

RÉGIMEN DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO *

Eduardo Matyas Camargo**
Corporación Universitaria Republicana

RESUMEN

La vida y la libertad son los bienes jurídicos más importantes protegidos por la constitución y la ley. En Colombia la vida goza de una protección legal absoluta que prohíbe su supresión aun bajo los estados de excepción. La libertad, en cambio, aunque goza de una protección especial y preponderante, su limitación se permite en forma excepcional, hallándose condicionada en el texto constitucional y las normas adjetivas penales establecidas en la ley 906 de 2004 o Código de Procedimiento Penal.

Con la Constitución de 1991, el Derecho a la Libertad quedó consagrado como uno de los principales derechos fundamentales. Colombia hace parte, además, de la mayoría de los Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos, que protegen en forma preponderante el derecho a la libertad como una conquista de la humanidad y prevén instrumentos para su preservación (control judicial, doble instancia, habeas corpus, etc.). De conformidad con el artículo 93 de la Carta, estos instrumentos internacionales integran el llamado “bloque de Constitucionalidad”, razón por la cual las normas internas cuando desconozcan su contenido pueden ser demandadas por cualquier ciudadano y declaradas inexecutable.

Los procedimientos de captura y de privación de la libertad, la detención preventiva en centro carcelario o domiciliaria, y otras restricciones a la libertad, como la privación de salir del país, gozan de un control estricto reglamentado en el código procesal penal, a través de los jueces de control de garantías, cuyas decisiones son recusables por las partes a las que les sean adversas. En el nuevo Sistema Penal Acusatorio, las restricciones a la libertad quedaron en cabeza de un Juez Constitucional llamado Juez de Control de Garantías, quien al decidir debe ponderar si el derecho a la libertad debe ceder frente al peligro que amenaza derechos fundamentales de la sociedad o de la víctima del injusto.

Palabras clave: libertad, detención preventiva, derechos fundamentales, Sistema Penal Acusatorio, Constitución Política, Código de Procedimiento Penal, tratados internacionales.

ABSTRACT

The life and the freedom are the juridical goods more importantly protected by the constitution and the law. In Colombia the life enjoys a legal absolute protection that prohibits his suppression even under the

Recepción del artículo: 26 de marzo de 2009. Aceptación del artículo: 28 de mayo de 2009.

* Este artículo es producto de la investigación “Los derechos fundamentales en el sistema penal acusatorio”, de la línea de investigación de Derecho y Ciencias Políticas, perteneciente al Centro de Investigaciones de la Corporación Universitaria Republicana, registrado en Colciencias.

** Abogado de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, con Especialización en Derecho Constitucional en la Universidad Nacional, investigador de la Corporación Universitaria Republicana.

states of emergency. The freedom on the other hand, though he enjoys a special and preponderant protection, your limitation is allowed in exceptional form, there finding been determined in the constitutional text and the adjectival penal procedure established in the law 906 of 2004 or Code of Penal Procedure.

With the Constitution of 1991, the Law to the Freedom I remain dedicated as one of the principal fundamental rights. Colombia does part (report) besides the majority of the Agreements and International Agreements of Human rights, which protect in preponderant form the right to the freedom as a conquest of the humanity and instruments foresee for his your preservation (judicial control, double instance (authority), habeas corpus, etc.). Of conformity with the article 93 of the Letter, these international instruments integrate (repay) so called "block of Constitutionality", reason for which the internal procedure when they do not know his your content can be demanded (sued) by any citizen and declared inexecutable.

The procedures of apprehension and of privation of the freedom, the preventive detention in prison center or domiciliary, and other restrictions to the freedom, as the privation of going out of the country, enjoy a strict control regulated in the procedural penal code, across the judges of control of guarantees, which decisions are objectionable on the parts to those who they are adverse. In the new penal accusatory system, the restrictions to the freedom stayed at the top of a Constitutional Judge called Judge of control of Guarantees, who on having decided must consider if the right to the freedom must yield opposite to the danger that threatens fundamental rights of the society or of the victim of the unjust one.

Key words: liberty, prevent detention, adversarial criminal justice system, constitution, code, legislative, prosecution resignation, criminal action.

INTRODUCCIÓN

El primero de enero de 2005 entró a regir en Colombia el Sistema Penal Acusatorio, introduciendo cambios sustanciales en las competencias funcionales para la restricción a la libertad. La ley de procedimiento penal constituye el catálogo de las garantías procesales (entre ellas el derecho de defensa en todas sus manifestaciones jurídicas), y también el régimen que regula la captura y la detención preventiva.

En este avance de investigación, se estudia los fundamentos constitucionales que sustentan las instituciones de la captura y la detención preventiva, los recursos que proceden contra las decisiones de restricción de la libertad, las peticiones de revocatoria y otras acciones que tienden a restablecer este derecho.

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

El nuevo sistema procesal de investigación o juzgamiento, conocido como Sistema Penal Acusatorio, constituye un rompimiento con los anteriores sistemas procesales de juzgamiento sin antecedentes en Colombia, con novedosas instituciones procesales como el Juez de Control de Garantías, o el principio de oportunidad, el alejamiento de la valoración subjetivista de la prueba en beneficio de un método científico, el juicio oral, único escenario de la prueba judicial, y otras modificaciones, cuya valoración constitucional viene produciéndose a medida que se consolidaba su aplicación en todo el territorio nacional y se resolvían las demandas de inexecutable contra las instituciones penales o artículos de la ley 906 de 2004 que implementó el sistema acusatorio y la ley 1142 de 2007, que introdujo importantes modificaciones a su texto.

La investigación busca resaltar los principales cambios introducidos en la competencia funcional de la restricción de la libertad, en la consolidación de los fundamentos consti-

tucionales que limitan la posibilidad de los jueces de restricción del derecho fundamental a la libertad, a través de los fallos de constitucionalidad o judiciales, y el acoplamiento del Sistema Penal Acusatorio a los derechos fundamentales y los derechos humanos en desarrollo del artículo 93 de la Constitución Nacional.

ESTRATEGIA METODOLÓGICA

A partir de la identificación de la libertad como derecho fundamental en la Constitución de 1991 y los tratados internacionales de derechos humanos, se realizará un estudio del Código de Procedimiento Penal Acusatorio, considerando las garantías procesales que regulan la captura y la detención preventiva, el control judicial de los jueces sobre la medida de aseguramiento y el respeto a los derechos personales y procesales.

En el estudio de la dimensión de dichos controles se analizan las diferentes sentencias de constitucionalidad y legalidad emitidas por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, en las cuales se pronuncian sobre la inexecutable de las instituciones, en el caso de la Corte Constitucional, y la adecuación o aplicación del régimen de libertad y su restricción en el marco de los derechos fundamentales, por la Corte Suprema de Justicia.

De conformidad con lo anterior, la investigación y el presente artículo utiliza básicamente el método deductivo e inductivo, y lógico institucional, que busca establecer la fundamentación constitucional de la privación o limitación del derecho a la libertad, el control judicial de dicha privación y la revocatoria cuando se hace evidente la irracionalidad o no necesidad de la misma en el marco del Sistema Penal Acusatorio, en la lógica del respeto pleno a los derechos constitucionales y los derechos humanos, como se halla previsto y en desarrollo del artículo 93 de la Constitución Nacional.

RESULTADOS

El presente artículo recoge la segunda parte de la investigación sobre la protección de los derechos fundamentales en el Sistema Penal Acusatorio, referente a la consagración de la libertad, y el régimen de privación y limitación, a través de los controles judiciales que ejerce el juez de control de garantías.

En él se identifican los diversos procedimientos, instituciones, garantías, recursos y acciones que tiene la libertad en el Sistema Penal Acusatorio, como su limitación es de carácter excepcional, restrictiva y sometida a ponderación frente a otros derechos constitucionales que se puedan afectar con la restricción del derecho a la libertad, tornándose inmanentes valores jurídicos constitucionales, como la necesidad, la proporcionalidad, la razonabilidad, inderogables a través de leyes ordinarias, estatutarias, decretos u otras normas, pues forman parte integral del contenido constitucional del Estado social de derecho, imbricado en *jus gentium* del ordenamiento internacional de los derechos humanos.

1. CONCEPTO DE LIBERTAD, SU PROTECCIÓN EN LA CONSTITUCIÓN Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Al hablar de libertad en el Sistema Penal Acusatorio nos referimos a la libertad desde el orden jurídico-penal, no al concepto de libertad desde el punto de vista filosófico o político, o moral, o metafísico, sino al concepto de libertad física como el derecho individual de la persona a su libre movilización, que se consagra en la Constitución Nacional como "Derecho a la libertad personal", que se contrapone a que la persona tenga los movimientos o capacidad de desplazamiento limitados por una detención, una pena o una privación injusta de la libertad.

A este respecto, la H. Corte Constitucional señaló que "*la libertad personal, principio y de-*

recho fundante del Estado Social de derecho comprende la posibilidad y el ejercicio positivo de todas las acciones dirigidas a desarrollar las aptitudes y elecciones individuales que no pugnen con los derechos de los demás ni entrañen abuso de los propios, como la proscripción de todo acto de coacción física o moral que infiera o suprima la autonomía de la persona sojuzgándola, sustituyéndola, oprimiéndola o reduciéndola indebidamente”¹.

1.1 Consagración constitucional de la libertad personal

La mención a la libertad se halla en el Preámbulo mismo de la Carta Constitucional de 1991, donde en ejercicio del poder soberano del pueblo se asegura a los integrantes de la República de Colombia la libertad junto con otros derechos fundamentales, como la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, y la paz, en el marco de un Estado democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo.

La libertad es un elemento fundamental en la construcción del Estado Democrático, y su protección es esencial en el respeto a la dignidad humana. El inciso primero del artículo 28 reza: *“Toda persona es libre”*. La limitación de la libertad constituye, junto con la privación de la vida, el mayor atentado a la dignidad humana, pues limita en forma pre-

ponderante y extensa, la casi totalidad de los demás derechos de la persona.

El artículo 17 de la Carta Constitucional prohíbe en forma absoluta la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en todas sus formas², previsión que se halla complementada por el artículo 12 de la Carta, que prohíbe la desaparición forzada, en cuanto que es otra manera de privar de la libertad – y generalmente de la vida– a una persona por un tiempo indefinido o absoluto³.

En Colombia se halla prohibida la privación absoluta de la libertad, en cuanto **se halla prohibida la condena de prisión perpetua** en el artículo 34 de la Carta⁴. La base constitucional de la limitación a la libertad personal se halla establecida en el artículo 28 de la Constitución, la cual permite su limitación sólo mediante orden escrita de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley⁵.

De conformidad con la Carta Constitucional, el derecho a la libertad no es absoluto en Colombia, y su restricción está sometida a control judicial estricto (reserva o protección judicial), que impide que las autoridades administrativas puedan ordenar la captura o la privación de la libertad (encarcelamiento). *“imperio de la ley”*⁶.

1 Corte Constitucional, C- 456 de 2006, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

2 Constitución de la República de Colombia. Contraloría de Santafé de Bogotá, Bogotá, 1994, artículo 17.

3 Ídem, artículo 12 C.N.

4 *Constitución Política*. Artículo. 34. *“Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación”*.

5 Art. 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.

La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.

En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles.

6 Ídem, artículo 230. C.N.

El amparo constitucional de la libertad cuenta con otras provisiones. En el Título I que consagra los principios fundamentales se establece en el artículo 4 la primacía de las normas constitucionales sobre las legales: "*La constitución es norma de normas*", previsión que protege la libertad aun contra el abuso de leyes aprobadas por el legislativo o decretos expedidos por el ejecutivo, siendo posible la exclusión del ámbito jurídico mediante el control de exequibilidad ejercido por la Corte Constitucional o el Consejo de Estado, y aun mediante la excepción de constitucionalidad ejercida en forma directa por el operador judicial penal, si al aplicar la norma éste encuentra que contraría la normatividad superior, en cuyo caso prima el ordenamiento constitucional⁷.

Igualmente se consagra en el artículo 230 de la Carta Constitucional una limitación a la facultad de los jueces que constituye garantía contra la arbitrariedad de las autoridades judiciales: "Los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley".

Finalmente, la Carta Constitucional establece la acción de habeas corpus, como mecanismo excepcional y expedito para restablecer la libertad, cuando esta ha sido conculcada por captura ilegal o prolongación ilícita de la libertad, que puede ser interpuesta por cualquier persona que tenga conocimiento de la situación irregular, ante cualquier autoridad judicial, y debe ser resuelta dentro de las 36 horas siguientes a su interposición.

1.2 Consagración constitucional de la restricción a la libertad

Siendo el derecho a la libertad un derecho fundamental, su limitación queda sometida al principio de legalidad. La Constitución ha establecido en los artículos 28 y 32 las condiciones en que una persona puede ser apre-

hendida o detenida, y sometida a prisión o arresto.

La Constitución ha establecido en el artículo 150.2 la facultad de "*expedir códigos en todas las ramas de la legislación y reformar sus disposiciones*"⁸. A través de estas leyes especiales denominadas códigos, el legislador establece las formalidades legales de la detención y los motivos definidos en la ley que denomina delitos.

Pero como la restricción a la limitación del derecho a la libertad no es absoluta, pues la Constitución establece unas limitaciones, las facultades otorgadas al Congreso para expedir códigos no lo son igualmente, por lo que estas restricciones deben someterse al estricto cumplimiento del mandato constitucional. Al respecto ha precisado la Corte Constitucional:

"...En la fijación de las condiciones en las que resulte posible la privación de la libertad, el legislador goza de un margen de apreciación inscrito dentro denominada libertad de configuración que le permite, en cuanto representante del pueblo, traducir en normas legales sus decisiones, adoptadas como respuesta a problemas latentes de la sociedad y que son el resultado de un proceso en el que normalmente se involucran consideraciones y valoraciones de naturaleza política.

"Sin embargo, esa libertad del legislador, perceptible al momento de crear el derecho legislado, tiene su límite en la propia Constitución, que tratándose de la libertad individual delimita el campo de su privación no solo en el artículo 28, sino también por virtud de los contenidos del preámbulo que consagra la libertad como uno de los bienes que debe asegurar a los integrantes de la nación; del artículo 2, que en la cate-

7 *Constitución Política*, artículo 150, O.P. Gráficas, Bogotá, 1994, pág. 46.

8 *Ídem*, pág. 6.

goría de fin esencial del Estado contempla el de garantizar la efectividad de los principios, y de los derechos consagrados en la constitución, a la vez que encarga a las autoridades de su protección y del artículo 29 que dispone que toda persona 'se presume inocente mientras no se haya declarado judicialmente culpable' y que quien sea sindicado tiene derecho a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas.

*"Así pues, aún cuando el derecho a la libertad no es absoluto es claro que su limitación tampoco ha de tener ese carácter y, por lo tanto, el legislador, ha de regular los supuestos en los que opere la restricción del derecho, debe observar criterios de razonabilidad y proporcionalidad que fuera de servir al propósito de justificar adecuadamente una medida tan drástica, contribuyan a mantener inalterado el necesario equilibrio entre las prerrogativas en que consiste el derecho y los límites del mismo"*⁹.

1.3 Protección a la libertad en los instrumentos internacionales de derechos humanos

Son numerosos los instrumentos internacionales que protegen el derecho a la libertad, y que rigen plenamente en Colombia a través de dos mecanismos:

- a) Por haber adherido al instrumento internacional y haber sido incorporado a la legislación nacional a través de una ley aprobada por el Congreso de la República.
- b) A través del llamado "bloque de Constitucionalidad", que se halla previsto en el artículo 93 de la Carta, según el cual, "los tratados y convenios

*internacionales ratificados por el Congreso que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno*¹⁰". Esta previsión constitucional es recogida en el artículo 3° del Código De Procedimiento Penal (ley 906 de 2004).

Los principales instrumentos internacionales que consagran y protegen el derecho a la libertad, vigentes en Colombia son:

- a) La Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, Declaración a la que Colombia adhirió al momento de ser emitida, la que refiere a la libertad en su artículo 12.
- b) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (sistema ONU), aprobado mediante la ley 74 de 1968, y vigente en Colombia a partir del 23 de marzo de 1976, que la consagró en su artículo 9°.
- c) Convención Americana de Derechos Humanos (o Pacto de San José, Costa Rica), en el marco de la OEA, aprobado mediante la ley 16 de 1972, y vigente en Colombia desde el 18 de julio de 1978, que la protege en su artículo 7°.
- d) Los Cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, aplicables en los conflictos armados no internacionales, en los que se prohíbe en el artículo 3 común de los cuatro Convenios, "la toma de rehenes"¹¹ por las partes en conflicto. Colombia adhirió a los cuatro convenios mediante la ley 5 de 1960, entrando en vigencia el 8 de mayo de 1962.

9 Corte Constitucional, C- 456 de 2006. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

10 Ídem, artículo 93, *Constitución Nacional*.

11 Toma de rehenes es una modalidad especial de privación de la libertad en el marco de un conflicto armado, condicionando la libertad al cumplimiento de exigencias al adversario, o con el propósito de evitar o guarnecerse de ataques militares.

- e) Protocolo II adicional a los Cuatro Convenios de Ginebra, de 1977, que desarrolla el artículo 3 común. Colombia adhirió mediante la ley 171 de 1974, entrando en vigencia el 14 de febrero de 1996, en la que se prohíbe igualmente la toma de rehenes.
- f) El Estatuto Penal Internacional, conocido como el Estatuto de Roma, en el que se sanciona los crímenes de guerra¹², y los crímenes de lesa humanidad, entre los que se halla la *“encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional”*, la esclavitud y la desaparición forzada de personas¹³.

1.4 LA LEGISLACIÓN PROCESAL PENAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991 HASTA EL ACTO LEGISLATIVO 003 DEL 2002

El constituyente de 1991 introdujo en la Carta Constitucional profundos e importantes cambios en relación con los derechos de los colombianos.

Se implantó el concepto de los derechos fundamentales tomado de las modernas constituciones española y alemana, cuya limitación legislativa se halla sometida a riguroso control constitucional, y al expedito control ciudadano a través de la acción de tutela.

La libertad quedó consagrada como uno de los principales derechos fundamentales, cuya restricción resultó sometida a una orden de autoridad judicial competente. Inicialmente se creó la Fiscalía General de la Nación, institución a la que se le otorgaron funciones judiciales, entre ellas la de expedir órdenes de captura e imponer medidas restrictivas de la libertad, como la detención preventiva en centro carcelario.

El sistema inquisitivo que venía vigente durante la vigencia de la Constitución de 1886, donde un mismo juez investigaba, detenía preventivamente y juzgaba, dejó de regir para entrar en un sistema procesal mixto, en el cual la Fiscalía investigaba e imponía medidas restrictivas de la libertad durante la etapa de instrucción hasta la calificación o llamamiento a juicio, a partir de la cual un juez conocía de la etapa de juzgamiento y de la restricción o no del derecho a la libertad, hasta la promulgación de una sentencia ejecutoriada.

1.5 Acto legislativo 003 de 2002

El Sistema Penal Acusatorio (SPA) fue introducido en la Constitución Nacional a través del acto legislativo 003 del 2002, el cual modificó los artículos 116, 250 y 251 de la Carta, elevando a rango constitucional la estructura básica del sistema penal, e introduciendo importantes reformas al sistema de investigación, acusación y juzgamiento en materia penal.

En el artículo 250 modificado, se estableció la obligación de la Fiscalía de adelantar el ejercicio de la acción penal por los hechos que constituyan delito. En ejercicio de dicha obligación, le corresponde a la Fiscalía, entre otros deberes, garantizar la comparecencia del imputado al proceso penal, para lo cual podrá solicitar ante un Juez de Control de Garantías la privación efectiva de la libertad (detención preventiva), si la naturaleza del delito, y las circunstancias personales y sociales así lo ameritan.

También autoriza para que a través de la ley (Código de Procedimiento Penal), se faculte a la Fiscalía General de la Nación para realizar excepcionalmente capturas, en los precisos “límites y eventos” que establezca la ley. En estos casos el juez que cumpla la función

12 Infracciones graves a los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949.

13 *Estatuto de la Corte Penal Internacional*. Compilación de derecho Penal Internacional, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las NN.UU. para los DD.HH., Bogotá, 2003, pág. 14.

de control de garantías realizará dicho control a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la captura¹⁴.

Estas previsiones constitucionales son la base del régimen de privación de la libertad en el nuevo Sistema Penal Acusatorio, motivo de este artículo, en el marco de la investigación sobre los derechos fundamentales en el nuevo procedimiento penal.

2. LEY 906 DE 2004. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL ACUSATORIO

Aprobada por el acto legislativo la introducción del Sistema Penal Acusatorio (SPA), se procedió a conformar una comisión redactora, y a dar trámite como proyecto de ley ordinaria en el Congreso de la República al Código de Procedimiento Penal, el que fue aprobado y sancionado como ley 906 de 2004, el 31 de agosto de 2004, con entrada en vigencia gradual y periódica a partir del 1 de enero de 2005, y derogando las normas procesales contrarias para los delitos cometidos una vez entraba en vigencia el SPA. Posteriormente se introdujeron importantes reformas, en su mayoría de carácter restrictivo o represivo, a través de la ley 1142 de 2007, cuyas modificaciones se estudiarán simultáneamente con el texto de la ley 906 de 2004.

2.1 La protección judicial de la libertad como principio rector

Constituyendo el derecho a la libertad (después del derecho a la vida) el asunto más crucial del derecho penal, resulta lógico, entonces, que la enunciación de su protección se haga desde el comienzo del Código, en el artículo 2° referente a los principios rectores y garantías procesales, sólo precedido por el principio del respeto a la dignidad humana de todos los intervinientes en el proceso penal.

Debe resaltarse que los principios rectores tienen prevalencia sobre las demás disposiciones del Código de Procedimiento Penal, son obligatorias y deben ser utilizadas como fundamento de interpretación. El contenido del artículo 2°. constituye un minicódigo de los fundamentos constitucionales y garantías procesales que deben desvirtuarse para restringir válidamente el derecho a la libertad imponiendo una medida de aseguramiento, cuyo texto recoge la jurisprudencia constitucional anterior al SPA sobre los requisitos para limitar el derecho a la libertad durante el proceso.

Aquí, en primer lugar, se retoma el principio de legalidad (formal) de la limitación a la libertad previsto en la Constitución Nacional:

- a) mandamiento escrito de autoridad judicial competente,
- b) con el lleno de las formalidades legales, y
- c) por motivos previamente definidos en la ley.

En este principio rector se establece, en desarrollo de los requisitos formales, la competencia ÚNICAMENTE del Juez de Control de Garantías para restringir la Libertad, a solicitud EXCLUSIVAMENTE de la Fiscalía, la vigencia de la orden de captura y por la comisión de delitos que comporten detención preventiva. La Fiscalía pierde toda facultad para restringir la libertad e imponer medidas de aseguramiento, como hasta la entrada del Sistema Penal Acusatorio venía sucediendo, una vez entró en vigencia la Fiscalía General de la Nación con la Constitución de 1991.

Posteriormente se hace una enunciación de los requerimientos sustanciales o materiales que se deben reunir para imponer una res-

tricción. Ésta solo procederá cuando resulte necesaria para garantizar:

- a) La comparecencia al proceso del imputado.
- b) La preservación de la prueba.
- c) La protección de la comunidad, en especial de las víctimas.

En todos los casos, se debe solicitar el control de legalidad de la captura ante el Juez de Control de Garantías en el menor tiempo posible, sin superar las 36 horas siguientes. Esto conlleva que el control efectivo y material de la captura no se debe demorar, debe ser lo más inmediato a la captura; y en todo caso el inicio de la audiencia de control (no de la petición), no debe sobrepasar nunca las 36 horas, so pena de que deba declararse ilegal la captura y ordenar la libertad de indiciado o acusado o condenado.

La competencia de los jueces para restringir la libertad tiene dos momentos: durante la investigación y el juicio es competente el Juez Penal Municipal con funciones de control de Garantías, en primera instancia, y el Juez Penal del Circuito, que conoce de las apelaciones contra la decisión que legaliza la captura y las que impone medida de aseguramiento, actuando como segunda instancia de los jueces penales municipales con funciones de Juez de Garantías. Finalizado el juicio, la restricción de la libertad le corresponde al juez de conocimiento, a los Magistrados de la Sala Penal de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial o de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia ordenar la libertad del procesado, o la captura y/o cumplimiento de la pena, si la condena es de prisión y no conceden subrogados penales.

Ejecutoriada la sentencia, le corresponde al Juez de Ejecución de penas y medidas de seguridad vigilar el cumplimiento de la sentencia, redimir tiempo de la sentencia por estudio o trabajo, conceder la libertad con-

dicional por las dos terceras partes de la pena, ordenar la libertad incondicional por pena cumplida, y restablecer los derechos del condenado una vez hayan cumplido con todas las obligaciones derivadas de la condena o estas hayan prescrito.

2.2 Control formal y material de la captura

Según los artículos 28 y 32 de la Carta Constitucional, para que una persona pueda ser detenida debe preceder una orden escrita de captura emanada de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley, o aprehendida en flagrancia. De conformidad con lo anterior, se establece que el control judicial sobre su legalidad de la captura o aprehensión debe abarcar tanto la formalidad de las órdenes como la existencia de un delito o contravención definidos por la ley.

El control formal abarca tanto la existencia de una orden escrita librada legalmente por un Juez de Control de Garantías, o excepcionalmente por un fiscal, cuando el delito por el que se proceda tenga prevista medida de aseguramiento de detención preventiva en centro carcelario, de conformidad con lo establecido en el artículo 313 del Código de Procedimiento Penal.

En caso de flagrancia, cualquier persona puede capturar a quien es sorprendido cometiendo un delito. Si es un particular quien realiza la aprehensión, este deberá conducir al aprehendido inmediatamente a la autoridad de policía, quien deberá conducirlo inmediatamente a la Fiscalía General de la Nación, al igual que cualquier otra autoridad que realice la aprehensión.

Pero si de la información suministrada o recogida aparece que el supuesto delito no comporta detención preventiva, el aprehendido o capturado debe ser liberado inmediatamente por la Fiscalía, imponiéndosele bajo la palabra un compromiso de comparecencia cuando sea requerido. Igualmente se debe dejar en libertad inmediatamente cuando la

captura sea ilegal, por violación de requisitos formales, sustanciales o violación de los derechos del capturado.

El artículo 39 del Código de Procedimiento Penal establece que la función de control de garantías será ejercida por el Juez Penal Municipal del lugar donde se cometió el delito. El artículo 3 de la ley 1142 de 2007 modificó esta previsión, y estableció que si la captura se produjo en lugar distinto al de la comisión de la conducta punible, la función de control de garantías podrá ser ejercida por el Juez Penal Municipal del lugar donde se realizó la aprehensión o de aquel donde por razones de urgencia o seguridad haya sido recluido el capturado, o a falta de éste, puede acudir a un Juez Municipal de otra especialidad. A su vez esta norma creó los jueces de garantías ambulantes, lo cuales ejercen en los sitios donde solo existe un Juez Municipal, y además se trate de un lugar en el que el traslado de las partes e intervinientes se dificulte por razones de fuerza mayor, transporte, distancia u otras similares.

De todas formas, el control debe realizarse inmediatamente o a más tardar dentro de las 36 horas siguientes a la captura. De existir demora injustificada o no realizarse dentro de las 36 horas siguientes, el Juez de Control de Garantías debe declarar ilegal la captura, ordenando la libertad inmediata, incondicional y efectiva.

El control material abarca además la verificación de que se le haya respetado su dignidad humana (artículo 1 del código) y los derechos del capturado previstos en forma exhaustiva en el artículo 303 del Código de Procedimiento Penal:

“Artículo 303. Derechos del capturado. Al capturado se le informará de manera inmediata lo siguiente:

1. Del hecho que se le atribuye y motivó su captura y el funcionario que la ordenó.

2. Del derecho a indicar la persona a quien se deba comunicar su aprehensión. El funcionario responsable del capturado inmediatamente procederá a comunicar sobre la retención a la persona que este indique.

3. Del derecho que tiene a guardar silencio, que las manifestaciones que haga podrán ser usadas en su contra y que no está obligado a declarar en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad.

4. Del derecho que tiene a designar y a entrevistarse con un abogado de confianza en el menor tiempo posible. De no poder hacerlo, el sistema nacional de defensoría pública proveerá su defensa”.

2.3 Orden de captura por el Juez de Control de Garantías

Cuando un Fiscal cuente con motivos fundados de que una persona puede ser autor o partícipe de un delito que se investiga, solicita a un Juez de Control de Garantías la expedición de una orden escrita de captura, en la cual se incluirá en forma clara y sucinta los motivos de la misma (presunto delito), los datos que permitan individualizar al indiciado o imputado, cuya captura se ordena, el número de radicación de la investigación adelantada por la policía judicial y el fiscal que la dirige.

Los motivos fundados no son mera sospecha o una especulación. Los motivos fundados sobre la posible autoría de un delito, se hallan reglamentados en el artículo 221 del Código de Procedimiento Penal. Allí se establece que deberán estar respaldados al menos en informe de policía judicial, declaración jurada de testigo o informante, o en elementos materiales probatorios, evidencias físicas que establezcan con verisimilitud la vinculación de los indiciados con un delito investigado,

Si se trata de testigo, el Fiscal deberá estar presente para efectuar un eventual interrogatorio que permita apreciar su credibilidad. Si se trata de informante, la policía judicial deberá precisar al Fiscal su identificación y explicar por qué razón resulta confiable. Los datos de informante no podrán ser reservados ante el Juez de Garantías, como lo disponía originalmente la norma que fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, ya que impedía hacer un verdadero control formal y material en materia de medidas de intervención de los derechos fundamentales¹⁵.

Como puede verse, la norma establece una clara distinción entre “testigo” e “informante”. Si bien, testigo e informante debían hacer su declaración bajo juramento ante la policía judicial o el Fiscal, un eventual interrogatorio sólo se hallaba previsto frente al “testigo”.

La Corte Constitucional consideró que si bien la solemnidad de la declaración jurada imprime cierta seguridad y confiabilidad, sobre la cual el Fiscal elaborará un juicio de procedencia sobre una medida restrictiva, valoración que comprende un juicio **fáctico** referido a la valoración de los elementos materiales probatorios y un juicio **jurídico**, centrado en la ponderación de los intereses enfrentados de la libertad y el interés general de la persecución del delito. Por ello la Corte Constitucional consideró que resulta inadmisibles que el Fiscal no pueda confrontar a establecer la veracidad de lo afirmado cuando se trata de informantes, siendo que con fundamento en sus afirmaciones se van a restringir derechos fundamentales, al igual que procede cuando se trata de testigos¹⁶.

Si bien estas declaraciones del informante o testigo no constituyen una “prueba”, la que únicamente se constituye si declara en el juicio oral, servirán al Fiscal para direccionar la investigación y solicitar medidas precautelativas, y el testigo o informante podrán ser ci-

tados a la audiencia de control de garantías, por el defensor o el imputado, para realizar el conainterrogatorio, si este ya ha sido imputado, ya que en caso contrario serán reservadas precisamente para garantizar la efectividad de la investigación o la captura del indiciado, imputado o condenado.

2.4 Orden excepcional de captura por el Fiscal que dirige la investigación

Si bien en el Sistema Penal Acusatorio las medidas precautelativas y las audiencias preliminares que las decretan son competencia de los jueces penales municipales con funciones de jueces de garantías, excepcionalmente el Fiscal General de la Nación o su delegado pueden expedir orden de captura escrita y motivada en los eventos en que proceda la detención preventiva cuando no se encuentre un juez que pueda ordenarla, siempre y cuando, el Fiscal agote diligentemente la búsqueda de todos los jueces legalmente competentes, incluido el Juez de Control de Garantías ambulante, creados por la ley 1142 de 2007.

La Corte Constitucional había declarado la inexecutable mediante la sentencia C-1001 de 2005, de una norma que autorizaba la expedición de órdenes de captura por la Fiscalía. Posteriormente, mediante la sentencia C-185 de 2008, declaró executable el artículo 21 de la ley 1142 de 2007, que modificó el artículo 300 del Código de Procedimiento Penal, en la que se restablece la posibilidad de la captura sin orden judicial, autorizando a la Fiscalía librar las órdenes de captura cuando se reúna una serie de requisitos de carácter excepcional. Por considerar que este artículo no reproducía el declarado inconstitucional, por lo cual la decisión de avalar como executable la nueva disposición no violaba principios de legalidad, pues no tratándose de la misma norma, o no reproduciendo sus alcances, que no había lugar a cosa juzgada constitucional.

15 Corte Constitucional. C-673 de 30 de junio de 2005. M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

16 Corte Constitucional. C-673 de 30 de junio de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Señaló la Corte que en ejercicio de la facultad excepcional prevista en el artículo 250 de la Carta y 300 del Código de Procedimiento Penal, la Fiscalía General de la Nación puede ordenar capturas, en los términos allí previstos, pero que los presupuestos y requisitos no pueden ser inferiores a los exigidos por el Juez de Control de Garantías, ni desconocer el principio de legalidad previsto en el artículo 29 de la Carta.

La Corte encontró que algunos elementos demandados del artículo 21 de la ley 1142 de 2007, carecían de suficiente concreción, precisión y determinación que requiere la fijación de los límites en que la Fiscalía General de la Nación puede efectuar capturas, tal como lo exige el artículo 251.1 de la Carta, por lo que declaró parte del artículo 21 de la ley 1142 fuera de la órbita constitucional.

Por ello, consideró la Corte Constitucional que la expresión “motivos serios y de fuerza mayor”, y la falta de “disponibilidad” del Juez de Control de Garantías, “dan lugar a las más variadas hipótesis y supuestos que dejan a la discrecionalidad del propio fiscal que ha de efectuar la captura, la determinación de estas circunstancias no sometidas al inmediato control del juez de garantías. En efecto, el calificativo ‘serios’ que se le otorga a los motivos por los cuales no se encuentra disponible un juez para ordenar una captura, es ambiguo o indeterminado. Igualmente el adjetivo ‘serios’ dado a dichos motivos, se torna sin duda indefinido y vago. En estas condiciones, la Fiscalía General de la Nación o su delegado terminan por fijar a su arbitrio y capricho cuál motivo es serio y cuál no lo es, sin tener como base una medida objetiva, en materia tan grave como la restricción de la libertad. Así mismo, los motivos de ‘fuerza mayor’ en el contexto de la norma, exigen un esfuerzo interpretativo que queda en cabeza de quien aplica la medida, con una amplitud tal que desvirtúa la excepcionalidad que previó el constituyente. En esas condiciones esos calificativos no cumplen en manera alguna, los parámetros del principio de legalidad consagrados en la Consti-

tución en su artículo 29 ni con los lineamientos señalados por la jurisprudencia constitucional, pues los motivos y las condiciones para restringir la libertad deben estar expresos en la ley y no pueden crear a discreción de quien ordene la captura. En cuanto se refiere a la disponibilidad del juez, la Corte observó que el ordenamiento procesal penal prevé diversas posibilidades para que siempre haya un Juez de Control de Garantías competente para dictar medida de aseguramiento, de manera que sea efectiva la garantía de reserva judicial. De este modo, sólo cuando se hayan agotado todas esas posibilidades, es que el fiscal podría, de forma excepcionalísima, proceder a dictarlas, para lo cual debe señalar tanto los motivos por los cuales le fue imposible contar con un juez disponible, como también, las demás disposiciones que establece el artículo 21 de la ley 1142 de 2007, para poder efectuar esa captura excepcional. Por último la Corte precisó que la ‘información’ a que alude la norma acusada no puede ser cualquier clase de información, sino que debe circunscribirse a la información obtenida de conformidad con el inciso segundo del artículo 221 del Código de Procedimiento Penal, y en ese sentido se condicionó la exequibilidad de la expresión ‘o información’ que hace parte de la disposición”¹⁷.

Por las anteriores razones, la Corte Constitucional declaró la inexecutable de las expresiones “por motivos serios y de fuerza mayor” y “disponible” contenidos en el artículo 21 de la ley 1142 de 2007 que modificó el artículo 300 del Código de Procedimiento Penal. No sobra recalcar que en ningún momento o circunstancia otro funcionario judicial, como policía judicial, puede librar órdenes de captura.

3. MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO DURANTE LA INVESTIGACIÓN Y EL JUICIO

En el artículo 295 del CPP se hace una “afirmación de la libertad”, disponiendo que las autorizaciones del código que autorizan la

restricción o privación de la libertad por un Juez de Control de Garantías *son de carácter excepcional, y solo podrán interpretarse restrictivamente*, y su aplicación debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales.

Las medidas de aseguramiento hacen parte de las denominadas medidas cautelares, mediante las cuales una autoridad judicial competente dispone sobre las personas o sus bienes con el fin de asegurar la comparecencia del imputado al proceso penal, conservar la prueba y proteger a la comunidad, y en especial a las víctimas. Para imponer estas medidas de aseguramiento la ley establece en el artículo 308 los requisitos formales y materiales.

3.1 Clases de la medida de aseguramiento

Posteriormente en el artículo 307 se establecen dos clases de medidas de aseguramiento, cuando estas proceden y resultan necesarias:

"A. Privativas de la libertad

1. Detención preventiva en establecimiento de reclusión.
2. Detención preventiva en la residencia señalada por el imputado, siempre que esa ubicación no obstaculice el juzgamiento;

B. No privativas de la libertad

1. La obligación de someterse a un mecanismo de vigilancia electrónica.
2. La obligación de someterse a la vigilancia de una persona o institución determinada.
3. La obligación de presentarse periódicamente o cuando sea requerido ante el juez ante sí mismo o ante la autoridad que él designe.
4. La obligación de observar buena conducta individual, familiar y social, con especificación de la misma y su relación con el hecho.
5. La prohibición de salir del país, del lugar en el cual reside o del ámbito territorial que fije el juez.

6. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o lugares.

7. La prohibición de comunicarse con determinadas personas o con las víctimas, siempre que no se afecte el derecho a la defensa.

8. La prestación de una caución real adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, entrega de bienes o la fianza de una o más personas idóneas.

9. La prohibición de salir del lugar de habitación entre las 6:00 p.m. y las 6:00 a.m.

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. Si se tratare de una persona de notoria insolvencia, no podrá el juez imponer caución prendaria".

Las medidas de aseguramiento no privativas de la libertad proceden cuando los delitos por los que se impone medida la pena principal no sea privativa de la libertad, o por delitos querellables, o cuando el mínimo de la pena señalada en la ley sea o no exceda de cuatro (4) años. Satisfechos los requisitos del artículo 308 (se estudian más adelante) 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, pero si incumple se le podrá revocar o modificar a petición del Fiscal o del Ministerio Público, en los términos del artículo 316 del C.P.P.:

"Si el imputado o acusado incumpliere alguna de las obligaciones impuestas al concederle la detención domiciliaria, o las inherentes a la medida de aseguramiento no privativa de la libertad a que estuviere sometido, a petición de la Fiscalía o del Ministerio Público, el juez podrá, según el caso, ordenar su reclusión en establecimiento carcelario, disponer la reclusión en el lugar de residencia, o imponer otra medida no privativa de la libertad,

dependiendo de la gravedad del incumplimiento o de la reincidencia”.

3.2 Requisitos de la medida de aseguramiento

En el nuevo Sistema Penal Acusatorio, las decisiones que afectan derechos fundamentales de los asociados, como las medidas de aseguramiento dentro de un proceso penal, se hallan restringidas a la decisión de un Juez de Control de Garantías, quien previa solicitud del Fiscal General de la Nación o su delegado, debe verificar el lleno de los requisitos legales y constitucionales, como son, **la existencia de elementos materiales probatorios y evidencia recogidos y asegurados debidamente**, o que de la información obtenida legalmente se puede inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o participe de la conducta delictiva que se investiga, además que se cumpla **alguno** de los siguientes requisitos:

1. *Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.*
2. *Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.*
3. *Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia”¹⁸.*

Siendo la libertad el derecho fundamental principal, sólo superado por el derecho a la vida, su privación o limitación debe ponderar el grado de ataque o limitación de este derecho frente a los derechos fundamentales de la sociedad o la víctima, para establecer si es razonable y proporcional su afectación, si el derecho a la libertad debe ceder o afectarse frente al peligro para la sociedad, la víctima, o el derecho fundamen-

tal de la justicia; o por el contrario resulta preponderante la protección de la libertad y derechos del imputado y del entorno familiar (hijos menores, ancianos, etc.) frente a una menor afectación de los derechos de la sociedad y/o la víctima por la conducta punible de menor entidad.

El Juez debe ponderar si resulta razonable y proporcional limitar la libertad frente al grado de afectación de otros derechos fundamentales, como el de los menores que prevalecen sobre los derechos de los demás¹⁹; los derechos de la mujer (o el hombre) cabeza de familia, o de los ancianos; a tener trabajo, a convivir con la familia, en sociedad, a no ver afectada o puesta en peligro su integridad física o su salud, y otras consideraciones sobre aspectos que puedan violar derechos fundamentales, y que se pongan de relieve con la información obtenida legalmente por cualquiera de las partes en la audiencia de imposición de la medida restrictiva.

El Juez de Control de Garantías una vez haya establecido la procedencia objetiva de una medida de aseguramiento no privativa de la libertad, o de la detención preventiva, deberá valorar los aspectos subjetivos del imputado, la proporcionalidad de la medida, la necesidad, la razonabilidad, la utilidad, ya que la decisión no puede responder a criterios automáticos e impersonales, o puramente objetivos.

Los requisitos de la medida de aseguramiento son desarrollados por los artículos 309, 310, 311 y 312 de la ley 906 de 2004.

- **Obstrucción a la justicia (Artículo 309 C.P.P.)**

La solicitud de medida de aseguramiento basado en alguno de los requisitos previstos

¹⁸ Código de Procedimiento Penal, artículo 308, Abogados sin Fronteras en Colombia-Defensoría del Pueblo, Bogotá, 2008, pág. 184.

¹⁹ Constitución Política de Colombia, artículo 44, Editorial Temis, Bogotá, 2008.

en el artículo 308, requiere que de las evidencias físicas o elementos materiales probatorios, o de información obtenida legalmente, se infiera que existen motivos graves y fundados que permiten establecer que el imputado podría 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.

Como se ha venido repitiendo, la invocación de estos motivos graves debe tener un sustento probatorio, es decir, deben ser “fundados”, no meramente especulativos o enunciativos sin sustento, evidencias o informaciones que deben ser revelados o descubiertos ante el Juez de Control de Garantías por el Fiscal, y si no se hace, puede ser solicitado por el Juez, quien debe ejercer un control formal y material real, por la defensa, o por el Ministerio Público, si se halla presente en la audiencia.

- **Peligro para la comunidad (Artículo 310 C.P.P.)**

Este artículo que establece cuatro condiciones para determinar si la libertad del imputado constituye un peligro para la comunidad, fue modificado por el artículo 24 de la ley 1142 de 2007, endureciendo su interpretación, al establecer que para estimar este peligro sería suficiente la gravedad y modalidad del hecho punible.

Adicionalmente, la norma establece cuatro circunstancias secundarias que el juez podrá tener en cuenta una vez haya valorado la gravedad y modalidad del hecho punible:

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”.

En la sentencia 1198 de 2008, la Corte Constitucional examinó la constitucionalidad de la expresión “*gravedad y modalidad*” del hecho punible, como requisito fundamental para establecer que la libertad del imputado constituye un peligro para la comunidad:

“La Corte decidió declarar exequible de manera condicionada, el segmento normativo demandado del artículo 24 de la Ley 1142 de 2007, toda vez que a su juicio, la modalidad y gravedad de la conducta no pueden ser los criterios prevalentes para determinar la necesidad de la imposición de una medida restrictiva de la libertad. Lo anterior –expresa la Corte– dedujo de un análisis sistemático del artículo 250-1 de la Constitución, los artículos 295 y 306, de la Ley 906 de 2004 y 24 de la Ley 1142 de 2007, en cuanto la detención preventiva o la restricción de la libertad poseen un carácter excepcional, de modo que las disposiciones que regulan estas medidas sólo pueden ser interpretadas de manera restrictiva y en cada caso deben ser adecuadas, necesarias, proporcionales y razonables, obedecer a los fines constitucionales de la privación de la libertad y el peligro que eventualmente podría conllevar la libertad del imputado para la víctima está determinado en cuando se pueda atentar de nuevo contra otros bienes jurídicos tutelados, su familia o sus bienes. A juicio de la Corte, la prevalencia de la modalidad y gravedad de la conducta, para determinar la necesidad de la imposición de una medida restrictiva de la libertad no atiende los criterios de necesidad y proporcionalidad de la medida. De ahí que se hubiera condicionado la exequibilidad del aparte normativo acusado del artículo 24 de la Ley 1142 de 2007, de manera que no se entienda que la modalidad y gravedad de la conducta es el único criterio para establecer la procedencia excepcional de la privación de la libertad, sino que, al mismo tiempo hay que tener

*en cuenta si se cumplen los fines constitucionales de la misma, de conformidad con los artículos 308 y 310 de la Ley 906 de 2004*²⁰.

- **Peligro para la víctima (Artículo 311 C.P.P.)**

El artículo 311 desarrolla la segunda parte del numeral segundo del artículo 308 de 2004. Según esta previsión, *“Se entenderá que la seguridad de la víctima se encuentra en peligro por la libertad del imputado, cuando existan motivos fundados que permitan inferir que podrá atentar contra ella, su familia o sus bienes”*.

La existencia de los motivos fundados debe ser documentada al Juez de Control de Garantías para que ella pueda ser valorada y tenida como fundamento de la restricción de la libertad, y la falta de exposición probatoria debe llevar al juez a rechazar esta causal en ejercicio del control formal y material de la existencia de los requisitos para imponer una medida restrictiva, o a petición de la defensa o el Ministerio Público.

- **No comparecencia (Artículo 312 C.P.P.)**

A similitud del artículo 310, el legislador modificó a través del artículo 25 de la ley 1142 de 2007 el texto del artículo 312 de la ley 906 de 2004, para establecer como requisito fundamental *“la gravedad y modalidad de la conducta y la pena imponible”*, trastocando un aspecto subjetivo, dependiente de la personalidad, en un aspecto meramente objetivo, como es la gravedad y la modalidad y la pena imponible, que se hallan establecidas en el código penal como elementos del tipo.

La segunda parte del artículo 312 permaneció intangible, pero su alegación por parte de la Fiscalía debe contar con los elementos materiales probatorios si se quiere que el juez tenga en cuenta alguna de estas circunstancias. El tenor del artículo es el siguiente:

Artículo. 312. No comparecencia. Para decidir acerca de la eventual no comparecencia del imputado, se tendrá en cuenta, en especial, la gravedad y modalidad de la conducta y la pena imponible, además de los siguientes factores:

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

La Corte Constitucional en la sentencia 1198 de 2008, estudió la constitucionalidad de la expresión *“en especial”*, introducida en el artículo 312 de la ley 906 de 2004 por la ley 1142 de 2007, declarándola inexecutable, pues dicho condicionamiento conduce a desconocer la previsión constitucional tantas veces mencionada de la necesidad o no de la medida de aseguramiento. Al respecto la Corte expresó:

*“... la modalidad y gravedad de la conducta y de la pena a imponer, no pueden ser los criterios especiales y únicos para determinar si hay lugar a la acción estatal, como quiera que es necesario además, que se analicen los criterios subsiguientes contenidos en el artículo 312 de la Ley 906 de 2004, de modo que pueda determinarse la necesidad o no de la medida de aseguramiento no sólo para garantizar su comparecencia, sino el cumplimiento de la sentencia”*²¹.

²⁰ Corte Constitucional. Comunicado de prensa, sentencia C-1198 de 2008, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

²¹ Corte Constitucional, Comunicado de prensa, sentencia 1198 de 2008, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

3.3 Procedencia de la detención preventiva (Artículo 313 C.P.P.)²²

Este es uno de los artículos más polémicos del Código de Procedimiento Penal, pues en él se establecen requisitos de orden objetivo para imponer medida de aseguramiento de detención en centro carcelario, muy similares a los que se hallan previstos en la legislación anterior, por lo que constituye la supervivencia de las medidas restrictivas de los momentos más represivos en materia penal.

En la práctica, es el artículo más invocado por los Fiscales en las audiencias de imposición de medida de aseguramiento para solicitar al Juez de Control de Garantías la aprobación de la medida de aseguramiento en centro carcelario, al igual, que la herramienta jurídica que invocan dichos jueces para imponer dicha medida, dejando de lado los requisitos constitucionales como la necesidad, proporcionalidad, razonabilidad e igualdad, y aspectos subjetivos, pues deciden generalmente con fundamento a las previsiones objetivas allí establecidas –como el quantum de la pena mínima, la existencia de antecedentes judiciales, competencia de la justicia especializada para adelantar el juicio, cuantía superior a 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes en los delitos contra los derechos de autor–.

Por otra parte, es el artículo al que en desarrollo de la política criminal del Gobierno –no digamos del Estado– busca introducir modificaciones objetivas que los operadores judiciales no puedan desconocer y sopesar contra los principios constitucionales que rigen la autorización de restricción de la li-

bertad, como la detención obligatoria cuando existan de capturas registradas en el año inmediatamente anterior, lo que viola la presunción de inocencia, y equipara captura con antecedente judicial.

Lamentablemente la Corte Constitucional avaló como exequible esta previsión agregada como numeral 4 del artículo 313 por la ley 1142 de 2007, con el argumento de “la libertad de la configuración legislativa en materia de medida de aseguramiento, y en especial, de los criterios que conducen a la detención preventiva”. Sin embargo, la Corte al advertir que dicha previsión viola el programa constitucional respecto a los requisitos para la privación de la libertad, precisó que “la imposición de la medida no puede obedecer a reglas automáticas o silogísticas que impidan la valoración integral, por parte del juez competente, de todos los hechos y circunstancias que rodean el caso, la necesidad, adecuación, proporcionabilidad y razonabilidad de la medida en cada caso concreto”²³.

4. SUSTITUCIÓN DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA (ARTÍCULO 314 C.P.P.)

Impuesta la medida de aseguramiento, el Código de Procedimiento Penal prevé su sustitución por domiciliaria, para lo cual trae un catálogo taxativo de eventos en los cuales procede, haciendo menos gravosa la privación de la libertad, en cumplimiento de las privaciones constitucionales, de que la medida de encerramiento en establecimiento carcelario sea excepcional.

²² 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:

1. En los delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados.
2. En los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro (4) años.
3. En los delitos a que se refiere el Título VIII del Libro II del Código Penal cuando la defraudación sobrepase la cuantía de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

²³ Corte Constitucional, Sentencia C- 425 de 2008. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Los eventos en que procede la sustitución son:

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 evaluado por el juez al momento de decidir sobre su imposición.
2. Cuando el imputado o acusado fuere mayor de sesenta y cinco (65) años, siempre que su personalidad, la naturaleza y modalidad del delito hagan aconsejable su reclusión en el lugar de residencia.
3. Cuando a la imputada o acusada le falten dos (2) meses o menos para el parto. Igual derecho tendrá durante los (6) meses siguientes a la fecha del nacimiento.
4. Cuando el imputado o acusado estuviere en estado grave por enfermedad, previo dictamen de médicos oficiales. El juez determinará si el imputado o acusado debe permanecer en su lugar de residencia, en clínica u hospital.
5. Cuando la imputada o acusada fuere madre cabeza de familia de hijo menor de doce (12) años o que sufre incapacidad mental permanente, siempre y cuando haya estado bajo su cuidado. En ausencia de ella, el padre que haga sus veces tendrá el mismo beneficio”.

En forma coherente con la humanización de la medida de aseguramiento que presupone la detención domiciliaria, la ley 906 establece que *“La detención en el lugar de residencia comporta los permisos necesarios para los controles médicos de rigor, la ocurrencia del parto, y para trabajar en la hipótesis del numeral 5º”*.

Igualmente establece que el beneficiario adquirirá unos compromisos y obligaciones, como son que *“En todos los eventos el beneficiario suscribirá un acta en la cual se compromete a permanecer en el lugar o lugares indicados, a no cambiar de residencia sin previa autorización, a*

concurrir ante las autoridades cuando fuere requerido, y, adicionalmente, podrá imponer la obligación de someterse a los mecanismos de control y vigilancia electrónica o de una persona o institución determinada, según lo disponga el juez”.

Si bien, dichas previsiones parecen razonables y ajustadas a la Constitución, posteriormente hubo un grave retroceso por las modificaciones introducidas por la ley 1142 de 2007, verdadero estatuto antidemocrático expedido para la “prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana”, es decir no para la delincuencia de alto impacto o incidencia en la seguridad del Estado y la sociedad –como el narcotráfico, el paramilitarismo, etc.– sino la pequeña delincuencia.

A través de esta ley se desvirtúa la detención domiciliaria, ya que se introducen a través del artículo 27 de la citada ley, a través de un párrafo, importantes modificaciones a la sustitución de la medida, que la hace prácticamente inexistente:

“Párrafo. No procederá la sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario, por detención domiciliaria cuando la imputación se refiera a los siguientes delitos: Los de competencia de los jueces penales del circuito especializados o quien haga sus veces, Tráfico de migrantes (C.P. artículo 188); Acceso carnal o actos sexuales con incapaz de resistir (C.P. artículo 210); Violencia intrafamiliar (C.P. artículo 229); Hurto calificado (C.P. artículo 240); Hurto agravado (C.P. artículo 241, numerales 7, 8, 11, 12 y 15); Estafa agravada (C.P. artículo 247); Uso de documentos falsos relacionados con medios motorizados hurtados (C.P. artículo 291); Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones de uso personal, cuando concurra con el delito de concierto para delinquir (C.P. artículos 340 y 365), o los imputados registren sentencias conde-

natorias vigentes por los mismos delitos; Fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas (C.P. artículo 366); Fabricación, importación, tráfico, posesión y uso de armas químicas, biológicas y nucleares (C.P. artículo 367); Peculado por apropiación en cuantía superior a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales (C.P. artículo 397); Concusión (C.P. artículo 404); Cohecho propio (C.P. artículo 405); Cohecho impropio (C.P. artículo 406); Cohecho por dar u ofrecer (C.P. artículo 407); Receptación repetida, continua (C.P. artículo 447, inc. 1 y 3); Receptación para ocultar o encubrir el delito de hurto calificado, la receptación para ocultar o encubrir el hurto calificado en concurso con el concierto para delinquir, receptación sobre medio motorizado o sus partes esenciales, o sobre mercancía o combustible que se lleve en ellos (C.P. artículo 447, inc. 2)".

En ejercicio del control constitucional, la Corte en la sentencia C-318 del 2008 condicionó en la parte resolutive la exequibilidad de dichas restricciones *"en el entendido de que el juez podrá conceder la sustitución de la medida, siempre y cuando el peticionario fundamente, en concreto, que la detención domiciliaria no impide el cumplimiento de los fines de la detención preventiva, en especial, respecto de las víctimas del delito, y en relación exclusiva de las hipótesis previstas en el artículo 27 de la ley 1142 de 2007"*.

En realidad, queda cuestionada la validez constitucional, ya que *"el juez para determinar si se cumplen los requisitos que permitan la imposición de una medida de aseguramiento (artículo. 308) deberá efectuar un juicio de suficiencia basado en el pronóstico de si la ejecución de la medida en el lugar de residencia, o en la clínica u hospital, atendidas las **circunstancias especiales** del imputado (a), cumplirá los fines que a la misma le*

*asigna el orden jurídico*²⁴". Por ello, el Juez de Control de Garantías no podrá simplemente invocar la prohibición introducida en el párrafo, sino deberá hacer siempre el juicio de suficiencia, so pena de incurrir en una vía de hecho. En realidad la Corte optó por declarar la exequibilidad condicionada, pero exigiendo siempre la ponderación de la medida frente a los demás postulados constitucionales, cuando pudo haber optado por la simple declaratoria de inexecutable de la previsión como lo expresó el Dr. Jaime Araujo Rentería en salvamento de voto que acompañó la sentencia.

5. CAUSALES DE LIBERTAD

Siendo la privación de la libertad de carácter excepcional, como se halla previsto en la Constitución, la ley y tratados internacionales de Derechos humanos, es apenas natural que se halle en la ley 906 de 2004 la previsión de en qué casos procede su revocatoria o, simplemente, proceda como un derecho directo por cumplirse causales objetivas – como la absolución del procesado, el vencimiento de términos procesales, cumplimiento de penas previstas o preacuerdos.

Siendo la privación de la libertad la medida cautelar más invasiva de los derechos del procesado, es muy importante la existencia de las causales de libertad y revocatoria de la detención preventiva, pues ellas garantizan derechos fundamentales como el de la libertad, a no sufrir una detención injusta por la demora de un juicio sin dilaciones injustificadas (artículo 29 de la C.N.), y la mayoría de los derechos fundamentales que se ven afectados por la detención preventiva.

5.1 Revocatoria de la detención preventiva

Impuesta la medida restrictiva de la libertad, el artículo 318 del Código de Procedimiento Penal establece que cualquiera de las

24 Corte Constitucional, Sentencia C-318 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

partes, con la presentación de elementos materiales probatorios o información legalmente obtenida de que esta se ha tornado irrazonable o desproporcionada, podrá pedir al Juez de Garantías su revocatoria o modificación. Esta norma establecía originalmente la restricción de la solicitud a una sola vez, y la prohibición de utilización de los recursos contra la decisión que resolviera la petición. La Corte Constitucional, mediante la sentencia C-456 de 2006, declaró la inexecutable de dichas restricciones contenidas en el artículo en mención, en razón a que

“... el juez de control de garantías está en la obligación constitucional de hacer en cualquier momento un análisis racional, ponderado y adecuado frente a la medida de aseguramiento y en especial frente a las circunstancias fácticas que se presenten, de las cuales surja que la imposición de la medida, o su revocatoria o sustitución (...) Limitar la posibilidad de solicitar la revocatoria o la sustitución de la medida de aseguramiento, en la forma en que lo establece el artículo 318 de la ley 906 de 2004, significa imponer límites que restringen sin ningún fundamento el derecho a la libertad y crea en el individuo una situación de indefensión, en tanto que su justo reclamo para recobrar la libertad por haber desaparecido las causas de su restricción, desatendido por la limitación que la ley le impuso, con lo cual se transgrede el debido proceso y su derecho de defensa...”²⁵

Por otra parte, en la misma sentencia la Corte Constitucional valoró como inconstitucional la prohibición de interponer recursos contra la decisión de modificar o no la medida de aseguramiento, por considerar que violaba el debido proceso y el principio de la doble instancia que rige las decisiones judiciales²⁶.

5.2 Causales de libertad

Son cuatro las causales de libertad que se hallan previstas durante el trámite procesal: dos como sanción por el incumplimiento de los términos procesales

- a) Por haber sobrepasado los 90 días desde la imputación sin que se hubiere presentado el escrito de acusación o solicitado la preclusión.
- b) 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.

Estos términos, ha precisado la Corte Suprema de Justicia, se entienden como corridos, es decir calendario, no días hábiles. Por otra parte la ley establece que no procede la libertad cuando la audiencia o el juicio oral no se hayan podido iniciar por maniobras dilatorias del imputado o acusado, o su defensor, ni cuando la audiencia no se haya podido iniciar por causa justa o razonable. La Corte Suprema de Justicia estableció que dichos términos son corridos tanto durante la investigación como durante la etapa del juicio, ya que resulta odioso y discriminatorio establecer diferencia entre dichos términos²⁷.

A este último respecto, la Corte Constitucional declaró **inexecutable** la expresión “justa o” contenida en el párrafo del artículo 30 de la ley 1142 de 2007 y declarar **executable** la expresión “ni cuando la audiencia no se hubiere podido iniciar por causa [...] razonable” contenida en el mismo párrafo, “en el entendido de que: a) la justificación de la causa razonable debe fundarse en hechos externos y objetivos, constitutivos de fuerza mayor, ajenos al juez o a la administración de justicia b) en todo

²⁵ Corte Constitucional, C- 456 DE 2006, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

²⁶ Corte Constitucional, C-456 de 2006, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

²⁷ Corte Suprema de Justicia, Sentencias 28288 M.P. Alfredo Gómez Quintero; sentencia 28.837 del 6 de septiembre de 2007, M.P. Javier Zapata Ortiz.

*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 906 de 2000*²⁸.

La libertad también procede en forma inmediata cuando se anuncia el sentido fallo absoluto, así algunas de las partes o el Ministerio Público interpongan recurso de apelación. Igualmente cuando el Juez aprueba el principio de oportunidad a través del cual se precluye, se suspende o se interrumpe la persecución penal, por las causales establecidas en el artículo 324 del Código de Procedimiento Penal.

5.3 Decisión sobre la libertad o prisión terminada el juicio

Finalizado el juicio oral, el juez de conocimiento debe enunciar el sentido del fallo. Si lo halla responsable al procesado y el delito por el que se condena tiene pena privativa de la libertad, dispondrá su cumplimiento en un centro carcelario, si no es merecedor de un subrogado penal, y en caso de no hallarse detenido su captura para el efectivo cumplimiento de la pena.

Si es absuelto hallándose detenido dispondrá de su libertad “inmediata”²⁹, que en la práctica no se cumple, pues el procesado siempre es conducido a la cárcel para los trámites de excarcelación que suelen demorarse hasta 36 horas después de recibida la boleta de libertad del respectivo juez. De no ser inmediata, y si sobrepasa las 36 horas y aun sigue detenido, procede el habeas corpus.

BIBLIOGRAFÍA

1. *Constitución Política de Colombia*. Editorial Legis, Bogotá, 2008.
2. *El derecho a defender*, CINEP, Comisión Colombiana de Juristas, MINGA, Bogotá, 2005.
3. *Código de Procedimiento Penal*, Editorial Leyer, Bogotá, 2009.
4. COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, *Cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, Ginebra, 1986.
5. *Estatuto de la Corte Penal Internacional*. Compilación de derecho Penal Internacional, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las NN.UU. para los DD.HH., Bogotá, 2003, pág. 14.
6. *Ley 1142 de 2007*, Editorial Leyer, Bogotá, 2007.
7. CORTE CONSTITUCIONAL, C- 1198, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.
8. CORTE CONSTITUCIONAL C- 318 de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño.
9. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-446 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.
10. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencias 28288. M.P. Alfredo Gómez Quintero.
11. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia 28.837 del 6 de septiembre de 2007, M.P. Javier Zapata Ortiz.
12. CORTE CONSTITUCIONAL, C- 425 DE 2008, del 30 de abril de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
13. CORTE CONSTITUCIONAL, C- 673 del 30 de junio de 2005. M.P. Clara Inés Vargas.
14. CORTE CONSTITUCIONAL, C- 185 de 2008 del 27 de febrero de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

28 Corte Constitucional. Sentencia 1198 de 2008, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

29 *Código de Procedimiento Penal*, art. 449, Editorial Leyer, Bogotá, 1998.

