restrictivas a las que su característica excepcional obligaba. Al respecto, no podrá pasar desapercibido el reforzamiento que sobre dicho principio introdujo el Acto Legislativo 003 de 2002, como ya se ha dicho en capítulos precedentes.³⁵⁷

Pese a lo expuesto, el afán de la seguridad ciudadana no encontró reparos en desandar el camino que la Constitución había marcado, por lo que ahora el gobierno de turno consideraba necesario introducir modificaciones al artículo 301 de la ley 906. Alimentado, como se expresó antes, por la ilusión de ampliar el porcentaje de judicializaciones y sentencias condenatorias, el proyecto de ley de seguridad ciudadana propuso la siguiente reforma a la flagrancia:

Artículo 34. El artículo 301 de la Ley 906 de 2004 quedará así:

Artículo 301. Flagrancia. Se entiende que hay flagrancia cuando:

1. La persona es sorprendida y aprehendida durante la comisión del delito.
2. La persona es sorprendida o individualizada durante la comisión del delito y aprehendida inmediatamente después por persecución o cuando fuere señalado por la víctima u otra persona como autor o cómplice del delito inmediatamente después de su perpetración.
3. La persona es sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que momentos antes ha cometido un delito o participado en él.

356 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, M.P. Jorge Anibal Gómez Gallego, sentencia de febrero 14 del 2002, expediente 12073.

De la misma forma se expresó en la sentencia de casación del 18 de abril de 2002, rad. 10.194, M.P. Carlos Augusto Gálvez Argote: “hoy en día la tesis según la cual era perfectamente viable que se presentara el fenómeno de la flagrancia, entendida como evidencia procesal, sin su correlativo de la captura como su consecuencia, ya no es predicable [...]. En las actuales condiciones, entonces, la tesis sostenida por la defensa resulta correcta en la medida en que la definición legal de flagrancia está necesaria y directamente vinculada con la captura del autor”.

357 Sobre la importancia del principio de reserva judicial de la libertad y la razón de ser de sus excepciones constitucionales pueden consultarse, entre otras, las sentencias de la Corte Constitucional C-237 de 2005, C-591 de 2005, C-730 de 2005 y C-1001 de 2005, previamente citadas.

4. La persona es sorprendida momentos antes en la comisión de un delito en un sitio abierto al público a través de la grabación de un dispositivo de video.

5. La persona se encuentre en un vehículo utilizado momentos antes para huir del lugar de la comisión de un delito, salvo que aparezca fundadamente que el sujeto no tenga conocimiento de la conducta punible.³⁵⁸

Durante el trámite de dicha iniciativa en el Senado, la comisión primera de esa corporación aprobó una modificación en la redacción del artículo original, según se consignó en el informe de ponencia para segundo debate,³⁵⁹ al encontrar necesario incluir en el numeral cuarto el requisito de la aprehensión inmediata del indiciado y las grabaciones realizadas en sitios privados, con todo lo cual se terminó eliminando las verdaderas intenciones del ejecutivo, como más adelante lo explicaremos. Así mismo, también se aprobó modificar la redacción del numeral tercero, lo que no representó mayores diferencias con el proyecto original, salvo que se quiera hacer interpretaciones que no fueron pensadas por los congresistas. Con los cambios introducidos en el Senado, el texto del mencionado artículo sería el siguiente:

Artículo 36. Flagrancia. El artículo 301 de la Ley 906 de 2004 quedará así:

Artículo 301. Flagrancia. Se entiende que hay flagrancia cuando:

1. La persona es sorprendida y aprehendida durante la comisión del delito.
2. La persona es sorprendida o individualizada durante la comisión del delito y aprehendida inmediatamente después por persecución o cuando fuere señalado por la víctima u otra persona como autor o cómplice del delito inmediatamente después de su perpetración.
3. La persona es sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que acaba de cometer un delito o de haber participado en él.
4. La persona es sorprendida o individualizada en la comisión de un delito en un sitio abierto al público a través de la grabación de un dispositivo de video y aprehendida inmediatamente después. La misma regla operará si la grabación del dispositivo de video se realiza en un lugar privado con consentimiento de la persona o personas que residan en el mismo.

358 Gaceta 737 de 2010.

359 Al respecto puede consultarse la Gaceta del Congreso N.º 975 de 2010.

5. La persona se encuentre en un vehículo utilizado momentos antes para huir del lugar de la comisión de un delito, salvo que aparezca fundadamente que el sujeto no tenga conocimiento de la conducta punible.³⁶⁰

Las hipótesis de captura en flagrancia así aprobadas por los miembros de la comisión primera del Senado fueron confirmadas, sin discusión alguna, durante los tres debates posteriores del proyecto de ley,³⁶¹ y se convirtió en el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011.

Como podrá advertirse, la reforma de la captura en flagrancia fue trascendental. La ley introdujo dos nuevas hipótesis que además de eliminar las exigencias de actualidad, identificación y captura, que por años constituyeron los presupuestos de la flagrancia, indicaron que era hora de remover obstáculos nacidos de interpretaciones jurisprudenciales que daban al traste con la justicia eficaz e impedían el éxito de una guerra contra la criminalidad, librada al margen de las garantías de los justiciables.

En efecto, la coincidencia que existe entre los numerales 4 y 5 introducidos por el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011 y los problemas jurídicos enunciados en la sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, expediente 25136,³⁶² permitirían suponer que la reforma estuvo inspirada en la necesidad de salirle al paso a aquella posición que, frente a la negativa de la flagrancia, se convertía en un pésimo precedente judicial que alimentaría decisiones indeseables para el gobierno. De cara a desarrollar la idea enunciada, es preciso detenernos en el análisis de lo que se conoce como “el caso de la camioneta Murano”, pues ello nos permitirá entender la razón de ser de las nuevas hipótesis de flagrancia que hoy hacen parte de nuestra legislación procesal penal.

Los hechos que originaron la controvertida captura fueron relatados por la Sala Penal de dicha Corporación de la siguiente forma:

Hacia las 4:00 a.m. del 19 de febrero de 2005, en el sector del complejo educativo La Julita, de Pereira, Harold Alberto Ramírez Arias, de 21 años de edad fue objeto

360 Ídem

361 Pueden consultarse al respecto el acta 28 de 2010, correspondiente a la sesión plenaria del Senado, Publicada en la Gaceta N.º 070 de 2011, y las actas 50 de 2011 y 48 de 2011 de la sección primera de la Cámara, Publicadas en la Gaceta N.º 261 de 2011.

362 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de noviembre 30 de 2006, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

de dos disparos producidos por arma de fuego, que le causaron lesiones a causa de las cuales falleció.

La Policía del lugar tuvo conocimiento de lo ocurrido por parte de dos mujeres, quienes, según los agentes Manuel Acevedo Ceballos y Alexander Bejarano Jiménez, dieron a conocer que los autores del delito se movilizaban en una camioneta, tipo murano, color gris, con escotilla. Se procedió entonces a verificar la información hallando el cadáver de Harold Alberto Ramírez Arias en el lugar indicado, al tiempo que se reportó el hecho a la central de la Policía, en donde se pudo apreciar, en una de las cámaras de seguridad instaladas en la ciudad, que por el sector del ferrocarril con carrera 24 pasaba un vehículo de las características suministradas.

La misma información fue recibida por radioteléfono por la patrulla motorizada integrada por el agente Julio García Jaramillo y Alejandro Mejía Contreras, quienes se movilizaban en una moto, y para ese momento se hallaban por los lados del terminal, en el barrio providencia. Dichos uniformados advirtieron la presencia de la camioneta reportada, y en acatamiento a la solicitud de apoyo iniciaron de inmediato su persecución. “Después de unos minutos” la central les comunicó que el vehículo sospechoso entró a un edificio, hacia donde se dirigieron solicitando la autorización correspondiente al vigilante para ingresar.

No obstante, después de aproximadamente 10 minutos de espera, pues el vigilante del edificio advirtió que primero debía pedir autorización a sus superiores, la autoridad pudo ingresar al parqueadero del edificio “La Alquería”, encontrando allí la camioneta murano gris, sin placas, con una de sus puertas abiertas, y sus tres ocupantes —CRISTIAN DAVID USMA FERRO, CÉSAR AUGUSTO CASTAÑO VELÁSQUEZ y ANDRÉS FELIPE FERREROSA SERNA—, escondidos, el primero detrás de unas cajas, el segundo detrás de un vehículo y el tercero en las escaleras.

En el mencionado asunto la fiscalía argumentó que se trataba de una captura en flagrancia, por lo que el juez de control de garantías, tras aceptar dicha calificación, legalizó la captura.

De los hechos así narrados se destaca:

- Que las personas que avisaron a la policía no observaron el crimen, aunque pudieron tener conocimiento de su ocurrencia.
- Que el vehículo en el que huyeron los presuntos autores del crimen fue debidamente descrito.

- Que según el informe de la policía, el uso de las cámaras de video y los equipos de comunicaciones permitieron percatarse de la ruta que seguían los ocupantes del vehículo, lo que pudieron entender como una persecución.
- Que todos los ocupantes del vehículo fueron capturados después de que habían utilizado el vehículo para huir del lugar de los hechos.

Al efectuar el análisis sobre la calificación de flagrancia que frente a la captura de los imputados se había realizado, la Corte Suprema de Justicia concluyó.

- Que el presupuesto fáctico comprobado en el asunto se dio en circunstancias a la inversa,³⁶³ y por lo mismo no podía sostenerse que la captura se produjo en situación de flagrancia, pues primero se presentó la afectación del derecho a la libertad y luego se logró la individualización e identificación de los capturados.
- Que no existía la flagrancia descrita en las dos primeras hipótesis del artículo 301 de la Ley 906 de 2004, pues en ambas se consagran unos eventos en los que el sorprendimiento de la persona está inescindiblemente ligado a la captura y en todo caso limitado por la inmediatez a la comisión del delito y a la posibilidad de predicar la identificación y consecuente autoría del aprehendido,³⁶⁴ lo que en el caso concreto no ocurrió.
- Que no se presentaba la hipótesis de flagrancia consagrada en el numeral tercero del mencionado artículo, ya que aunque en tales eventos la captura no tiene una actualidad concomitante con la ejecución del hecho y no se requiere por tanto que alguien haya visto a su autor cometiendo el delito, son los objetos, instrumentos o huellas que tiene en su poder los que permiten concluir “fundadamente”, esto quiere decir, con poco margen de error, que “momentos antes” lo ha cometido o ha participado en él, aspecto este que tampoco se presentó en la situación planteada.

Resaltó la mencionada sentencia que no era razonable plantear que en este caso existiera flagrancia solo porque se hubiera presentado una persecución policial

363 Ídem. [Se agregó el subrayado].

364 Ídem. [Se agregó el subrayado].

fundada en la información dada por dos mujeres, que manifestaron que estaban matando a un amigo de ellas, y la consecuente captura de los ocupantes del vehículo al que en ese momento se estimó sospechoso. La identificación e individualización de los autores, concluyó la Corte, se logró apenas en el momento de la aprehensión, sin que nadie hubiera precisado que alguno de ellos hubiese sido visto cuando disparaba en contra de Harold Alberto Ramírez Arias.

Contrario a lo sostenido por la fiscalía, era acertado concluir que no había flagrancia, puesto que

no existió una concreta individualización del autor o autores, además que la secuencia de tal noticia, y la captura de USMA FERRO no se da de manera ininterrumpida, desde el disparo y el seguimiento al acusado, no hay policía ni ciudadano que lo haya sorprendido ejecutando esta conducta, las voces de auxilio, si así puede llamarse a la información que se dio a los policías por el sector de la Circunvalar, no señalaron directamente a alguien, el señalamiento no es concreto hacia una persona o personas individualizadas, es a un vehículo donde se desplazaban varios integrantes, sin que siquiera se comprometiera o señalara al conductor, o existan elementos allí para predicarle una coparticipación con los ocupantes del citado automotor.³⁶⁵

Por lo demás, tampoco se sorprendió a los implicados con objetos, instrumentos o huellas que permitieran concluir fundadamente que momentos antes hubieran cometido un delito o participado en él, pues “no se hallaron armas de fuego, o elemento alguno” que así lo indicara, y la prueba de absorción atómica concluyó que los metales hallados en la palma derecha del inculcado no eran compatibles estadísticamente con residuos de disparo.³⁶⁶

Si nos ubicamos en los aspectos que fueron destacados por la mencionada sentencia, podemos afirmar:

- Que no puede hablarse de captura en flagrancia, aunque exista persecución, cuando no existe una persona que identifique o individualice al autor del hecho, pues en este caso la flagrancia estará determinada no solo por la inmediatez, sino también por la posibilidad de predicar la identificación y consecuente autoría del aprehendido.

365 Ídem.

366 Un aspecto importante a destacar en el presente asunto: la fiscalía solicitó la preclusión en favor de dos de los capturados porque no contaba con prueba que le permitiera desvirtuar la presunción de inocencia que los cobijaba.

- Que el hecho de permanecer en un vehículo supuestamente utilizado para la huida no constituía flagrancia, pues era además necesario que se encontraran en poder de los capturados instrumentos, elementos o huellas de los que apareciera fundadamente, esto es, con poco margen de error, que “momentos antes” habían cometido el delito o ha participado en él.

Aunque la Corte Suprema de Justicia justificó la decisión del juez de control de garantías que en su momento legalizó la captura,³⁶⁷ el mensaje que frente al asunto dejaba planteado la sentencia era un nefasto ejemplo a seguir, pues lastimaba el anhelo de conseguir responsables a cualquier precio, y lesionaba otro resultado “positivo” alcanzado por la “eficiente” labor de la Policía Nacional.

¿Quería entonces el legislador evitar, por la vía de reforma al artículo 301 de la Ley 906 de 2004, que los jueces siguieran el camino que al respecto había sido trazado por la Sala Penal de la Corte, en claro perjuicio de la eficiente labor policial?

El silencio que al respecto guardó el proyecto presentado por el gobierno indicaría que sin que fuera conveniente enfrenar de manera expresa la posición de la Corte, era suficiente con introducir como nuevas hipótesis de flagrancia aquellas situaciones a las que dicha corporación había calificado de capturas ilegales, es decir, si lo que estorba es la garantía entonces lo útil será removerla.

¿Cuál sería el efecto que perseguía la modificación del artículo 301 de la Ley 906 de 2004?

- Con la eliminación de la exigencia de que la captura se produzca por el señalamiento “de quien presencia el hecho”, la ley elimina los requisitos de actualidad e identificación y, con ello, los presupuestos expresados en la sentencia C-024 de 1994.³⁶⁸ Ahora las capturas serán legales aunque se produzcan por pálpitos, sospechas, vindictas o recompensas, pues

367 La sentencia estimó que era “razonablemente comprensible que a la hora de la legalización de la captura y dada la brevedad del tiempo transcurrido entre la comisión del delito y la evidencia recaudada, la Juez de control de garantías considerara que la aprehensión de los en ese momento implicados se había cometido en situación de flagrancia, pues se contaba con el informe correspondiente y las declaraciones de los agentes que participaron en ella, quienes bajo juramento manifestaron que la persecución de la camioneta nissan murano en la que se movilizaban había sido motivada por el señalamiento que hicieran dos mujeres que dieron aviso de lo ocurrido” (ídem).

368 Corte Constitucional, sentencia C-024 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

solo necesitan el señalamiento de alguien, sin que sea menester que haya presenciado el hecho. Así las cosas, el asunto relacionado con la aproximación a la certeza de la responsabilidad del capturado deja de ser un aspecto propio de la flagrancia para convertirse en un aspecto que se someta a debate ante los respectivos jueces.

Por lo demás, y como manera de enriquecer los presupuestos de eficacia, la nueva ley no exigiría que la captura se produzca inmediatamente después de la ocurrencia del hecho, sino inmediatamente después del señalamiento, lo que también evitaría problemas relacionados con la temporalidad descrita en la plurimencionada sentencia, aunque de paso se arrase con la doctrina constitucional sobre la inmediatez como presupuesto que legitima la excepción a la reserva judicial de la libertad.³⁶⁹

- La hipótesis de flagrancia establecida en el numeral 4 permite que sean las cámaras de video las que sorprendan e individualicen. Ahora tales aparatos cumplirán la función que solo antes se atribuía a la víctima o testigo del delito. El requisito de actualidad e identificación lo cumple una grabación, como si la evidencia contenida en un video fuera la reproducción de la verdad, y como si lo aportado por los organismos de seguridad para justificar la captura fueran imágenes impolutas. Como si viviéramos en un país en el que no fueran bastante notorios los montajes realizados como manera de combatir a los enemigos, las grabaciones suplen ahora al testigo y se convierten en una peligrosa herramienta en manos del perseguidor, que, por demás, puede ser también un particular.

En el proyecto de ley presentado por el gobierno poco importó que la flagrancia hubiera abandonado su condición de evidencia procesal. Fue necesario que dicha situación se pusiera de presente en la comisión primera del Senado tras la observación que al respecto hiciera uno de los Parlamentarios³⁷⁰ para exigir que el sorprendimiento realizado por las

369 Recuérdese que la sentencia C-198 de 1997, ya citada, planteaba que “el concepto de flagrancia involucra la captura inmediata y a falta de esta no resulta acertado hablar de flagrancia”.

370 El Senador Juan Ignacio García Valencia planteó al respecto que “La jurisprudencia constitucional ha señalado que la

grabaciones estuviera acompañado de la captura inmediata del imputado. Esa objeción significó un revés al proyecto original y le quitó uñas a la propuesta, porque haría que tales situaciones fueran, en la práctica, un imposible, pues la experiencia enseña que los videos son utilizados para la identificación de los autores, lo cual tomaría bastante tiempo antes de que se produzca la captura.

Ante tal realidad, la conclusión más esperanzadora nos lleva a suponer que el efecto perseguido por la norma no pueda cumplirse y entonces se mantenga la práctica de siempre, consistente en aportar el video como una evidencia ante el juez de control de garantías para conseguir de este la expedición de la orden de captura. Sin embargo, como quiera que no siempre los jueces conocen la historia de las disposiciones que aplican, lo novedoso de dicha disposición podría hacer creer que la inmediatez a la que alude la norma se refiere a la existente entre la individualización y la captura, lo que permitiría que la policía se tome su tiempo para individualizar a los sujetos que aparecen registrados en los videos para luego proceder a capturarlos, sin importar el tiempo transcurrido desde la comisión del delito.

Si se diera semejante interpretación no solo se estaría volviendo a identificar sorpresivamente con flagrancia, sino que se estaría dando la espalda al requerimiento hecho por el Congreso al introducir la exigencia de la captura inmediata, apelando a la doctrina constitucional sobre la flagrancia, que tiene en la inmediatez de la captura la justificación para no hacer exigible la orden expedida por el juez de control de garantías. Al respecto deberíamos decir, como lo afirma la Corte Suprema de Justicia, que la flagrancia no tolera el presupuesto a la inversa, consistente en capturar para individualizar, que fue lo que en su iniciativa pretendió introducir el Gobierno nacional.

- Por último, la hipótesis de flagrancia consistente en capturar a una persona por el hecho de encontrarse en un vehículo que es utilizado para huir del lugar de la comisión de un delito, es una mutación de la flagrancia. Ya no

flagrancia requiere captura inmediata o deja de serlo. Por lo tanto el solo hecho de haber sido registrado en un video es insuficiente para que se configure”, por lo que la comisión primera del Senado decidió que tal propuesta del Gobierno debía ser rechazada y en su lugar se debía armonizar “con la jurisprudencia constitucional mencionada por el Senador García” (Informe de ponencia para segundo debate, Gaceta 975 de 2010).

se le concibe como la excepción a la reserva judicial de la libertad; es, en cambio, una simple autorización para judicializar, otorgada por fuera de cualquier consideración de la inocencia.

Salvo que desde la flagrancia se pretenda construir una nueva teoría del delito, resulta obligado recordar que únicamente es responsable de una conducta punible quien ha sido autor o partícipe de la misma, no quien ha tenido conocimiento de su ocurrencia. Es verdad de Perogrullo que quien simplemente se encuentra en el interior de un vehículo utilizado para huir de la escena del crimen no es por ese solo hecho copartícipe del mismo, pues la responsabilidad penal no se trasmite por el contacto con cosas que ni siquiera constituyen elementos, instrumentos o huellas del delito.

Como puede verse, el remedio que diseñó el legislador para enfrentar situaciones como las planteadas en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, fue construir responsabilidad penal a partir del contacto que se tiene con el vehículo en el que supuestamente huyeron sus autores, bajo el presupuesto del conocimiento sobre la ocurrencia del delito. Por esta vía se ha llegado al mayor abandono de los principios que gobiernan al injusto penal y se ha establecido un derecho penal constituido como simple maquinaria del poder.

La presunción de inocencia ha sido arrasada por la necesidad de conseguir resultados positivos contra el crimen, y el legislador ha desbordado todo límite. Para demostrar tal aserto bastará aceptar que no está en situación de flagrancia quien no ha cometido delito alguno. La flagrancia no es una licencia para “pescar en río revuelto”, intentando con ella descubrir a los verdaderos autores de un delito, como lo pretende la norma comentada; es, por el contrario, como lo ha sostenido la Corte Constitucional, la aproximación a la certeza, a la que solo se llega por la actualidad y la identificación del autor o partícipe y, en el peor de los casos, porque se encuentran en poder del capturado los elementos que “gritan en sus manos” la autoría o la participación que se le atribuye.

Una hipótesis de flagrancia como la que se comenta distorsiona de tal manera la presunción de inocencia, que obliga a entender, por imposición de la ley, que quien ocupa el mencionado vehículo a sabiendas de que fue utilizado para huir de la

escena del crimen debe entenderse partícipe del mismo. Es un razonamiento legal que impide una inferencia contraria e invierte los presupuestos constitucionales de carga de la prueba e *in dubio pro homine*, al obligar al capturado a que demuestre que no tenía conocimiento del delito, y al constreñir al juez a que presuma que al reunirse el presupuesto legal entonces el imputado ha tomado parte en el mismo, en clara violación del artículo 29 constitucional.

Como puede advertirse, la nueva concepción de la flagrancia en el ordenamiento procesal colombiano constituye lo que para la Corte Suprema de Justicia son “circunstancias a la inversa”. Por virtud de tales previsiones lo ilegal se volvió legal y la libertad siguió la suerte del camino trazado por aquella cultura que hace desaparecer la garantía cuando ella estorba a los intereses del Estado. Por supuesto que el legislador no repara en afirmar que cuando se valoró la viabilidad constitucional del proyecto de ley “se tuvo en cuenta la Sentencia C-730 de 2005 para conservar en cabeza del juez de control de garantías la decisión sobre la restricción de la libertad del imputado”,³⁷¹ así la realidad indique que la reforma legal aumenta la precariedad del derecho a la libertad al introducir situaciones de flagrancia que ni en regímenes procesales anteriores se habrían pensado como tales.

Con todo, hoy vale la pena preguntarse si el legislador puede construir a su amañó la flagrancia hasta desaparecerla, o si esta, como excepción constitucional a la reserva judicial, está ontológicamente blindada para impedir que surjan disposiciones que descarten la actualidad, la identificación y la inmediatez como valores que la hacen, justamente, excepcional.

Aunque una disposición como la criticada encontrará suficientes defensores, sobre todo en quienes consideran que la captura, como las medidas de aseguramiento, no lesionan la presunción de inocencia, y que en la lucha contra el crimen todo se vale, seguimos esperando que algún día se reflexione en los costes que significa legitimar un derecho penal establecido como recurso desesperado para buscar el orden y el respeto del derecho. Estará por verse si los jueces tendrán el valor de impedir la burla que el legislador ha introducido frente al principio de reserva judicial de la libertad.

371 Gaceta 194 de 2011.

4.2. Una nueva excepción a la reserva judicial de la libertad: la captura con fines de verificación

Tras el proferimiento de la sentencia C-024 de 1994, la Corte Constitucional indicó que el inciso segundo del artículo 28 de la Constitución Política consagraba una excepción al principio de reserva judicial de la libertad al permitir que, por fuera de los casos de flagrancia, una persona fuera capturada con el fin de que se verificara, en el menor tiempo posible y nunca en un término superior a las 36 horas, si el capturado había incurrido en un delito o tenía requerimientos judiciales pendientes.³⁷²

Esta facultad constitucional, según lo afirmaba la Corte, se habría otorgado con el propósito de brindar herramientas eficaces a los miembros de la policía para el control del orden público, de manera que no fuera necesario acudir a las constantes declaratorias de Estados de excepción.³⁷³

Como quiera que la aplicación del artículo 28 superior no podía ser una licencia descontrolada para la fuerza pública, la sentencia en mención fijó las que llamó “características constitucionales” de dicha detención preventiva, las cuales corresponderían a la naturaleza excepcional de este tipo de aprehensiones y al régimen constitucional de la policía en un Estado social de derecho, por lo que constituirían lineamientos constitucionales a tener en cuenta por el legislador al momento de desarrollar la competencia así establecida por la Carta Política, de la misma manera que hoy sucede con la captura excepcional.

Para el efecto, según lo planteaba la Corte Constitucional, dichas capturas debían basarse en motivos fundados, esto es, en el conjunto articulado de hechos que permitieran inferir, de manera objetiva, que la persona que iba a ser aprehendida era

372 “Es entonces un caso en donde la propia Constitución establece una excepción al principio general de la estricta reserva judicial y consagra la posibilidad de una aprehensión sin previa orden de autoridad judicial. [...] Es pues una aprehensión material con estrictos fines de verificación a fin de constatar si hay motivos para que las autoridades judiciales adelanten la correspondiente investigación” (Corte Constitucional, sentencia C-024 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero).

373 “Era razonable que la Constitución colombiana consagrara entonces la figura de la detención preventiva administrativa en el inciso segundo del artículo 28. Los poderes globales de policía deben ser eficaces dentro de la normalidad, ya que la insuficiencia de las atribuciones ordinarias de las autoridades de Policía condenaría al país a permanecer en un estado de excepción permanente” (ídem)

probablemente autora de una infracción o participe de ella. En tal sentido, precisaba la sentencia, la mera sospecha o la simple convicción del agente policial no constituía motivo fundado, pues, más allá de la simple sospecha, la detención debía basarse en situaciones objetivas que permitieran concluir, con cierta probabilidad y plausibilidad, que la persona estaba vinculada con actividades criminales.

Otra de las características de dicha aprehensión, tratándose justamente de una excepción al principio de reserva judicial, era la necesidad de la misma, esto es, la existencia de situaciones de apremio que no permitían la obtención de la orden judicial, pues, de tenerse que esperar su proferimiento, probablemente resultaría ineficaz. En igual sentido, planteaba la sentencia en mención que la detención preventiva administrativa solo tenía por objeto verificar, de manera breve, los hechos relacionados con los motivos fundados de la aprehensión o la identidad de la persona y, si era el caso, poner a disposición de las autoridades judiciales competentes a la persona aprehendida. Por lo demás, tal facultad tenía estrictas limitaciones temporales, pues en ningún podía ser superior a las 36 horas, término que constituía el límite máximo; la policía sólo podría retener a la persona por el tiempo estrictamente necesario para verificar los hechos que motivaron la retención. La captura producida en estas circunstancias debía ser proporcional a la gravedad de la infracción, no ser discriminatoria y respetar los derechos del capturado, entre otras exigencias.

Es necesario destacar que, de la mano de las características constitucionales referidas en la mencionada sentencia, la Corte constitucional expresó: “Finalmente, y como es obvio en un Estado social de derecho en donde la administración está sometida al principio de legalidad, la regulación de las detenciones preventivas es materia legal, a fin de que se establezcan las formalidades que debe reunir toda detención preventiva y se delimiten los eventos y motivos en los que ella puede operar”.

Una adecuada interpretación de los alcances constitucionales del derecho a la libertad personal y sus restricciones, según lo planteado por la sentencia C-024 de 1994, nos permitiría afirmar, de acuerdo con lo que para la época disponía la Constitución, que una persona solo podría capturarse en tres eventos, a saber: i)

porque en su contra existiera mandamiento escrito proferido por autoridad judicial competente, ii) porque se tratara de una captura en flagrancia y, iii) porque se tratara de una detención preventiva administrativa.

Ahora bien, bajo los presupuestos así definidos, esa misma sentencia consignó que la vigencia del principio de legalidad en nuestro ordenamiento constitucional representaba, como garantía de libertad y de seguridad jurídica, la inexistencia de restricciones a la libertad que no estuvieran previamente definidas en la ley, por lo que era natural que también la detención preventiva administrativa pasara por dicha exigencia. La Corte Constitucional entendía que aunque la detención preventiva administrativa constituía una excepción al principio de reserva judicial de la libertad, era necesaria su regulación, esto es, la delimitación de los eventos en que ella procedía, la definición de los motivos y las formalidades que la gobernarían. Desde esta perspectiva serían improcedentes aquellas capturas que se produjeran en aplicación directa del inciso segundo del artículo 28 constitucional, aunque se utilizaran para el efecto los criterios expuestos por la sentencia C-024 de 1994, pues era necesario, se itera, la regulación respectiva.

De conformidad con lo anterior, todas las capturas administrativas así producidas violentaron el principio de legalidad, pues nunca se expidió la ley que regulara las formalidades y delimitara los eventos y motivos en los que podía operar la detención preventiva administrativa, como lo reclamaba la mencionada providencia.

Tras semejante error, que hizo carrera en nuestro país hasta convertirse en una costumbre que se aplicó sin reparo por jueces y fiscales, se terminó dando a la sentencia C-024 de 1994 una categoría que ella no tenía, al permitírsele que, a falta de la ley que regulara los presupuestos de tales capturas, los criterios en ella consignados como características constitucionales de las mismas entraran a llenar dichos vacíos, lo que llevó a que por muchos años se violentara el principio de legalidad y se legitimaran capturas auténticamente ilegales³⁷⁴

374 Podría argumentarse, contrario a lo que aquí se sostiene, que el Código Nacional de Policía sí había consagrado dicha facultad en su artículo 71 y que en consecuencia el principio de legalidad se daba por descontado, sin embargo lo que no podrá ocultarse es que cuando la sentencia C-024 de 1994 declaró exequible el mencionado artículo, calificándolo incluso como uno de los casos de detenciones preventivas administrativas, dejó consignado que existían dos motivaciones posibles para dichas aprehensiones. En primer lugar estaban las relacionadas con detenciones para verificar la existencia

Con la entrada en vigencia del Acto Legislativo 003 de 2002, no solo se instituyó un nuevo sistema procesal en Colombia, sino que se reforzó el principio de la reserva judicial de la libertad,³⁷⁵ lo que condujo a la Corte Constitucional a hacer una nueva interpretación del inciso segundo del artículo 28 Constitucional de cara a lo que, por virtud de la mencionada reforma constitucional, debían ser las excepciones a dicho principio. La doctrina constitucional entronizada a partir de la sentencia C-237 de 2005³⁷⁶ demostraba que había sobrevenido una variación constitucional que afectaba el entendimiento que se había dado al inciso segundo del mencionado artículo.³⁷⁷

En efecto, la nueva lectura que la Corte Constitucional hacía del principio de reserva judicial de la libertad, que bien pudiera ajustarse a los presupuestos de lo que la misma corporación ha denominado constitución viviente,³⁷⁸ significaría que tras la implementación de un sistema procesal penal de tendencia acusatoria y la consagración de la captura excepcional (a la que en el proyecto de reforma se le llamó captura administrativa), habrían desaparecido las razones para mantener la facultad que otrora consagraba el inciso segundo del artículo 28 constitucional.

de requerimientos judiciales, de las que se ocupaba el artículo 71, y en segundo lugar estaban aquellas que se realizaban con fines de judicialización. Sobre estas últimas detenciones no existe normatividad que las desarrolle y fue sobre ellas que la Corte Constitucional hizo mayor hincapié.

375 Sobre la materia pueden consultarse las sentencias de la Corte Constitucional C-873 de 2003 y C-591 de 2005.

376 Corte Constitucional, sentencia C-237 de 2005, M.P. Jaime Araújo Rentería.

377 Esa nueva doctrina constitucional sobre las **excepciones a la reserva judicial de la libertad**, que inició a partir de la sentencia C-237 de 2005, se fue consolidando con las sentencias C-591 de 2005, C-730 de 2005, C-1001 de 2005, C-176 de 2007, C-163 de 2008, C-185 de 2008 y C-226 de 2008, y expresa, por fuera de toda duda, que solo pueden calificarse de tales a la captura en flagrancia y la captura excepcional.

378 “El carácter dinámico de la Constitución, que resulta de su permanente tensión con la realidad, puede conducir a que en determinados casos resulte imperativo que el juez constitucional deba modificar su interpretación de los principios jurídicos para ajustarlos a las necesidades concretas de la vida colectiva —aun cuando no haya habido cambios formales en el texto fundamental—, lo que incide necesariamente en el juicio de constitucionalidad de las normas jurídicas. El concepto de ‘Constitución viviente’ puede significar que en un momento dado, a la luz de los cambios económicos, sociales, políticos, e incluso ideológicos y culturales de una comunidad, no resulte sostenible, a la luz de la Constitución —que es expresión, precisamente, en sus contenidos normativos y valorativos, de esas realidades—, un pronunciamiento que la Corte haya hecho en el pasado, con fundamento en significaciones constitucionales materialmente diferentes a aquellas que ahora deben regir el juicio de Constitucionalidad de una determinada norma. En estos casos, no se puede considerar que el fallo vulnera la cosa juzgada, ya que el nuevo análisis parte de un marco o perspectiva distinta, que en lugar de ser contradictorio conduce a precisar los valores y principios constitucionales y permiten aclarar o complementar el alcance y sentido de una institución jurídica” (Corte Constitucional, sentencia C-774 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil).

Recuérdese que la exposición de motivos del proyecto de Acto Legislativo planteó que “se mantendrían las atribuciones de la captura administrativa, en los eventos establecidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, especialmente a partir de la Sentencia C-024 de 1994”; razón por la cual el artículo 3.º del proyecto de acto legislativo consagró que “Excepcionalmente, la ley podrá facultar a la Fiscalía General de la Nación para realizar capturas administrativas”.³⁷⁹ Con la reforma se trasladaba a la fiscalía la competencia que bajo el sistema precedente se había otorgado a la Policía Nacional, en los términos de la mencionada sentencia, lo que representaba una mutación constitucional sobre dicha competencia, al amparo de un nuevo sistema que despojaba a la fiscalía de la facultad de restringir la libertad del justiciable.

En el informe de ponencia para segundo debate del proyecto de reforma constitucional en el Senado, se expresó:

a) Desjudicialización de la Fiscalía General de la Nación [...]. Sin embargo, se reserva la posibilidad de capturar administrativamente en los términos que la ley fije, pues se ha considerado que siendo la principal finalidad del proyecto fortalecer la fiscalía, dadas las condiciones por las que atraviesa nuestro país, es necesario establecer un mecanismo de urgencia que permita a la Fiscalía capturar en casos diferentes a los de flagrancia, en todo caso sujeto a un control judicial posterior en un término máximo de treinta y seis (36) horas.³⁸⁰

Un entendimiento como el expresado llevaría a concluir que si el principio de reserva judicial de la libertad se hubiera reforzado tras la expedición del Acto Legislativo 003 de 2002 y que, como consecuencia de ello, las situaciones excepcionales aludidas por la sentencia C-024 de 1994 ahora se solucionarían con las atribuciones otorgadas a la fiscalía, no habría razón para sostener, desde el punto de vista constitucional, que la “detención preventiva administrativa” conservara su vigencia.³⁸¹ Por lo demás, no sobra

379 Gaceta del Congreso n.º 134 de 2002.

380 Gaceta del Congreso n.º 232 de 2002, op.cit.

381 La Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de habeas corpus del día julio 11 de 2007, indicó: “Llama la atención que a pesar de no estar respaldada la aprehensión de JORGE LUIS NAVARRO HERNÁNDEZ en el necesario mandamiento judicial, como lo admite el Magistrado sustanciador de primer grado, este haya negado el amparo demandado por considerar que la retención ocurrida en las circunstancias mencionadas es equiparable a la «captura administrativa» prevista en el artículo 28 de la Constitución Política y prohijada en sentencia C-024 de 1994 de la Corte Constitucional, como quiera que revela el desconocimiento del último pronunciamiento de dicha Corporación sobre el tema, contenido en la sentencia C-176 de 2007” (radicado 27902, Magistrado Yesid Ramírez Bastidas). . [Se agregó el subrayado].

advertir que el párrafo del artículo 297 de la ley 906 de 2004 expresamente señaló que “Salvo los casos de captura en flagrancia, o de la captura excepcional dispuesta por la Fiscalía General de la Nación, con arreglo a lo establecido en este código, el indiciado, imputado o acusado no podrá ser privado de su libertad ni restringido en ella, sin previa orden emanada del juez de control de garantías”, lo que significaba que el propio legislador estaba inadmitiendo la existencia de cualquier otra restricción de la libertad.

A pesar de lo anterior y sin que se expusieran motivaciones relacionadas con la implementación de una excepción a la reserva judicial de la libertad, durante el tercer debate del proyecto de ley de seguridad ciudadana la comisión primera de la Cámara indicó que por solicitud expresa de la Unidad Nacional Antinarcoóticos e Interdicción Marítima —Unaim—, de la Fiscalía General de la Nación, el proyecto incluiría una norma especial sobre interdicción marítima, la cual había sido solicitada para el cumplimiento de los compromisos internacionales de Colombia en la lucha contra el tráfico de estupefacientes.

Para el efecto, decía el informe de ponencia, era necesario aplicar el procedimiento de interdicción marítima cuando se sospechara que una nave estaba siendo utilizada para el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, y ordenar que en el puerto se realizaran las pruebas para determinar si las sustancias eran ilícitas; solo en ese momento se configuraría la flagrancia, “pues antes de ello no se sabe si se está incurriendo en un tráfico de estupefacientes y se estaría aplicando únicamente el proceso de conducción de la nave a puerto señalado en las normas internacionales sobre interdicción marítima”.³⁸²

La propuesta en tal sentido fue presentada por la representante Adriana Franco Castaño,³⁸³ como consecuencia de lo cual dicha célula legislativa y luego la corporación en pleno aprobaron la inclusión de un párrafo segundo en el artículo 298 de la Ley 906 de 2004, el cual establecería:

382 El informe de ponencia fue publicado en la Gaceta del Congreso N.º 43 de 2011.

383 Véase el Acta 51 de la comisión primera de la Cámara, publicada en la Gaceta del Congreso N.º 263 de 2011.

El artículo 298 de la Ley 906 de 2004 quedará así:

[...]

Parágrafo 2.° Cuando existan motivos razonables para sospechar que una nave está siendo utilizada para el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, los miembros uniformados de la Armada Nacional deberán aplicar el procedimiento de interdicción marítima y conducir inmediatamente la nave y las personas que estén a bordo al puerto para que se verifique el carácter ilícito de las sustancias transportadas. En este caso, el término señalado en el parágrafo anterior se contará a partir del momento en el cual se verifique que las sustancias transportadas son ilícitas en el puerto, siempre y cuando se cumpla el procedimiento de interdicción marítima y se hayan respetado los derechos fundamentales de los involucrados”.³⁸⁴

El texto del artículo anterior se convirtió, tras el trámite ante la comisión de conciliación, en el artículo 56 de la Ley 1453 de 2011.

Dos cosas se pueden apreciar de la mencionada reforma:

- Por vía del procedimiento de interdicción marítima la nueva ley autorizó la **captura con fines de verificación**,³⁸⁵ lo que en la práctica sería la resurrección

384 Se agregaron los subrayados.

385 “La interdicción marítima es el procedimiento contemplado dentro de las operaciones navales para que, después de ser detectada una embarcación sospechosa de realizar actividades delictivas navegando en el mar y de haberse comunicado tanto por vía radial, con destellos de luces como por altoparlantes que debe parar máquinas para permitir una visita e inspección, por parte de la autoridad marítima, si esta hace caso omiso a los llamados y continua su navegación impidiendo su abordaje, obliga a las autoridades a perseguir a esta embarcación y a usar los medios adecuados para que esta detenga los motores y permita el abordaje y la inspección física de la embarcación y de su tripulación. Una operación de interdicción marítima, implica el desarrollo de diferentes procedimientos, maniobras o movimientos tácticos marítimos, utilizados por las embarcaciones del gobierno para efectuar la detección, el seguimiento, la detención, el abordaje, la inspección, y de encontrarse a bordo de la otra embarcación narcóticos o cualquier otra clase de actividad ilícita, efectuar la incautación de la embarcación y la captura de los tripulantes, con el propósito de ser puestos a disposición de las autoridades competentes para su judicialización.

La República de Colombia en el cumplimiento de su misión institucional y en especial en el de su responsabilidad frente a la guerra contra el narcotráfico, basada en la estrategia “Cerrando Espacios”, en cabeza de la Armada Nacional, desarrolla operaciones de interdicción marítima con el propósito de efectuar el control naval del tráfico marítimo, para impedir que las organizaciones del narcotráfico utilicen las aguas jurisdiccionales Colombianas, el sector costero y los ríos, para efectuar sus actividades delictivas de transporte marítimo de estupefacientes al exterior.

Para el desarrollo de las operaciones de interdicción marítima, la Armada Nacional involucra todos los medios disponibles tanto navales como aéreos; los medios navales utilizados son las unidades tipo Fragata, que se desempeñan como centros de comando y control operacional en el mar, estas unidades tienen la capacidad de detección electrónica por medio de radares así como capacidad de apoyo helicoportado, ya que tienen la facilidad de transportar a bordo un helicóptero naval, de lanzarlo y destacarlo en áreas de vigilancia, aumentando notablemente su capacidad de detección y persecución” (Lesmes, 2005)..[Se agregó el subrayado]. Sobre interdicción marítima también puede consultarse <http://>

de la captura administrativa, aunque introducida bajo circunstancias proscritas por el ordenamiento constitucional, de conformidad con lo precisado por la sentencia C-024 de 1994.

- Se consagró una **captura sin término**, pues las 36 horas establecidas para que se ponga al capturado a disposición del juez de control de garantías solo empieza a correr una vez se verifique el carácter ilícito de las sustancias transportadas, lo que significa que el tiempo que transcurre entre la retención de los ocupantes de la nave y su conducción al puerto, y entre ésta y la verificación de las circunstancias que originaron la captura, no tiene relevancia alguna.

Como puede verse, resulta bastante evidente la burla del legislador a la doctrina constitucional sobre las excepciones a la reserva judicial de la libertad en el sistema acusatorio colombiano, y más claro el desprecio por la libertad personal de aquellos que se encuentran en las naves y que, pese a presumirse inocentes, como lo manda nuestra Constitución, son sometidos a la fuerza del Estado que simplemente quiere verificar si se transportan sustancias prohibidas en la embarcación.

Llama la atención que a pesar de la manifiesta inconstitucionalidad de semejante medida, no se presentó ninguna oposición.³⁸⁶ Todo parece indicar que fue suficiente con que la Unaim de la Fiscalía General de la Nación hubiese solicitado la inclusión de tal disposición para que así ocurriera, sin reparo alguno. Ni siquiera la contradicción existente entre dicha norma y el parágrafo del artículo 297 de la ley 906 de 2004, que expresamente niega la posibilidad de capturas distintas a las producidas por orden judicial, flagrancia o captura excepcional, impidió que se cometiera semejante exabrupto.

Parecería inútil tener que recordar que, aún en vigencia de la captura administrativa, en tiempos en que, como se dejó expresado atrás, era menos riguroso el principio de reserva judicial de la libertad, la Corte Constitucional

www.revistanaval.com/blimdanet/historias/MIO/mio.htm

386 Según quedó registrado en el Acta 51 de la comisión primera de la Cámara, el texto fue conciliado entre la representante Adriana Franco y el viceministro de Justicia, luego de lo cual fue aprobado sin ninguna oposición (véase la Gaceta del Congreso 263 de 2011).

había advertido que la ley que desarrollara la captura administrativa debía tener en cuenta, entre otras cosas, que ella debía basarse en razones objetivas,³⁸⁷ y que en ningún caso la retención podría ser superior a las 36 horas, contadas, como es apenas obvio, desde el momento de la aprehensión. En igual sentido, la sentencia C-024 de 1994 indicaba, como también se enunció, que la ley debía ocuparse de regular las formalidades necesarias en este tipo de detenciones, y de delimitar los eventos y motivos en los que ella podría operar, asuntos que pasaron inadvertidos por la disposición en comento. Así mismo dicha sentencia indicaba cuáles eran las autoridades competentes para tales aprehensiones, diferenciado entre miembros de la Policía Nacional y miembros de las fuerzas militares.³⁸⁸

Para el legislador, nada de lo dicho merecía importancia y, no contento con ello, asignó a la Armada Nacional una típica función de policía judicial, claramente violatoria de la Constitución Política que prohíbe que las fuerzas militares investiguen a los civiles,³⁸⁹ que es justamente lo que permite dicha disposición

387 “Los motivos fundados son hechos, situaciones fácticas, que si bien no tienen la inmediatez de los casos de flagrancia sino una relación mediata con el momento de la aprehensión material, deben ser suficientemente claros y urgentes para justificar la detención. El motivo fundado que justifica una aprehensión material es entonces un conjunto articulado de hechos que permitan inferir de manera objetiva que la persona que va a ser aprehendida es probablemente autora de una infracción o partícipe de ella. Por consiguiente, la mera sospecha o la simple convicción del agente policial no constituye motivo fundado [...] Más allá de la simple sospecha, la detención debe estar entonces basada en situaciones objetivas que permitan concluir con cierta probabilidad y plausibilidad que la persona está vinculada a actividades criminales” (Corte Constitucional, sentencia C-024 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero).

388 La sentencia C-024 de 1994 expresó: “La Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz [...] se distingue entonces de las Fuerzas Militares por la ausencia de disciplina castrense y por su naturaleza civil [...] como autoridad administrativa, cumple funciones preventivas mas no represivas, salvo cuando actúa como colaboradora de las autoridades judiciales en ejercicio de la función de policía judicial”.

389 Al respecto la Corte Constitucional indicó: “De los dos cuerpos que conforman la fuerza pública, únicamente la Policía Nacional cumple funciones de policía judicial, lo que se explica en razón de su fin primordial orientado a velar por el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas. Se confirma así el esencial papel de tutela de la libertad que es propio de la policía judicial y que por lo mismo se pone en acción cuando el individuo se enfrenta al poder punitivo del Estado.

Las fuerzas militares, en atención a sus objetivos constitucionales —defensa de la soberanía, de la independencia, de la integridad del territorio y del orden constitucional— carecen de competencia en materia de policía judicial. En verdad, desnaturalizaría su fisonomía, atribuir a las fuerzas militares funciones de policía judicial. [...]

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 213 de la Constitución Política ‘En ningún caso los civiles podrán ser investigados o juzgados por la Justicia Penal Militar’. Asignar a los miembros de las fuerzas militares competencias en materia de policía judicial, cuya naturaleza investigativa se ha puesto de relieve en esta sentencia, conduce a configurar

con la pregonada verificación de la ilicitud de las sustancias transportadas en la embarcación.

Ahora bien, como quiera que la norma que se critica parte de la aplicación del procedimiento de interdicción marítima, resulta obligado analizar también los aspectos relacionados con la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, suscrita en el año 1998, y más concretamente los procedimientos adoptados para el tráfico ilícito en el mar, para darnos cuenta que ni siquiera la normatividad internacional sirvió de freno al legislador. En efecto, el artículo 17 de la mencionada Convención estableció:

Tráfico ilícito por mar.

1. Las Partes cooperarán en todo lo posible para eliminar el tráfico ilícito por mar, de conformidad con el derecho internacional del mar.³⁹⁰

2. Toda Parte que tenga motivos razonables para sospechar que una nave de su pabellón, o que no enarbole ninguno o no lleve matrícula, está siendo utilizada para el tráfico ilícito, podrá solicitar asistencia de otras Partes a fin de poner término a esa utilización. Las Partes a las que se solicite dicha asistencia la prestarán con los medios de que dispongan.

3. Toda Parte que tenga motivos razonables para sospechar que una nave que esté haciendo uso de la libertad de navegación con arreglo al derecho internacional y que enarbole el pabellón o lleve matrícula de otra Parte, está siendo utilizada para el tráfico ilícito, podrá notificarlo al Estado del pabellón y pedir que confirme la matrícula; si la confirma, podrá solicitarle autorización para adoptar las medidas adecuadas con respecto a esa nave.

una hipótesis que la Constitución proscribiera: que los civiles sean investigados por los militares". (Corte Constitucional, Sentencia C-034 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

390 El Derecho internacional del mar está regido principalmente por la "Convención de las Naciones Unidas para el Derecho del Mar", la cual establece el marco fundamental sobre los aspectos relacionados con soberanía, jurisdicción, utilización y derechos y obligaciones de los Estados en relación con los océanos. La Convención trata sobre el espacio oceánico y su utilización en todos sus aspectos: navegación, sobrevuelo, exploración y explotación de recursos, conservación y contaminación, pesca y tráfico marítimo. Contiene 320 artículos y nueve anexos que definen zonas marítimas, establecen normas para demarcar límites marítimos, asignan derechos, deberes y responsabilidades de carácter jurídico y prevén un mecanismo para la solución de controversias. Dicha Convención fue producto de negociaciones iniciadas en la Tercera Conferencia sobre el Derecho del Mar en 1973 y se abrió a la firma en 1982 en Montego Bay, Jamaica. (Disponible en: <http://www.cinu.org.mx/temas/Derint/dermar.htm>).

4. De conformidad con el párrafo 3 o con los tratados vigentes entre las Partes, o con cualquier otro acuerdo o arreglo que se haya podido concertar entre ellas, el Estado del pabellón podrá autorizar al Estado requirente, entre otras cosas, a:

a) Abordar la nave;

b) Inspeccionar la nave;

c) Si se descubren pruebas de implicación en el tráfico ilícito, adoptar medidas adecuadas con respecto a la nave, a las personas y a la carga que se encuentren a bordo.

5. Cuando se adopte una medida de conformidad con el presente artículo, las Partes interesadas tendrán debidamente en cuenta la necesidad de no poner en peligro la seguridad de la vida en el mar ni la de la nave y la carga y de no perjudicar los intereses comerciales y jurídicos del Estado del pabellón o de cualquier otro Estado interesado.

Como puede observarse, las medidas que deben adoptarse sobre la nave y sus ocupantes parten del presupuesto de que como resultado del abordaje e inspección de la nave “se descubren pruebas de implicación en el tráfico ilícito”, lo que conlleva a que se tomen las medidas hoy autorizadas por el artículo 298 de la Ley 1453 de 2011. La Organización de las Naciones Unidas no era ajena a la necesidad de respetar los derechos de las personas que ocupaban las embarcaciones sobre las que se hiciera el procedimiento de interdicción marítima; por el contrario, partía del presupuesto de que solo con la existencia de la prueba de la ilicitud, esto es, con la existencia de una situación de flagrancia, se podrían adoptar “medidas adecuadas con respecto a la nave, a las personas y a la carga que se encuentren a bordo”, en todo caso cuidándose de que dichas medidas tuvieran en cuenta “la necesidad de no poner en peligro la seguridad de la vida en el mar ni la de la nave y la carga y de no perjudicar los intereses comerciales y jurídicos del Estado del pabellón o de cualquier otro Estado interesado”.

Estas exigencias poco le importaron al legislador que autorizó desviar el rumbo de la nave y detener a sus ocupantes solo para buscar las pruebas que, según la mencionada Convención, han debido aparecer de manera previa. De nuevo el legislador consagra el presupuesto a la inversa: primero se detiene a las personas y luego se constata si existieron o no los motivos que justifiquen la detención; es una modalidad de retención realizada para establecer la flagrancia, lo cual rompe con el ordenamiento nacional e internacional.

Pero como en épocas de democracia sitiada todo se vale, más aun si de legitimar la lucha frontal contra el narcotráfico se trata, es asunto de poca importancia las horas o los días que dure la comprobación de si en la nave intervenida se transportaban o no sustancias prohibidas, como tampoco importará el que los ocupantes de la nave deban permanecer bajo interdicción de sus derechos mientras se demuestra que todo se debió a un error de la Armada Nacional.

Bajo el anhelo de combatir eficazmente a la delincuencia, de nada sirve que la Constitución Política disponga que la libertad solo puede restringirse si existe orden judicial, o si se presenta una situación de flagrancia o existe orden de captura expedida excepcionalmente por el Fiscal; tampoco importa que se exija que el capturado sea presentado personalmente ante el juez de control de garantías dentro de las 36 horas siguientes a su retención, ni será importante que la recolección de pruebas para acreditar la ilicitud que se sospecha nazca de la iniciativa y de la labor de las fuerzas militares; por el contrario, como se ha dicho insistentemente, el derecho penal se pone al servicio de una política criminal hecha sin miramientos, sin reparos, en fin, sin escrúpulos, pues no se puede dar al traste con la eficacia de la justicia que se ha enarbolado como un fin en sí mismo.³⁹¹

Como es apenas lógico, bajo el anhelo de realizar tal finalidad, las personas son instrumentalizadas y sus derechos reducidos a la mínima expresión. Al fin y al cabo el papel disuasivo de la norma penal será mayor cuanto más sea el poder que se otorgue al Estado y menos los derechos que se puedan reclamar. Esa es la esencia del derecho penal autoritario, sobre el que hemos venido caminando por largos años y desde el cual se estructura una idea de justicia que se persigue sin que interese el precio que deba pagarse.

391 Como justificación de dicha medida el presidente Santos explicó: "Eso es bien importante, porque resulta que había muchos casos donde, para dar un ejemplo, la Armada Nacional agarra unos delincuentes en altamar y se demoraba en llegar a avisar que tenía unos delincuentes, entonces el juez de garantía si no había allí tenía que soltarlo porque se vencían los términos. Cosas absurdas. Todo eso lo estamos cambiando con esta ley" (En: <http://noticias.telemedellin.tv/2011/06/24/ley-de-seguridad-fortalece-instrumentos-para-combatir-la-delincuencia-afirma-santos/>).

4.3. La captura para hacer efectiva la sentencia condenatoria, y la eliminación del control de su legalidad

Cuando, tras la implementación del sistema acusatorio colombiano, se discutía si los jueces de control de garantías debían realizar audiencias de legalización de capturas cuando ellas eran producto de una orden judicial para hacer efectiva la sentencia, muy tempranamente la práctica judicial eliminó dicha posibilidad al considerar que el ámbito de actuación de dicho funcionario termina una vez se profiere la sentencia condenatoria, y que a partir de entonces la protección de los derechos del condenado radica en cabeza del juez que profirió la sentencia, si ella no se encuentra ejecutoriada o, en caso contrario, del de ejecución de penas y medidas de seguridad. Se daba por descontado que si el Juez de Control de Garantías es el juez de la investigación³⁹², terminado el proceso penal su intervención sería innecesaria.

De acuerdo con ello, una vez producida la captura, el respectivo juez formalizaría la reclusión del capturado con la expedición de la orden de encarcelamiento correspondiente, aplicando para el efecto el artículo 304 de la Ley 906 de 2004,³⁹³ que disponía:

Artículo 304. Formalización de la reclusión. Cuando el capturado deba ser recluido el funcionario judicial a cuyas órdenes se encuentre lo remitirá inmediatamente a la autoridad del establecimiento de reclusión pertinente, para que se le mantenga privado de la libertad. La remisión expresará el motivo y la fecha de la captura.

En caso de que el capturado haya sido conducido a un establecimiento carcelario sin la orden correspondiente, el director la solicitará al funcionario que ordenó su captura. Si transcurridas treinta y seis (36) horas desde el ingreso del aprehendido no se ha satisfecho este requisito, será puesto inmediatamente en libertad.

392 Al respecto la Corte Constitucional, mediante sentencia C 336 de 2007, con ponencia del Magistrado JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, expresó: "Así, la creación del Juez de control de garantías o juez de la investigación penal, responde al principio de necesidad efectiva de protección judicial, en razón a que muchas de las medidas procesales que se adoptan en el curso de la investigación penal entran en tensión con el principio de inviolabilidad de determinados derechos fundamentales, los cuales únicamente pueden ser afectados en sede jurisdiccional." (el subrayado no corresponde al texto original)

393 Este artículo fue modificado por el artículo 23 de la Ley 1142 de 2007, y recientemente por el artículo 58 de la Ley 1453 de 2011, pero ambas normas mantuvieron la redacción del inciso segundo original.

Aunque la norma transcrita no descartaba la eliminación del control de legalidad de la captura, sino que, por el contrario, indicaba que el juez debía primero decidir si la persona sería recluida, para lo cual resultaba obligada la audiencia en la que se constatará la legalidad de la captura, la práctica judicial entendió que si el inciso segundo de la mencionada disposición autorizaba la reclusión del capturado sin la orden judicial correspondiente, era porque existían casos en los que tal audiencia no era necesaria y, para formalizar la captura, solo bastaba con que el juez que la había ordenado remitiera al director del centro de reclusión la solicitud del encarcelamiento.

Aunque el inciso segundo del artículo 304 de la Ley 906 de 2004 replicaba lo dispuesto por el artículo 352 de la Ley 600 de 2000,³⁹⁴ su aplicación comportaba dos graves problemas, a saber:

- i) Desconocía que la Ley 599 de 2000, en tutela de la libertad individual y otras garantías, había prohibido la práctica del encarcelamiento sin el previo cumplimiento de los requisitos legales, al consagrar en su artículo 176 el delito de “detención arbitraria especial”,³⁹⁵ lo que les impedía a los funcionarios de establecimientos de reclusión recibir a una persona privada de su libertad si no existía la orden de encarcelamiento respectiva. Así las cosas, la única manera de hacer compatible la mencionada disposición con la tutela de la libertad consagrada en el Código Penal, sería inaplicando dicho procedimiento e impidiendo que una persona fuera remitida a un centro de reclusión sin que antes fuera legalizada su captura.

394 El artículo 352 de la Ley 600 de 2000 dispone: “Formalización de la captura. Cuando el capturado, según las previsiones legales, deba ser recluido, el funcionario judicial bajo cuyas órdenes se encuentre dispondrá de un plazo máximo de treinta y seis (36) horas para legalizar dicha situación, contadas a partir del momento en que tenga noticia de la captura. En tal caso, expedirá mandamiento escrito al director del respectivo establecimiento de reclusión, para que en dicho lugar se le mantenga privado de libertad. La orden expresará el motivo de la captura y la fecha en que esta se hubiere producido.

Vencido el término anterior sin que el director del establecimiento de reclusión hubiere recibido la orden de encarcelación, procederá a poner en libertad al capturado, bajo la responsabilidad del funcionario que debió impartirla.

El incumplimiento de la obligación prevista en el inciso anterior, dará lugar a la responsabilidad penal correspondiente”.

395 El artículo 176 de la Ley 599 de 2000 dispuso: “El servidor público que sin el cumplimiento de los requisitos legales reciba a una persona para privarla de libertad o mantenerla bajo medida de seguridad, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a noventa (90) meses y pérdida del empleo o cargo público”.

- ii) Disponía el procedimiento propio de un régimen procesal en el que no existía el juez de control de garantías, por lo que su aplicación introducía una salvedad que fraccionaba la voluntad del Acto Legislativo 003 de 2002, toda vez que si existían casos en los que no se practicaba el control de legalidad de la captura, a pesar de que el derecho a la libertad pudiera afectarse ilegalmente, la tutela del derecho a la libertad estaría excepcionada por virtud de la ley y contra la voluntad del constituyente.

Respecto a esto último, es preciso indicar que la interpretación sistemática de las disposiciones que gobiernan la función del Juez de Control de Garantías determinan que su creación no está ligada solamente al reforzamiento de la reserva judicial de la libertad sino, fundamentalmente, a la garantía de que los derechos de los justiciables y otros intervinientes, sin importar su condición dentro del proceso, sean respetados, y que las afectaciones de sus derechos correspondan al preciso límite que la constitución y la ley permiten.

Como es natural, esta función adquiere relevancia especial cuando de controlar la legalidad de la restricción del derecho a la libertad se trata. Por tal razón el inciso final del artículo 2.º de la Ley 906 de 2004 dispuso que “*En todos los casos se solicitará el control de legalidad de la captura al juez de garantías, en el menor tiempo posible, sin superar las treinta y seis (36) horas siguientes*”,³⁹⁶ disposición cuya finalidad radica en asegurar que *todo capturado* pueda dar cuenta ante el Juez de Control de Garantías de la manera como se realizó su aprehensión y, como consecuencia de ello, permitir que dicho funcionario constate, antes de decidir sobre el encarcelamiento, que sus derechos han sido respetados. Debe garantizarse que cuando el Estado afecta el derecho a la libertad de un ciudadano es porque ha cumplido todos los presupuestos sustanciales y procesales que los tratados internacionales de derechos humanos y la constitución política colombiana establecen como contención a la arbitrariedad o el abuso.

Pese a lo dicho y como forma de cerrar cualquier discusión respecto de la práctica así mencionada, la representante a la Cámara Adriana Franco consideró necesario que el proyecto de ley consignara una adición al artículo 298 de la ley

396 Se agregaron las cursivas.

906 de 2004, en la que se hiciera expresa la eliminación de la actuación del juez de control de garantías cuando la captura se produjera para el cumplimiento de la sentencia. Durante el tercer debate del proyecto en la Cámara, la mencionada Congresista expresó:

[...] es que si ya se dictó la sentencia condenatoria, la captura no tiene que ver con la comparecencia en el proceso, sino con el cumplimiento de la condena, si usted revisa todo el texto del parágrafo, allí se advierte que debe celebrarse una audiencia, por consiguiente esta excepción no aplicaría por cuanto no es necesario una audiencia ante el juez de garantías, como quiera que ya estamos hablando de una sentencia condenatoria.³⁹⁷

Sin oposición alguna, el Congreso aprobó la propuesta de la parlamentaria,³⁹⁸ lo que trajo como consecuencia que, ya no por virtud de la práctica judicial sino de la ley misma, en nuestro país existen capturados de mejor y de peor familia. Los primeros merecen que dentro de las 36 horas siguientes a su captura se les presente ante el juez de control de garantías para que se verifique las condiciones de su aprehensión y, con ello, se ejerza el control sobre el respeto de los derechos a la defensa, la integridad física y la libertad.³⁹⁹ Otros, en cambio, por el hecho de haber

397 Gaceta del Congreso N.º 263 de 2011.

398 El representante Germán Navas Talero manifestó su preocupación por el hecho de que un director de establecimiento de reclusión recibiera a alguien sin la correspondiente orden escrita del funcionario judicial. En tal sentido expresó: "Una precisión señor Presidente. En este momento hay un tipo penal que se llama privación, lista la libertad, que dice que ningún Director de establecimiento carcelario podrá recibir sin el cumplimiento de los requisitos legales a un detenido; entonces yo no sé hasta dónde la propuesta de ustedes pueda contraponerse a esta, porque el Director de la cárcel, no puede verbalmente recibir a nadie, él los recibe a través de una orden escrita que le envía la autoridad competente; para estos efectos, el juez o fiscal. Sería bueno que miraran ustedes este tipo penal a que me refiero, ya que no tengo el Código acá, donde le prohíbe al Director de un establecimiento de reclusión, recibir a una persona para mantenerla privada de la libertad sin la orden escrita y con las formalidades legales" (Acta No 50 publicada en la Gaceta del Congreso N.º 261 de 2011).

399 Al respecto conviene precisar que cuando la Corte Constitucional se pronunció sobre la importancia de que la persona capturada fuera presentada personalmente ante el Juez de Control de garantías, expresó que para la protección de los derechos del detenido, de la lectura sistemática de las normas que integran el bloque de constitucionalidad se deduce que poner al capturado a disposición del juez implica su presentación o entrega física, puesto que esa diligencia no solo asegura el ejercicio de funciones judiciales, sino también la eficacia de los derechos del detenido, tanto en relación con el proceso (la plena identificación, a la defensa y a la contradicción) como en su esfera personal, tales como los derechos a la libertad y a la integridad física del detenido. Por ello, afirmó la Corte, la regulación sobre la captura tiene un propósito que va más allá de asegurar que la restricción a la libertad se realice de acuerdo a la ley y ante funcionarios competentes. También tiene un propósito protector de la integridad de la persona, razón por la cual, en la audiencia de legalización de la captura, el juez de control de garantías no solo evaluará la situación en que se produjo la restricción de la libertad —flagrancia u orden judicial—, sino también el cumplimiento de los requisitos señalados en la ley para hacer efectivos los derechos del capturado, pues en esa oportunidad puede ordenarse la cancelación de la orden de captura y lo pertinente

sido condenados, no gozan de ese privilegio, no están sometidos a la rigurosidad de los términos establecidos para los primeros, ni tienen derecho a que se establezca que en el procedimiento de captura se respetaron sus derechos, como no sea, claro está, por medio del acta de buen trato elaborada por la policía judicial, cuyo contenido dista en ocasiones de corresponder a lo que en ella se expresa.

La nueva ley alejó al capturado del juez y, con ello, de la posibilidad de que se declare que su captura es ilegal, solo porque se hizo efectiva con ocasión de una orden de captura expedida para materializar la sentencia condenatoria. Y aunque se pueda afirmar que el control del respeto de las garantías es una labor que compete a todos los jueces, y que en tal sentido no se reducen los derechos del capturado por el hecho de que sea puesto a disposición del juez de conocimiento que profirió la sentencia, la verdad es que desaparecido el escenario de la audiencia de control de legalidad desaparece también la obligación de hacer la presentación personal del capturado y, de contera, la constatación directa que sobre la integridad personal del capturado deba hacer el juez.

¿Será entonces el artículo 56 de la Ley 1453 de 2011 la legitimación del desprecio y de los malos tratos para quienes adquirieron el rótulo de criminales,⁴⁰⁰ condenados por tanto a saberse despojados de sus derechos y a enfrentar tratamientos rigurosos que satisfagan el deseo de venganza pública?

4.4. El fortalecimiento de la detención preventiva y la consagración de nuevas prohibiciones para subrogados y sustitutos penales.

En lo que respecta al fortalecimiento de la detención preventiva, la nueva ley de seguridad ciudadana consignó tres estrategias: i) amplió a tres años la vigencia de las capturas que había implementado la Ley 1142 de 2007 como presupuesto para la detención preventiva, ii) redefinió el concepto de peligrosidad del imputado, y iii) aumentó los términos para la obtención de libertad provisional.

para la protección de sus derechos. Luego, la presencia física del indiciado en dicha diligencia es fundamental para la eficacia de sus derechos, por lo que admitir lo contrario implicaría afectar gravemente el núcleo esencial del derecho a la defensa material, a la integridad física y a la libertad del indiciado (Corte Constitucional, sentencia C-425 de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra). Al respecto pueden consultarse también las sentencias C-251 de 2002 y C-591 de 2005, previamente citadas.

400 Baratta afirma que los estereotipos de criminalidad influyen y guían la acción de los organismos oficiales, tornándola de este modo socialmente selectiva (1993: 103).

En relación con lo primero, el artículo 60 de la Ley 1453 de 2011 dispuso:

ARTÍCULO 60. PROCEDENCIA DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA. El artículo 313 de la Ley 906 de 2004 quedará así:

Artículo 313. Procedencia de la detención preventiva. Satisfechos los requisitos señalados en el artículo 308, procederá la detención preventiva en establecimiento carcelario, en los siguientes casos:

[...]

4. Cuando la persona haya sido capturada por conducta constitutiva de delito o contravención, dentro del lapso de los tres años anteriores, contados a partir de la nueva captura o imputación, siempre que no se haya producido la preclusión o absolución en el caso precedente.

Como se expresó en el capítulo anterior, la Ley 1142 de 2007 estableció una nueva causal de detención preventiva cuando el imputado hubiese sido capturado dentro del año anterior a su nueva captura o imputación; con ello nuevamente se atropellaba la presunción de inocencia con signos de peligrosidad nacidos de capturas anteriores, lo que hacía que el sistema acusatorio fuera mucho más regresivo que el sistema implementado por la Ley 600 de 2000. Esa disposición fue declarada exequible mediante sentencia C-425 de 2008, pues, según lo expresó la Corte Constitucional, cuando contra la misma persona se producían más de una captura en un año, existía un indicador sobre la necesidad de la detención preventiva, porque ello demostraba un cierto desprecio por la administración de justicia.

Tal vez esa licencia así otorgada por la Corte Constitucional abrió la puerta para que la nueva ley ampliara ahora a tres años el margen de peligrosidad del imputado y con ello las posibilidades de su encarcelamiento. Aunque la exposición de motivos nada expresó sobre las razones para incrementar el mencionado período de uno a tres años, era de entenderse que el indicador de peligrosidad referido por la guardiana suprema de la Constitución podría ampliarse para el bien de la seguridad ciudadana, pues al fin y al cabo cuando las medidas de aseguramiento son utilizadas para disciplinar, resulta bastante útil exigir comportamientos intachables, los cuales perderán tal atributo si contra el imputado se han producido capturas o imputaciones anteriores que digan de su peligrosidad.

Y si lo anterior fuera poco, el beneficio que se lograba con el peligrosismo exacerbado construido cuando la persona era capturada por conducta constitutiva de delito o contravención, dentro del lapso de los tres años anteriores, recomendaba una nueva modificación del artículo 310 de la Ley 906 de 2004, para establecer presupuestos adicionales de peligrosidad del imputado e incrementar así las oportunidades para la prisión provisional. Para el efecto, el artículo 65 de la Ley 1453 de 2011 dispuso lo siguiente:

ARTÍCULO 65. El artículo 24 de la Ley 1142 de 2007, que modificó el artículo 310 de la Ley 906 de 2004, quedará así:

Artículo 24. Peligro para la comunidad. Para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad será suficiente la gravedad y modalidad de la conducta punible, además de los fines constitucionales de la detención preventiva. Sin embargo, de acuerdo con el caso, el juez podrá valorar adicionalmente alguna de las siguientes circunstancias:

1. La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales.
2. El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos.
3. El hecho de estar acusado, o de encontrarse sujeto a alguna medida de aseguramiento, o de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional.
4. La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional.
5. Cuando se utilicen armas de fuego o armas blancas.
6. Cuando se utilicen medios motorizados para la comisión de la conducta punible o para perfeccionar su comisión, salvo en el caso de accidentes de tránsito.
7. Cuando el punible sea por abuso sexual con menor de 14 años.
8. Cuando hagan parte o pertenezcan a un grupo de delincuencia organizada.

La licencia que obtendría el legislador para incluir como presupuesto de peligrosidad del imputado el que hubiese sido capturado anteriormente sin que ello, según lo consignara la sentencia C 425 de 2008, constituyera afectación del derecho a la presunción de inocencia, abrió otro camino para animar la imposición de medidas de aseguramiento en los siguientes casos:

- Cuando se utilicen armas de fuego o armas blancas.
- Cuando se utilicen medios motorizados para la comisión de la conducta punible o para perfeccionar su comisión, salvo en el caso de accidentes de tránsito.
- Cuando el punible sea por abuso sexual con menor de 14 años.
- Cuando el imputado haga parte o pertenezca a un grupo de delincuencia organizada.

Como puede verse, la procedencia de la detención preventiva se deriva ahora del reproche que el legislador se hace de las circunstancias y modalidades de la conducta que se imputa, lo que indica que la ampliación de las posibilidades del encarcelamiento del imputado está ligada a la estrategia consistente en indicar, a priori, cuáles modalidades hablarían de su peligrosidad.

Pero a pesar del empeño de la ley por incrementar los factores que facilitarían la detención preventiva, las modalidades consagradas en el artículo 65 de la Ley 1453 de 2011 no deberían tener ningún efecto especial sobre la libertad del imputado, pues, según el condicionamiento impuesto en la sentencia C-1198 de 2008 , al momento de determinar el peligro que el imputado representa para la comunidad, el funcionario judicial deberá tener en cuenta que nunca es suficiente la valoración de la gravedad o la modalidad de la conducta punible, cualquiera sea, pues siempre deberán tenerse en cuenta las finalidades que la Constitución le ha otorgado a la detención preventiva, además de los requisitos contenidos en el artículo 308 de la Ley 906 de 2004 .

Por lo anterior, durante el trámite de la iniciativa legislativa, los ponentes del proyecto en la Cámara de Representantes constataron que no se había acatado el condicionamiento impuesto en la mencionada sentencia, sin embargo consideraron que la redacción de la norma se mejoraba “incluyendo en el primer inciso los fines constitucionales de la detención preventiva”, con lo que, al estar justamente desarrollando uno de los mencionados fines, se introducía una tautología que no resultaba insulsa, pues, aunque se daba la apariencia de que se respetaría el

camino trazado por la doctrina constitucional respecto de la necesidad de la medida de aseguramiento, lo que realmente se buscaba era seguir dando fuerza a las modalidades de la conducta que se imputaba, esta vez introduciendo presupuestos de peligrosidad paradójicamente amparados en la sentencia C 1198 de 2008.

Dicho en otras palabras, aunque la sentencia en cita partía de considerar que no podía estructurarse una detención preventiva bajo consideraciones relacionadas insularmente en la modalidad o gravedad de la conducta, pues no existía una política criminal que determinara cuáles eran las conductas realmente graves, el legislador continuaba construyendo criterios de peligrosidad del imputado según tales valoraciones, lo que sólo se explicaba, como se puso de presente en la Cámara de Representantes, ante el desconocimiento del condicionamiento que se había impuesto en dicha sentencia, sin que el problema se solucionara con la nueva redacción de la norma.

¿Qué sentido tendría admitir que los criterios de peligrosidad no pueden hacerse descansar en la modalidad o gravedad de la conducta, si al mismo tiempo el legislador sigue construyendo, a partir de tales modalidades, criterios que hablan de la peligrosidad del imputado?

Resulta palmario que los presupuestos de peligrosidad que permiten que se diagnostique objetivamente la procedencia de la detención a partir de las modalidades específicas contenidas en la norma que se comenta, constituyen una nueva desnaturalización de las medidas de aseguramiento, pues, en tal caso, la medida cautelar sirve para los fines de prevención general y retribución, en situación idéntica a la que contenía el artículo 24 de la Ley 1142 de 2007, como atinadamente se argumentó en la demanda de inconstitucionalidad.

Por lo demás, no sobra advertir que aunque desde el punto de vista jurídico los presupuestos de peligrosidad relacionados con las modalidades y la gravedad del delito no operarían de manera automática, la manipulación mediática, hecha para crear sentimientos colectivos o estados de opinión que legitimen tratamientos severos de la justicia para aquellos sujetos presentados como peligrosos, y por ello merecedores de encarcelamiento como única manera de conseguir la paz social, logra el efecto de influenciar también a los operadores jurídicos, quienes prevalidos de los juicios que han

construido sobre la peligrosidad de los justiciables, y guiados por la razón instrumental, verán en la prisión provisional una manera efectiva de realizar la defensa social, al margen de la inocencia del imputado. Ante tal influencia mediática, difícilmente los “peligrosos” tendrán escapatoria, pues rara vez el análisis sobre la procedencia de la medida de aseguramiento estará despojada de los prejuicios que sobre ellos se ha construido, máxime cuando es la propia ley la encargada de decir, ex ante, quienes son los peligrosos para una sociedad.

Por último, para incrementar la vigencia de la detención preventiva, el artículo 61 de la Ley de Seguridad Ciudadana aumentó los términos para la obtención de la libertad provisional,⁴⁰¹ como una forma de solucionar las excarcelaciones por vencimiento de

401 El artículo 61 de la Ley 1453 de 2011 dispuso: “El artículo 317 de la Ley 906 de 2004 quedará así:

Artículo 317. Causales de libertad. Las medidas de aseguramiento indicadas en los anteriores artículos tendrán vigencia durante toda la actuación. La libertad del imputado o acusado se cumplirá de inmediato y solo procederá en los siguientes eventos:

1. Cuando se haya cumplido la pena según la determinación anticipada que para este efecto se haga, o se haya decretado la preclusión, o se haya absuelto al acusado.
2. Como consecuencia de la aplicación del Principio de Oportunidad.
3. Como consecuencia de las cláusulas del acuerdo cuando haya sido aceptado por el Juez de Conocimiento.
4. Cuando transcurridos sesenta (60) días contados a partir de la fecha de la formulación de imputación no se hubiere presentado el escrito de acusación o solicitado la preclusión, conforme a lo dispuesto en el artículo 294. El término será de noventa (90) días cuando se presente concurso de delitos, o cuando sean tres o más los imputados.
5. Cuando transcurridos ciento veinte (120) días contados a partir de la fecha de la formulación de la acusación, no se haya dado inicio a la audiencia de juzgamiento.

PARÁGRAFO 1.º En los numerales 4 y 5 se restablecerán los términos cuando hubiere improbación de la aceptación de cargos, de los preacuerdos o de la aplicación del principio de oportunidad. No habrá lugar a la libertad cuando la audiencia de juicio oral no se haya podido iniciar por maniobras dilatorias del imputado o acusado, o de su defensor, ni cuando la audiencia no se hubiere podido iniciar por causa razonable fundada en hechos externos y objetivos de fuerza mayor, ajenos al juez o a la administración de justicia. En todo caso, la audiencia se iniciará cuando haya desaparecido dicha causa y a más tardar en un plazo no superior a la mitad del término establecido por el legislador en el numeral 5 del artículo 317 de la Ley 599 de 2000.

Los términos previstos en los numerales 4 y 5 se contabilizarán en forma ininterrumpida.

PARÁGRAFO 2.º En los procesos que conocen los jueces penales de los circuitos especializados, para que proceda la libertad provisional, los términos previstos en los numerales 4 y 5 de este artículo se duplicarán”.

El parágrafo segundo fue modificado por el artículo 38 de la Ley 1474 de 2011, conocida como ley anticorrupción, que consagró lo siguiente: “Artículo 38. El artículo 317 de la Ley 906 de 2004 tendrá un parágrafo segundo, el cual quedará así:

Parágrafo 1º [sic]. En los procesos por delitos de competencia de los jueces penales del circuito especializados, por delitos contra la administración pública y por delitos contra el patrimonio económico que recaigan sobre bienes del Estado respecto de los cuales proceda la detención preventiva, los términos previstos en los numerales 4 y 5 se duplicarán cuando sean tres (3) o más los imputados o los delitos objeto de investigación”.

términos, presentadas como una dificultad del sistema acusatorio y como un atentado contra la eficacia de la justicia.

Según quedó registrado en la discusión del proyecto ante la Cámara, el presidente del Tribunal Superior de Bogotá habría hecho llegar un documento que se entregó al viceministro de Justicia, en el que alertaba sobre el peligro de excarcelaciones masivas por vencimiento de términos.⁴⁰² En tal sentido, la necesidad de evitar liberaciones aconsejaría la ampliación de los términos, como efectivamente ocurrió tras la modificación introducida por el artículo 61 de la Ley 1453 de 2011.

Analizadas las motivaciones escuetamente expresadas en la discusión ante la Cámara,⁴⁰³ podría decirse que el respeto por el derecho a la libertad del procesado, adquirido como consecuencia de actuaciones procesales tardías que desdican del también derecho a obtener pronta y cumplida justicia, representa paradójicamente afectación de los intereses de la justicia, por lo que la estrategia recurrente consiste en ampliar los términos para que ello no ocurra.

Como puede observarse, en lugar de exigirse del Estado el diseño de estrategias adecuadas para alcanzar la prontitud de la justicia que inspiró al sistema acusatorio colombiano, tales como el incremento de jueces, fiscales, investigadores y empleados judiciales, que permitan un adecuado manejo de los asuntos bajo conocimiento y posibiliten la atención oportuna de los mismos, el legislador prefiere en cambio volver a viejas prácticas, propias del proceso penal que se quería superar, consistentes en solucionar el problema de la congestión judicial prolongando los términos y sacrificando la libertad de los imputados.

402 En inusual intervención de un presidente del Tribunal Superior de Bogotá ante la Cámara de Representantes, el Magistrado Marco Antonio Álvarez expresó en sesión informal de dicha Corporación: “dada la complejidad que presentan ciertos casos, en los que existen concurso de delitos o en los que existen varios acusados, es posible que el plazo de ciento veinte (120) días o el de noventa (90) que se estaba previendo, no sean suficientes, en esos casos el Tribunal propone que exista una duplicidad del plazo para evitar que se generen por vencimiento de términos, excarcelaciones masivas sobre todo como ustedes son conscientes de la dificultad que tiene en estos momentos la administración de justicia para enfrentar los casos delictivos, lo mismo se prevé para aquellos eventos de manifiestas dilaciones por parte del acusado, por parte del defensor [...]. La propuesta entonces, en concreto que el Tribunal canalizó, era manejar un plazo de ciento veinte (120) días corridos, por aquel inconveniente constitucional y en segundo lugar que los plazos pudieran ser ampliados, cuando se tratara de concurso de delitos o existieran tres o más acusados”. (Acta 51 de la comisión primera de Cámara, Gaceta del Congreso 263 de 2011).

403 Ídem.

Esa sin razón permitió no solo que el artículo 49 de la ley de seguridad ciudadana ampliara los términos de la investigación y el juzgamiento, sino también que su artículo 61 incrementara la duración de la detención preventiva, disponiendo además que los términos para la libertad provisional se duplicaran cuando se tratara de delitos de competencia de la justicia especializada, lo que revivió y convirtió en permanente el artículo 15 transitorio de la Ley 600 de 2000. Esa práctica, que se creía desterrada tras la implementación de un sistema procesal que decía privilegiar la prontitud de la justicia, se vio confirmada con la promulgación de la ley anticorrupción que ahora incluía también a los imputados por delitos contra la administración pública y contra el patrimonio económico sobre bienes del Estado, respecto de los cuales proceda la detención preventiva.⁴⁰⁴

Por último, la ley de seguridad ciudadana mantuvo la estrategia consistente en consagrar nuevas prohibiciones para subrogados y sustitutos penales, de la que ya se había ocupado la ley 1142 de 2007. Alimentada por la divulgación periodística de algunos actos delictivos cometidos por personas sometidas a prisión domiciliaria, el afán de perseguir la seguridad serviría para revisar de nuevo su procedencia y constituiría también la oportunidad para ocuparse de prohibiciones que fueran acordes con el trámite del estatuto anticorrupción que para entonces también se discutía en el Congreso. Era necesario enviar el mensaje de que únicamente el cumplimiento efectivo de las penas representaba una verdadera amenaza para el delincuente, y que existían unos delitos sobre los que debía realizarse el más riguroso tratamiento punitivo,⁴⁰⁵ pues solo así se alcanzaría aquel ideal de justicia que desde años ha sido

404 Es importante destacar que el artículo 38 de la Ley 1474 de 2011, que modificó el párrafo segundo introducido por el artículo 61 de la Ley 1453 de 2011, duplicó los términos cuando fueren tres o más imputados o delitos, introduciendo así un condicionamiento que no traía la ley de seguridad ciudadana. Así mismo debe precisarse que los nuevos términos solo son aplicables para delitos cometidos después de la promulgación de las Leyes 1453 y 1474 de 2011. Así lo confirmó la Corte Suprema de Justicia en sentencia del día 22 de julio de 2011, en la que mantuvo su línea jurisprudencial sobre el principio de favorabilidad (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de segunda instancia, radicado 36926, M.P. Alfredo Gómez Quintero).

405 El senador ponente Juan Manuel Galán Pachón expresó ante la plenaria del Senado: “los cambios normativos que en este momento se sugieren a través de este Proyecto, procuran de parte de las autoridades, una mayor efectividad de las autoridades judiciales y de policía, además de eliminar algunos beneficios que en este momento deslegitiman la acción estatal contra el crimen [...]. También se incrementan penas con el propósito de evitar hacer no excarcelable ciertos delitos y se introducen seis nuevas causales de agravación punitiva” (Acta 28, Gaceta del Congreso 070 de 2011). [Se agregó el subrayado].

construido en función de la satanización de conductas, el retribucionismo puro y la venganza estatal desproporcionada.

Bajo dicha dinámica, el artículo 28 de la Ley 1453 de 2011 modificó el artículo 68A del Código Penal y amplió la prohibición de los subrogados penales, sustituciones y beneficios para las siguientes conductas: cohecho propio, enriquecimiento ilícito de servidor público, estafa y abuso de confianza que recaigan sobre los bienes del Estado, concusión, prevaricato por acción y por omisión, celebración de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales, lavado de activos, utilización indebida de información privilegiada, interés indebido en la celebración de contratos, violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, tráfico de influencias, peculado por apropiación y soborno transnacional. Dicha norma fue modificada a su vez mediante el artículo 13 de la ley anticorrupción, la cual incluyó todos los delitos contra la administración pública.

Es importante destacar que el párrafo del artículo 28 de la Ley 1453 de 2011 (que pasó a ser el inciso final del artículo 13 de la Ley 1474 de 2011) dispuso que tales prohibiciones no regirían respecto de la sustitución de la detención preventiva y de la sustitución de la ejecución de la pena en los eventos contemplados en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004 —con lo que se hacía extensiva la decisión adoptada mediante la sentencia C-318 de 2008—, ni en aquellos eventos en los cuales se aplicara el principio de oportunidad, los preacuerdos y negociaciones y el allanamiento a cargos.

Con la consagración de esta última salvedad se fortaleció la naturaleza negocial del sistema acusatorio colombiano, pues la rendición temprana se haría mucho más atractiva para el imputado si, además de las rebajas de pena, podía ahora escapar a la prohibición de beneficios. Ante tal situación resulta obvio el desequilibrio que tendrá que enfrentar la persona que decida resistir la pretensión del fiscal, pues, de resultar vencida, se vería también abocada a la pérdida de beneficios, aspecto que constituye una hábil forma de forzar el allanamiento a cargos o la negociación y que, en últimas, termina siendo el fin primordial de semejantes exclusiones.⁴⁰⁶

406 “Los institutos de las negociaciones y de los acuerdos, al desquiciar todo el sistema de valores en el cual se inspira el proceso penal democrático y, por ende, al desconocer los principios y las garantías que lo apuntalan, resultan contrarios de forma franca a los dictados de la Carta Fundamental que, ni por asomo, los legitima. Estas figuras, dígame de nuevo con

Por su parte el artículo 3.º de la Ley 1453 de 2011 modificó el mecanismo de vigilancia electrónica introducido por el artículo 50 de la Ley 1142 de 2007.⁴⁰⁷

Schünemann, 'constituyen una renuncia a las conquistas fundamentales del Estado de Derecho ya alcanzadas en el siglo XIX' y es necesario impedir que 'se desmonte el proceso penal europeo fundado en los principios liberales del Estado de Derecho' que, quiérase o no, tendrá que seguir siendo un instrumento civilizado de juzgamiento" (Velásquez, 2010: 35).

407 La norma consagró lo siguiente: "ARTÍCULO 3.º VIGILANCIA ELECTRÓNICA. El artículo 38A de la Ley 599 de 2000 quedará así: Artículo 38A. Sistemas de vigilancia electrónica como sustitutivos de la prisión. El Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad podrá ordenar la utilización de sistemas de vigilancia electrónica durante la ejecución de la pena, como sustitutivos de la prisión, siempre que concurran los siguientes presupuestos:

1. Que la pena impuesta en la sentencia no supere los ocho (8) años de prisión.
2. Que la pena impuesta no sea por delitos de genocidio, contra el Derecho Internacional Humanitario, desaparición forzada, secuestro extorsivo, tortura, desplazamiento forzado, tráfico de menores de edad, uso de menores de edad para la comisión de delitos, tráfico de migrantes, trata de personas, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, extorsión, concierto para delinquir agravado, lavado de activos, terrorismo, usurpación y abuso de funciones públicas con fines terroristas, financiación del terrorismo y de actividades de delincuencia organizada, administración de recursos con fines terroristas y de delincuencia organizada, financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego, municiones o explosivos y delitos contra la administración pública, salvo delitos culposos.
3. Que la persona no haya sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores.
4. Que el desempeño personal, laboral, familiar o social del condenado permita al Juez deducir sería, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena.
5. Que se realice o asegure el pago de la multa mediante garantía personal, prendaria, bancaria o mediante acuerdo, salvo cuando se demuestre que está en incapacidad material de hacerlo teniendo en cuenta sus recursos económicos y obligaciones familiares.
6. Que sean reparados los daños ocasionados con el delito dentro del término que fije el Juez o se asegure su pago mediante garantía personal, prendaria, bancaria o mediante acuerdo, salvo cuando se demuestre que está en incapacidad material de hacerlo teniendo en cuenta sus recursos económicos y obligaciones familiares.
7. Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones, las cuales deberán constar en un acta de compromiso:
 - a) Observar buena conducta;
 - b) No incurrir en delito o contravención mientras dure la ejecución de la pena;
 - c) Cumplir con las restricciones a la libertad de locomoción que implique la medida;
 - d) Comparecer ante quien vigile el cumplimiento de la ejecución de la pena cuando fuere requerido para ello.

El incumplimiento de las obligaciones impuestas en el acta de compromiso dará lugar a la revocatoria de la medida sustitutiva por parte del Juez de ejecución de penas y medidas de seguridad.

8. Que el condenado no se haya beneficiado, en una anterior oportunidad, de la medida sustitutiva de pena privativa de la libertad.

PARÁGRAFO 1.º El juez al momento de ordenar la sustitución deberá tener en cuenta el núcleo familiar de la persona y el lugar de residencia.

PARÁGRAFO 2.º La persona sometida a vigilancia electrónica podrá solicitar la redención de pena por trabajo o educación ante el Juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, de acuerdo a lo señalado en el Código Penitenciario y Carcelario.

En la nueva disposición, el legislador incluyó nuevas conductas que hacían impropio dicha sustitución, entre las que se cuentan tráfico de menores de edad, uso de menores de edad para la comisión de delitos, usurpación y abuso de funciones públicas con fines terroristas, fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas, y fabricación tráfico y porte de armas de fuego, municiones o explosivos; y delitos contra la administración pública, salvo delitos culposos. Así mismo, se autorizó a la Policía Nacional para que hiciera un control sobre los beneficiarios de esta medida y de la detención domiciliaria, para lo cual se ordenó al Inpec que suministrara la información de las personas cobijadas con ellas.

Así las cosas, con la prohibición de los subrogados, sustitutos y beneficios, se estaría garantizando que aquellos imputados a los que desde el inicio de la actuación penal se les había venido tratando con la mayor severidad posible, tras considerarlos un peligro para la sociedad, tuvieran garantizada su reclusión y fueran obligados a descontar la totalidad de la pena, haciendo de la cárcel el mejor instrumento para la defensa de la sociedad.⁴⁰⁸

PARÁGRAFO 3.º Quienes se encuentren en detención preventiva en establecimiento carcelario bajo el régimen de la Ley 600 de 2000 podrán ser destinatarios de los sistemas de vigilancia electrónica, previo cumplimiento de los presupuestos establecidos en el artículo 314 de la Ley 906 de 2004.

PARÁGRAFO 4.º El Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, suministrará la información de las personas cobijadas con esta medida a la Policía Nacional, mediante el sistema de información que se acuerde entre estas entidades, dentro de los seis meses siguientes a la expedición de esta ley.

Este artículo será reglamentado por el Gobierno Nacional para garantizar las apropiaciones del gasto que se requieran para la implementación del citado sistema de vigilancia electrónica dentro de los 60 días siguientes a su sanción”.

408 “Lo que ha sucedido recientemente en muchos países es que los asuntos de la ley y el orden han venido siendo politizados en forma creciente. Los ciudadanos experimentan una creciente preocupación por su seguridad personal y la de sus familias, preocupación que se ha visto alentada por reportajes exagerados en los medios de comunicación sobre el quebrantamiento de la ley y el orden. Los políticos y otros comentaristas públicos han respondido a ello sugiriendo que la respuesta consiste en encerrar a más y más de nuestros conciudadanos; aducen que ello redundará en una sociedad más segura para el resto de nosotros”. (Andrew Coyle, “La sobrepoblación en las prisiones: la prisión y la comunidad”, Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria. Respuestas posibles (coordinador: Elías Carranza), Siglo XXI Editores, México, 2001, p. 108.)

CONCLUSIONES

Según los postulados de la política de seguridad democrática implementada por el gobierno del presidente Álvaro Uribe Vélez (2002-2010), era posible alcanzar la prosperidad económica y el desarrollo social para Colombia siempre que se garantizaran las condiciones de seguridad necesarias para la inversión de capitales nacionales y extranjeros. En tal sentido, resultaba indispensable “combatir” eficazmente aquellas conductas que estaban desestabilizando a la sociedad y desestimulando la inversión privada. Bajo dicha dinámica de guerra, el gobierno necesitaba diseñar dos estrategias complementarias, a saber: i) se debían fortalecer las facultades de la fuerza pública, muy especialmente a las fuerzas militares, para que en su lucha contra el enemigo interno tuvieran una mayor eficacia y, ii) se debían modificar las normas que estarían obstaculizando el ejercicio de la autoridad del Estado y facilitando las expresiones de criminalidad. Para conseguir tales propósitos el gobierno impulsó una reforma antiterrorista, cuyo culmen fue el Acto Legislativo 002 de 2003 y el proyecto de ley estatutaria que lo desarrollaba.

En relación con lo primero, el Acto Legislativo 002 de 2003 creó las condiciones necesarias para que la fuerza pública pudiera enfrentar el terrorismo, autorizando capturas, allanamientos, registros e interceptación de comunicaciones sin orden judicial previa. Esta manifestación de autoridad implicaba un retroceso en la consagración de la reserva judicial de la libertad, y ponía los intereses de Estado por encima de los derechos civiles que se creían consolidados bajo la constitución de 1991, tales como el derecho a la intimidad, la inviolabilidad de domicilio, la libertad de locomoción, la libertad personal, la presunción de inocencia, en fin,

la dignidad humana. La expresión más significativa del restablecimiento de la autoridad por vía de dicha reforma constitucional consistía en reducir la eficacia de los derechos constitucionales cuando ellos interferían en la lucha contra la delincuencia.

Contrario a lo anterior, como se expresó en el capítulo primero, la expedición del Acto Legislativo 003 de 2002 había sido fruto de la ambición por despojar a la fiscalía de la facultad de imponer medidas de aseguramiento, tras constatar que con ocasión de las facultades que para el efecto le había entregado la constitución de 1991, el proceso se había deshumanizado, incrementando desmesuradamente la detención preventiva. Sin embargo, sin renunciar a la ambición de combatir eficazmente la criminalidad, los autores de la iniciativa legislativa ahora consideraban necesario fortalecer los poderes de la fiscalía, para lo cual resultaba propicio despojarlo de su papel de “juez de la instrucción” para que pudiera dedicarse a investigar en lugar de tomar decisiones, aunque debían mantenerse las facultades de ordenar allanamientos, registros, interceptaciones de comunicaciones y capturas excepcionales; las mismas que quedarían sometidas al control posterior de un juez de control de garantías.

Esa dual connotación de la reforma constitucional permitiría advertir un doble discurso justificador: de un lado se podían apreciar fundamentos garantistas que propugnaban por el reforzamiento de la libertad personal en materia de medidas de aseguramiento, consagrando la reserva judicial de la libertad y la exigencia de mayores requisitos materiales para su adopción, y, del otro, se apreciaba el afán por fortalecer la investigación penal, para lo cual se creaba un “superfiscal”, que no solo seguiría afectando los derechos de los justiciables, sin las cargas de la instrucción penal del proceso diseñado por la Ley 600 de 2000, sino que contaba ahora con herramientas que estimularían la rendición temprana de los imputados, mediante la consagración de la justicia negocial y la renuncia a la persecución penal a través de la aplicación del principio de oportunidad.

Ahora bien, para cuando se hizo la presentación del proyecto de Ley 001 de 2003, mediante el cual se expediría el Código de Procedimiento Penal y se desarrollaría el sistema acusatorio colombiano, el Gobierno del Presidente Álvaro Uribe Vélez, quien contaba con una coalición mayoritaria en el Congreso y con la popularidad

que le representaba el triunfo en la primera vuelta presidencial, había impulsado ya la reforma constitucional antiterrorista, en su afán por consolidar su política de seguridad democrática. Como era de esperarse, el sistema acusatorio se gestó en pleno furor de una política criminal de mano dura, que hacía del proceso penal el instrumento para combatir eficazmente la criminalidad, y que estaba caracterizado por su tendencia de hacer de la investigación penal el eje central del proceso. Ese protagonismo que se daba a la investigación condujo a que la Ley 906 de 2004 restringiera drásticamente el derecho a la libertad, a fin de estimular la rendición temprana de los justiciables y de mostrar la eficacia de una nueva justicia, implementada bajo el lema de la seguridad democrática.

Dichas restricciones mostraban otra cara de un sistema procesal que en apariencia se autolegitimaba tras el ofrecimiento de garantías procesales en el juicio. Esa nueva lectura del proceso penal permitía advertir que su finalidad era alcanzar el orden y la disciplina sociales, bajo la instrumentalización de sus destinatarios, desconociendo derechos que habían sido el fundamento para la expedición del acto 003 de 2002, tales como el postulado de la restricción excepcional de la libertad y el reforzamiento del principio de inocencia.

Las manifestaciones del despotismo penal que se introducía en el nuevo sistema procesal podían evidenciarse en las siguientes restricciones del derecho a la libertad:

- a. Amplió los presupuestos para la captura por orden judicial, permitiéndose ahora la privación de la libertad del indiciado, lo cual significaba una traición a los postulados garantistas del Acto Legislativo 003 de 2002 y un evidente retroceso legislativo.
- b. Consagró la captura excepcional bajo presupuestos vagos y ambiguos, de manera que la fiscalía fácilmente pudiera suplantar al juez de control de garantías, con lo que se desconocería el principio de reserva judicial de la libertad que motivara la expedición del nuevo sistema procesal.
- c. Amplió las posibilidades para la imposición de las medidas de aseguramiento, utilizando la detención preventiva como instrumento de defensa social. Para

el efecto, la Ley 906 de 2004 consagró las siguientes modificaciones respecto del sistema procesal anterior:

- i. Implementó las medidas de aseguramiento para todo tipo de delitos, permitiendo que pudieran acumularse entre sí varias medidas no privativas de la libertad. De esta manera se introdujo lo que podríamos llamar “medidas de aseguramiento a la carta”, en tanto la eventual petición del fiscal sobre tal acumulación solo es susceptible de conocerse por la defensa dentro de la audiencia respectiva.
 - ii. Amplió los presupuestos para las medidas de aseguramiento, reduciendo sus requisitos materiales.
 - iii. Describió las finalidades de la medida de aseguramiento, ajustándola a presupuestos marcadamente policivos y asegurando un margen amplio de interpretación por parte de fiscales y jueces.
 - iv. Eliminó algunas causales de libertad provisional, manteniendo en detención preventiva a quienes bajo el anterior proceso habrían obtenido la libertad.
- d. Mantuvo la detención preventiva como única medida de aseguramiento para delitos de competencia de jueces especializados, y perpetuó con ello la satanización que recaía sobre tales conductas y la violación de la presunción de inocencia de los presuntos autores.
- e. Omitió regular causales de libertad provisional, por años reclamada para evitar detenciones sin término; se mostró así una absoluta indiferencia por la suerte del procesado.

Con la ampliación de margen para la aplicación de la prisión preventiva, el legislador traicionó la excepcionalidad que se había previsto tras la expedición del Acto Legislativo 003 de 2002 y agudizó la deshumanización del proceso penal que se quería superar.

Cuando aún no terminaba de aplicarse el sistema acusatorio en todo el territorio nacional, un nuevo llamado del Gobierno sobre el incremento de la delincuencia

urbana prendió las alertas frente a la necesidad de fortalecer la seguridad democrática. Como era de suponerse, dicho llamado no se hizo esperar, y en virtud de ello fueron expedidas las Leyes 1142 de 2007 y 1453 de 2011, que fortalecieron la capacidad investigativa de la fiscalía e incrementaron las restricciones de la libertad de los justiciables.

Tras la expedición de la Ley 1142 de 2007, el proceso penal colombiano concibió la libertad de los justiciables como un peligro para la sociedad, por lo que era preciso diseñar mecanismo que evitaran su excarcelación. Con el perfeccionamiento de la construcción sobre el peligro del imputado, hecho por vía legislativa, la ley cerró las puertas a los derechos de los procesados y empoderó la autoridad del Estado. Así, el anhelo de conseguir una justicia eficaz se impuso sobre la dignidad humana y la presunción de inocencia, derechos suficientemente afectados ya por la legislación precedente.

De las restricciones sobre la libertad personal introducidas por la Ley 1142 de 2007 puede destacarse:

- a. Se ampliaron los términos para poner al capturado a disposición del juez de control de garantías, mediante la redacción de una norma que le permitía al fiscal solicitar el control de legalidad dentro de las 36 horas siguientes a la captura y ponerlo a disposición por fuera de dicho término.
- b. Se eliminó la presentación personal del capturado ante el juez de control de garantías cuando se encontrara en estado de inconsciencia o en grave estado de enfermedad que le impidiera ejercer su defensa material; así mismo, cuando por las distancias, la dificultad en las vías de acceso, los desplazamientos o el orden público, no fuera posible trasladarlo dentro del término de las treinta y seis (36) horas siguientes a su captura. Con dicha disposición se le restó toda importancia al papel del juez de control de garantías y se instrumentalizó aun más al imputado.
- c. Se eliminó el procedimiento para la expedición de las órdenes de captura, procurando así facilitar la tarea del fiscal.

- d. Se autorizó la expedición de la orden de captura “por motivos razonablemente fundados”, desconociéndose el principio de legalidad.
- e. Se revivió la captura excepcional y, con ella, los poderes que el fiscal había perdido tras la declaratoria de inexequibilidad del artículo 300 de la Ley 906 de 2004.
- f. Se ampliaron los presupuestos para la procedencia de la detención preventiva, creando como causal para ella el haber sido capturado dentro del año anterior y extendiendo las definiciones de “peligro para la comunidad” y “no comparecencia” a valoraciones relativas a la gravedad del delito y de la pena, con el fin de facilitar aun más la adopción de dicha medida de aseguramiento.
- g. Se prohibió la sustitución de la detención preventiva por la domiciliaria para un grueso de delitos que el legislador consideraba como de alto impacto.
- h. Se establecieron prohibiciones para obtener beneficios y subrogados penales a quienes tuvieran sentencias condenatorias dentro de los cinco años anteriores, con lo que se perpetuó el rótulo de criminal y se consolidó el peligrosismo penal.

Por su parte, la Ley 1453 de 2011 introdujo nuevas restricciones a la libertad de los justiciables, dentro de las que se destacan:

- a. Tras la redefinición del concepto de flagrancia se eliminó la exigencia de la actualidad e identificación, presupuestos legitimadores de dichas capturas, y se incluyeron dos nuevas hipótesis que representaron el desconocimiento de la doctrina constitucional sobre la materia, hasta permitir, incluso, que se pudiera capturar a quienes ni siquiera habían tomado parte en la ejecución del delito.
- b. Con la ampliación del concepto de interdicción marítima se consagró la captura con fines de verificación, realizada por autoridades militares, lo que representó una modalidad de captura no prevista en la Constitución Política y un nuevo atentado contra el principio de reserva judicial de la libertad.

- c. Se eliminó el control de legalidad de las capturas producidas con fundamento en sentencia condenatoria, lo que impide que se haga presentación personal del capturado y se verifique el respeto de sus derechos.
- d. Se fortaleció la procedencia de la detención preventiva, para lo cual se amplió a tres años la vigencia de las capturas, se redefinió el concepto de peligrosidad del imputado y se aumentaron los términos para la obtención de libertad provisional.
- e. Se consagraron nuevas prohibiciones para subrogados y sustitutos penales, incluyendo nuevas conductas sobre las cuales se tornan improcedentes tales beneficios, salvo cuando existan negociaciones con la Fiscalía, lo que estimula dicha forma de terminación de la actuación penal.

De la lectura crítica de los distintos documentos que recogen los antecedentes del sistema acusatorio colombiano y, con ellos, de las motivaciones que condujeron a la regulación de la libertad de los justiciables en las Leyes 906 de 2004, 1142 de 2007 y 1453 de 2011, se concluye:

- Que el Acto Legislativo 003 de 2002 propugnó por el reforzamiento de la libertad personal a través de dos vías: i) Mediante la vigencia de la reserva judicial de la libertad, que implicaba la creación del Juez de Control de Garantías para que asumiera la funciones que en dicha materia venía cumpliendo el fiscal y, ii) Exigiendo mayores requisitos materiales para su afectación, de manera que pudiera resguardarse el derecho a la presunción de inocencia.
- Que el proceso penal implementado por la Ley 906 de 2004 se gestó en pleno furor de la política de seguridad democrática, lo que hizo de él un útil instrumento para la consolidación de la misma, buscando que tras el restablecimiento del orden público se recuperara la autoridad y la confianza en el Estado.
- Que la búsqueda a ultranza del restablecimiento del orden público y el reforzamiento de la protección de la propiedad privada, constituyen funciones encomendadas al nuevo sistema acusatorio y, a la vez, muestras

palpables del esfuerzo del gobierno colombiano por defender y estimular la inversión extranjera.

- Que la expresión más significativa del restablecimiento de la autoridad, como postulado de la seguridad democrática, ha sido la reducción de la eficacia de los derechos constitucionales cuando ellos interfieren en la “lucha contra la delincuencia”.
- Que aunque la etapa del juicio del sistema acusatorio discursivamente se ha presentado como el eje central del proceso, el fortalecimiento constante de las facultades de la fiscalía y la rigurosidad en el tratamiento de la libertad del imputado muestran que el sistema ha dado mayor protagonismo a la etapa de investigación.
- Que con el fortalecimiento de la investigación penal y el drástico tratamiento brindado al imputado, se busca conseguir la rendición temprana del justiciable y evitar el desgaste de un juicio penal.
- Que la etapa del juicio en el sistema acusatorio es una actividad procesal indeseada y por lo tanto una muestra del fracaso de la filosofía que lo inspiró.
- Que las pregonadas garantías del sistema acusatorio son un discurso que distrae la atención sobre el autoritarismo que lo caracteriza, visto desde la rigurosidad en el tratamiento de la libertad personal de los justiciables; esto demuestra que la pretensión fundante del mencionado sistema es conseguir sentencias condenatorias a cualquier precio.
- Que las reformas introducidas al proceso penal por las Leyes 906 de 2004, 1142 de 2007 y 1453 de 2011 tienen la finalidad de alcanzar el orden y la disciplina sociales por medio de la instrumentalización de sus destinatarios.
- Que tras la expedición de las mencionadas leyes, el proceso penal colombiano ha puesto de manifiesto el despotismo que lo caracteriza, al

concebir la libertad de los justiciables como un peligro para la sociedad, y al hacer prevalecer el propósito de conseguir una justicia eficaz sobre la dignidad humana y la presunción de inocencia del imputado.

BIBLIOGRAFÍA

- Aponte Cardona, Alejandro. (2008). *Captura y medidas de aseguramiento: el régimen de libertad en la nueva estructura procesal penal de Colombia*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, Escuela judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Arenas Salazar, Jorge. (1988). *Crítica del indicio en materia penal*. Bogotá: Temis, 1988.
- Baratta, Alessandro. (2001). “Seguridad”. *Revista Capítulo Criminológico*, vol. 29, N.º 1, Universidad del Zulia, pp. 1-24.
- . *Criminología crítica y crítica del derecho penal*. México: Siglo Veintiuno.
- . (2004). “Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales, la política criminal y el pacto social”. En: Alessandro Baratta. *Criminología y sistema penal* (compilación in memoriam). Buenos Aires: B de F., pp. 168–198.
- Bernuz Beneítez, María José y Ana Isabel Pérez Cepeda (coords). (2005). *La tensión entre libertad y seguridad. Una aproximación sociojurídica*. Logroño: Universidad de la Rioja.
- Camargo, Pedro Pablo. (2002). “La ONU condena a Colombia por violar el debido proceso penal”. *Revista de Derecho Penal* N.º 33, Bogotá: Leyer, pp. 65-87.
- Coyle, Andrew: (2001). “La sobrepoblación en las prisiones: la prisión y la comunidad”. En: Elías Carranza (coord.). *Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria. Respuestas posibles.*) México: Siglo XXI.

- Fernández Carrasquilla, Juan. (1998). *Principios y normas rectoras del derecho penal*. Bogotá: Leyer.
- Ferrajoli, Luigi. (1995). *Derecho y razón*- Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta.
- . (2006). “El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho”. *Revista Jueces para la Democracia*, N.º 57, noviembre de 2006, pp. 3- 10.
- Giraldo Moreno, Javier. (2011). “Algunos rasgos de la crisis ética, jurídica y política del país”, conferencia dictada en la cátedra abierta Héctor Abad Gómez de la Universidad de Antioquia, disponible en http://www.javiergiraldo.org/IMG/pdf/rasgos_eticos_justicia_colombia.pdf, consultado en junio 30 de 2011.
- Gómez Velásquez, Gustavo. (2009). “Preacuerdos y negociaciones en el proceso penal acusatorio colombiano”. Bogotá: Consejo superior de la judicatura. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. IV curso de formación judicial inicial para magistrados y jueces
- Iturralde, Manuel. (2010). *Castigo, liberalismo autoritario y justicia penal de excepción*. Bogotá: Universidad de los Andes-Instituto Pensar-Siglo del Hombre Editores.
- Larrauni Pijoan, Elena. (2009). “La economía política del castigo”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N.º 11-06.
- Lesmes Duque, Juan Manuel. (2005). “Eficacia de las operaciones de interdicción marítima frente al tráfico de cocaína por mar desde Colombia hacia Estados Unidos”. Washintong: Universidad del Salvador y Colegio Interamericano de Defensa, tesis de Master en Defensa y Seguridad Hemisférica, disponible en <http://library.jid.org/en/thesis/lesmes.pdf>, consultado en enero 15 de 2011.
- Wacquant, Loïc. (2004). *Las cárceles de la miseria*. Traducción de Horacio Pons. Buenos Aires: Manantial.
- Londoño Berrío, Hernando. (2003). “La detención preventiva en las jurisprudencias de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia. Reflexiones a propósito de la sentencia C-774 de 2001” *Revista Nuevo Foro Penal*, N.º 65, Universidad Eafit, Medellín.

- Londoño Jiménez, Hernando. (1993a). *De la captura a la excarcelación*, 3.^a Edición. Bogotá: Temis.
- . (1993b). “Un escandaloso salvamento de voto”. *Revista Nuevo Foro Penal*, N.º 58. Temis, Bogotá.
- Martínez Sánchez, Mauricio. (1999). *La crisis de la justicia penal en Colombia*. Bogotá: Temis.
- Molano Rodríguez, Jorge E. (2006). Libertad: rehén de la “seguridad democrática”. Bogotá: Códice.
- Orozco Abad, Iván y Juan Gabriel Gómez Albarello. (1999). Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal. Bogotá: Temis-Iepri-Universidad Nacional de Colombia.
- Osorio, Luis Camilo. (2002). Conversatorio sobre los alcances de la reforma a la Fiscalía General de la Nación. Universidad de Georgetown, Estados Unidos. Disponible en www.fiscalia.gov.co/pag/divulga/Decla02/G, consultado en mayo 15 de 2009.
- Roxin, Claus. (2000). *Derecho procesal penal*. Trad. de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B. J. Maier. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Roxin, Claus, Arzt Gunter y Klaus Tiedemann. (1989). Introducción *al derecho penal y al derecho penal procesal*. Traducción de Juan Luis Gómez Colomer. Barcelona: Ariel, S.A.
- Sandoval Huertas, Emiro. (1985). *Penología*. Bogotá: Temis.
- Velázquez Velásquez, Fernando. (2005). “Colombia: hacia un derecho penal expansionista”. *Revista Berbiquí* N.º 29, Colegio de Jueces y Fiscales de Antioquia, Medellín, pp 5-20.
- . (1987). *Principios rectores de la nueva ley procesal penal*. Monografías Jurídicas, N.º 57. Bogotá: Temis.
- (Compilador). (2010). “*La justicia negociada: un ejemplo del peligro de la privatización del proceso penal con el nuevo sistema*”. *Sistema Penal Acusatorio y nuevos retos*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.

zaffaroni, Eugenio. (2003). “La función reductora del derecho penal ante un estado de derecho amenazado (o la lógica del carnicero responsable)”. *Revista de Ciencias Jurídicas ¿Más Derecho?*, N.º 3. Fabián J. Di Plácido Editor, Buenos Aires.

———. (1986). *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina*. Buenos Aires: Depalma.



Imprenta
Universidad de Antioquia

Teléfono: (574) 219 53 30. Telefax: (574) 219 50 13
Correo electrónico: imprenta@quimbaya.udea.edu.co
Impreso en agosto de 2012

