

EL PRINCIPIO DE LA EXCEPCIONALIDAD DE LA PRISIÓN PREVENTIVA Y SU APLICACIÓN PRÁCTICA EN COLOMBIA

Por: Jaime Granados Peña¹

“... el problema en sí no reside en reconocer la necesidad de cumplir estos actos de restricción. Es en los límites, que deben prevenirse los abusos e impedir un alcance injusto para la libertad o la seguridad de las personas.” Jean Graven

Cuando hacemos referencia a un principio entendemos que se trata de una “*norma o idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta*”² humana. En ese sentido, si se desea abordar lo concerniente al denominado principio de excepcionalidad de la prisión preventiva se debe entender el mismo como un postulado orientado a proscribir la aplicación general de dicho instituto.

Así, bajo este principio la prisión preventiva se constituye en una excepción a la regla general que es la libertad. Pero más allá de ese razonamiento lógico, en realidad tal principio viene a ser una garantía para el individuo y un postulado a aplicar en las sociedades y Estados Modernos que velen por el respeto de los Derechos Humanos.

Este trabajo, pretende ilustrar acerca de la materialización de este principio tomando como referente el ordenamiento jurídico colombiano y su concreción práctica, esto con el fin de plasmar una visión real de lo que es la aplicación de la prisión preventiva en Colombia³, para así plantear una serie de críticas y sugerencias en aras de cambiar el *Statu Quo*.

I. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991 COMO PUNTO DE PARTIDA.

Para nadie es un secreto que la Constitución Política de 1991 ha jugado un papel fundamental en la transformación del Estado y la sociedad Colombiana. En efecto, la Carta Política no sólo dio un giro Copernicano entorno al modelo de Estado sino que también ha influido directamente, de forma positiva, en muchos aspectos de la vida cotidiana de las personas.

¹ Se agradece la colaboración del doctor Juan Felipe Amaya Mejía en la preparación de este documento.

² Definición del diccionario de la Real Academia Española.

³ Este estudio se enfoca en el sistema de enjuiciamiento de corte acusatorio que se introdujo con la ley 906 de 2004.

De esta forma, sin duda alguna el derecho a la libertad y la limitación a la prisión preventiva ha sido uno de esos tantos aspectos que se han visto influenciados con la adopción de la Constitución Política de 1991 y por ello, se puede identificar su promulgación como un punto de partida de este proceso evolutivo al cual haremos referencia.

Precisamente, antes de la Constitución de 1991 no era en verdad posible hablar de la excepcionalidad de la prisión preventiva, pues aun cuando la discusión sobre este principio se remonta mucho más atrás en el tiempo, lo cierto es que en Colombia para esa época se reflejaba una realidad bien distinta.

En efecto, por mucho tiempo se acuñó, en el ámbito judicial nacional, la premisa según la cual *“un auto de detención no se le negaba a nadie”*. Tal expresión, no era una simple broma propia de los abogados, sino que era una clara manifestación del poco valor que tenía el derecho a libertad, toda vez que su afectación dentro del proceso penal venía a ser la regla y no la excepción.

Ahora bien, con la Constitución de 1991 esta situación comienza a cambiar iniciándose así un proceso paulatino que trajo consigo la inversión de esa ecuación. Sin embargo, dicho cambio no se dio en virtud a un mandato expreso⁴ de la misma Carta sino más bien por distintas situaciones que trajo consigo su adopción.

Sin duda alguna, el primer efecto trascendente de la Constitución fue precisamente el valor que se le dio a los derechos fundamentales de los ciudadanos, los cuales adquieren un primer plano, estando por ello este nuevo Estado orientado a garantizar los derechos de todas las personas que lo habitan.

Esa concepción además se materializó en la medida que se establecieron mecanismos reales de protección para los derechos más básicos. De ahí que, la Constitución de 1991 al introducir la acción de tutela y otras acciones de índole constitucional, logró cerrar la brecha abismal que anteriormente existía entre la persona y el Estado, permitiendo que muchas situaciones arbitrarias cambiaran de forma pronta y efectiva a favor de las personas.

Precisamente, este cambio de concepción tuvo un fuerte impacto en lo concerniente a la concepción misma y al valor que tiene el derecho a la libertad de los asociados en Colombia, pues si el eje central de la Constitución es el respeto por la dignidad humana y el reconocimiento de los derechos fundamentales, había entonces que entrar a replantear las circunstancias en las cuales una persona podía ser privada de su libertad.

⁴ En efecto, el artículo 28 de la Carta Política cuando se hacía a dicho instituto no existía una consagración expresa del principio de excepcionalidad.

De igual modo, otro cambio fundamental que trajo consigo la Constitución de 1991 fue el haber ampliado el espectro del reconocimiento de los derechos al introducir el concepto del Bloque de Constitucionalidad. Al señalar, expresamente en su artículo 93 lo siguiente:

“Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.”

En ese orden de ideas, con la introducción del Bloque de Constitucionalidad toda la normatividad internacional que reconocían derechos humanos y prohibían su limitación adquirirían rango constitucional, lo cual tuvo una repercusión inmensa en la realidad colombiana.

Efectivamente, al ampliarse el reconocimiento de los derechos y las garantías de los ciudadanos, ahora estos podían acudir a donde un Juez o una autoridad administrativa a exigir el cumplimiento no sólo de lo establecido en la Constitución o en la Ley, sino también lo dispuesto en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, que en muchos casos tenían mayor riqueza y amplitud en el reconocimiento de los derechos.

De este modo por ejemplo, importantes normativas como la Convención Americana de Derechos Humanos o el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos⁵ cobraban una vigencia efectiva en Colombia, pues no sólo las personas podían acudir a ellos, sino que los Jueces de la República estaban sujetos a los mismos y debían interpretar la Ley con base en dichos instrumentos.

También, la normatividad internacional al adquirir carácter prevalente se convirtió en un límite a la potestad legislativa del Congreso de la República, dado que las leyes debían entonces, para ser consideradas constitucionales, respetar los derechos y garantías que se reconocen en el Bloque de Constitucionalidad.

⁵ Así por ejemplo, en lo que nos interesa, el artículo 9.3 señala: *“La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo”.*

Por todo lo anterior, adquiere especial relevancia en nuestro ordenamiento jurídico nacional lo dispuesto en dichos tratados, así como la Jurisprudencia de las Cortes Internacionales de Derechos Humanos, pues al ser los interpretes autorizados de esos cuerpos normativos sus consideraciones aportaban especial valía en el ámbito nacional en donde sus fallos comienzan a ser tenidos en cuenta, como criterios interpretación, por los Jueces nacionales.

Ahora bien, tal vez el aporte más fundamental de la Constitución de 1991, en este proceso, fue la creación de la Corte Constitucional, ya que fue gracias a dicha institución que se pudo hacer efectivo todo el contenido de la Constitución Política y del Bloque de Constitucional, irradiando su jurisprudencia a los jueces ordinarios, al legislador y también al gobierno y demás autoridades administrativas.

En efecto, la Corte como guardián e intérprete de la constitucional ha jugado un papel esencial dentro de lo que es el reconocimiento de los derechos fundamentales de todas las personas, así como en el control del contenido de las Leyes, para que las mismas estén de sintonía con el Bloque de Constitucionalidad.

Es por ello, que sin temor a equivocarnos podemos afirmar que la materialización del principio de excepcionalidad de la prisión preventiva, en Colombia, surge gracias los fallos de la Corte Constitucionalidad.

Precisamente, no se debe olvidar fue dicha Corte quien, en la sentencia T-153 del 28 de abril de 1998, alertó sobre el uso generalizado de la prisión preventiva, esto al declarar un “Estado de Cosas Inconstitucional” de la situación penitenciaria en Colombia. En dicha oportunidad la Corte precisó:

“La Corte es consciente de que el problema de las prisiones no se soluciona únicamente con dinero y construcciones. Todo parece indicar que en el país sigue primando una concepción carcelaria del derecho penal. Mientras esta concepción continúe imperando nunca habrá suficiente espacio en las prisiones.

Por eso, la Corte considera importante llamar la atención acerca de que el principio de la presunción de inocencia exige que la detención preventiva se aplique únicamente como medida extrema, tal como lo determina el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y las Reglas Mínimas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad, conocidas también como las reglas de Tokio.

(...)

La Corte también es conocedora de que muchas normas del Código de Procedimiento Penal no se adecuan al concepto de la detención preventiva y de la pena de prisión como medidas extremas. Ello constituye, obviamente, una camisa de fuerza para las decisiones de los funcionarios judiciales que, sin embargo, es superable en la medida en que se adopte una política legislativa adecuada que contenga un repertorio de alternativas a esas medidas extremas.

El artículo 2 de la Carta establece que las autoridades públicas están instituidas para proteger la vida, honra, bienes y demás derechos de los ciudadanos. De aquí se deriva la obligación constitucional del Estado de velar por la seguridad de los ciudadanos. Esta obligación es ineludible. Recuérdese que, desde el punto de vista de la filosofía política, ella es una de las razones fundamentales para la creación de las sociedades políticas. Sin embargo, la visión expuesta acerca de la detención preventiva y de la prisión no entraña la denegación del derecho de los ciudadanos a que el Estado vele por su seguridad. De lo que se trata es de evitar los excesos, de que la aplicación de estas dos instituciones penales se reduzca a los casos en los que sea necesaria.”

Entonces, como puede apreciarse, ya en dicha providencia la Corte advertía que a pesar de que la detención preventiva tiene un carácter extremo, existían normas legales que iban en contra de esa concepción y que en la práctica se observaba un número muy elevado de personas detenidas preventivamente, lo cual constituía una de las múltiples causas del hacinamiento carcelario en Colombia.

II. LA SENTENCIA C - 774 DEL 25 DE JULIO DE 2001, UN HITO TRASCENDENTAL PARA GARANTIZAR EL PRINCIPIO DE EXCEPCIONALIDAD DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.

Ahora bien, en nuestro criterio es también la Corte Constitucional la que marca un antes y un después en relación con la prisión preventiva en Colombia y su carácter excepcional. Lo anterior, a través de la Sentencia C – 774 de 2001 que constituye un fallo hito que reorientó el estado de cosas en la materia.

En dicho fallo la Corte, resolvió una demanda interpuesta por un ciudadano contra las normas que consagraban la figura de la detención preventiva en la ley 600 de 2000, Código de Procedimiento Penal vigente para esa época.

Por dicha razón, la Corte reiteró que la prisión preventiva era compatible con la Constitución Colombiana, no obstante reseñó que en todo caso la misma no sólo debía cumplir con una serie de requisitos formales y sustanciales como lo exigía la ley, sino que además solamente podía ser impuesta cuando estuviera llamada a cumplir con uno de los fines constitucionales que permiten su aplicación.

Efectivamente, así lo señaló la Corporación:

“No obstante lo anterior, la detención preventiva dentro de un Estado social de derecho, no puede convertirse en un mecanismo de privación de la libertad personal indiscriminado, general y automático, es decir que, su aplicación o práctica ocurra siempre que una persona se encuentra dentro de los estrictos límites que señala la ley, toda vez que la Constitución ordena a las autoridades públicas velar por la efectividad de los derechos y libertades de las personas, garantizar la vigencia de los principios constitucionales (la presunción de inocencia), y promover el respeto de la dignidad humana (preámbulo, artículos 1º y 2º).

Bajo esta consideración, para que proceda la detención preventiva no sólo es necesario que se cumplan los requisitos formales y sustanciales que el ordenamiento impone, sino que se requiere, además, y con un ineludible alcance de garantía, que quien haya de decretarla sustente su decisión en la consideración de las finalidades constitucionalmente admisibles para la misma.”

Esta cuestión, que hoy parece tan sencilla en realidad constituía un gran avance toda vez que la Constitución no limitaba de forma expresa la procedencia de la prisión preventiva al cumplimiento de unos fines específicos. Motivo por el cual la Corte, en la mencionada sentencia, realizó la siguiente interpretación:

“El concepto de detención preventivo tiene en la Constitución, en principio, el carácter de indeterminado, en la medida en que, ni en la norma que la permite (Artículo 28 de la C.P.) ni en el resto de las disposiciones de la parte dogmática de la Carta, se definen su alcance o sus limitaciones.

En el proceso de concretización de ese contenido abierto, la propia Carta, en su parte orgánica suministra algunos elementos, cuando en el artículo 250, al regular las acciones que debe tomar la Fiscalía para el cumplimiento de sus cometidos constitucionales, señala que, ésta debe asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal adoptando las medidas de aseguramiento.

Se tiene, entonces que la propia Constitución, el artículo 250 citado, establece una de las finalidades admisibles para la detención preventiva, cual es la de asegurar la comparecencia al proceso de los presuntos infractores de la ley penal. Sin embargo esta norma no agota al ámbito de indeterminación del concepto, cuya alcance corresponderá fijar, dentro de los límites constitucionales, al legislador y a la jurisprudencia. Sobre este particular la Corte ha dicho que "...Dentro de las funciones que se le atribuyen a la Fiscalía General de la Nación en el artículo 250 de la Carta, aparece en primer lugar la de "Asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, adoptando las medidas de aseguramiento".... El propósito que orienta la adopción de este tipo de medidas es de carácter preventivo y no sancionatorio. Por ello, no son el resultado de sentencia condenatoria ni requieren de juicio previo; buscan responder a los intereses de la investigación y de la justicia al procurar la comparecencia del acusado al proceso y la efectividad de la eventual sanción que llegare a imponerse. La detención persigue impedirle al imputado la fuga, la continuación de su actividad delictual o las labores que emprenda para ocultar, destruir, deformar o desvirtuar elementos probatorios importantes para la instrucción..."^[43]

Como se ve, esta Corporación, aún dentro del ámbito del propio artículo 250 ha encontrado para la detención preventiva finalidades que desbordan el tenor literal previsto en esa disposición.

Para la completa determinación del concepto de detención preventiva, reitera la Corte, la Constitución ha dejado un espacio a la potestad de configuración del legislador, la cual sin embargo, no está exenta de límites, puesto que debe ejercerse de manera que respete tanto la naturaleza cautelar de la figura como los principios y derechos constitucionales.

La propia Carta contiene elementos que sin excluir otros que puedan resultar constitucionalmente admisibles, pueden configurar finalidades válidas para la detención preventiva. Así, por ejemplo, puede considerarse que la Constitución prevé, de manera implícita, como fin u objetivo de la detención preventiva, la necesidad de afianzar la preservación de la prueba, tal como se deduce del numeral 4º del artículo 250 de la Constitución, por virtud del cual, es función de la Fiscalía “velar por la protección de las víctimas, testigos e intervinientes en el proceso”¹⁴⁴. Sí a dicha entidad le corresponde velar por la seguridad de los testigos y de sus testimonios, modalidad de prueba reconocida por los ordenamientos procesales, es susceptible y admisible que para cumplir tal objetivo decrete las medidas de aseguramiento que considere pertinentes, circunstancia que bajo una interpretación sistemática no restringe su alcance a otros medios de prueba que puedan resultar en un serio y fundado peligro (fumus boni juris), y que requieran como única medida de protección la detención, ya que en ausencia de estas circunstancias, y en aras de proteger la dignidad humana (art 1º de la Constitución) y el derecho a la libertad personal (art 2º. y 28 de la Constitución), es predicable la adopción de otro tipo de medidas menos lesivas de estos derechos fundamentales como disponer la vigilancia de las personas, o la incautación de documentos, entre otras (artículo 256 del decreto 2700 de 1991). Condicionamiento que hace efectivo el postulado constitucional de la investigación integral, por el cual, es obligación de la Fiscalía General de la Nación investigar no sólo lo desfavorable al acusado sino también lo favorable.

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

atribución impone la necesidad de investigar lo favorable como desfavorable al acusado.

Por lo tanto, los criterios legales de procedencia y de señalamiento de los fines de la detención preventiva, deben concurrir con los mandatos constitucionales, y podrían ser objeto de juicio de constitucionalidad cuando no se ajusten a los postulados de la Carta fundamental.”

De esta forma, a partir de ese momento en Colombia, la Corte reforzó el contenido del principio de excepcionalidad de la prisión preventiva, toda vez que estableció unos fines constitucionales de obligatorio cumplimiento para poder privar a una persona de la libertad de forma preventiva en el marco de un proceso penal.

Tales fines, que también son denominados como criterios de necesidad, son; **(i)** asegurar la comparecencia al proceso de los presuntos infractores de la ley penal, **(ii)** la preservación de la prueba y **(iii)** la protección de la comunidad.

Así, los Fiscales o los Jueces de conocimiento, funcionarios competentes para adoptar una decisión de tal naturaleza bajo el antiguo modelo de enjuiciamiento⁶, por expreso mandato de la Corte Constitucional debían justificar la necesidad de la prisión preventiva y para ello en el caso concreto tenían que examinar el cumplimiento de por lo menos uno de los fines constitucionales admitidos por la Corte.

III. EL ACTO LEGISLATIVO 03 DE 2002.

Tal fue la importancia del pronunciamiento de la Corte Constitucional que al momento de promoverse una iniciativa para reformar la Constitución con el ánimo de introducir un cambio radical en el modelo de proceso penal existente en Colombia, que buscaba pasar de uno inquisitivo a uno acusatorio, el congreso de la república decidió hacer mención expresa a las finalidades constitucionales de la prisión preventiva, previamente reconocidas por la Corte.

Por lo anterior, al aprobarse el Acto Legislativo 03 de 2002, el artículo 250 de la constitución fue modificado, estableciéndose de forma clara y expresa los fines que orientan la imposición de la prisión preventiva en los siguientes términos:

⁶ En este momento regía un modelo inquisitivo consignado en la Ley 600 de 2000, el cual vale destacar aún tiene vigencia para los casos por delitos cometidos con anterioridad al primero de enero del año 2005.

“...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.”

De esta forma, con esta reforma a la Constitución se dio un reconocimiento pleno al principio de excepcionalidad de la prisión preventiva, el cual como ya se indicó surgió inicialmente de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos y se fue aterrizando al ámbito nacional a través de la jurisprudencia constitucional.

Empero, en lo que concierne a la limitación de la prisión preventiva, la reforma no sólo fue útil en tanto al reconocimiento expreso de los fines de dicho instituto, sino que al sentar las bases para establecer un nuevo modelo de enjuiciamiento penal de índole acusatorio permitió que se diera un verdadero afianzamiento del principio de excepcionalidad de la prisión preventiva.

IV. LA IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA ACUSATORIO.

Ahora bien, otro de los aspectos que influyó significativamente en la consolidación del principio de excepcionalidad de la prisión preventiva en Colombia fue la implementación de un modelo de enjuiciamiento penal de corte acusatorio, el cual finalmente se adoptó a través de la Ley 906 de 2004.

Precisamente, con la introducción de esta reforma se modificaron aspectos sensibles respecto a la prisión preventiva, consagrando una normatividad más clara y nutrida que se orientaba a garantizar la aplicación excepcional de dicho instituto.

Así, no es casualidad que el nuevo código de procedimiento penal iniciara consagrando el principio del respeto irrestricto a la dignidad humana⁷ de los intervinientes y que, a reglón seguido, en su artículo dos consagrara la garantía de la libertad en los siguientes términos:

“Toda persona tiene derecho a que se respete su libertad. Nadie podrá ser molestado en su persona ni privado de su libertad sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente,

⁷ Al respecto, el artículo 1 del Código establece: *“Los intervinientes en el proceso penal serán tratados con el respeto debido a la dignidad humana”.*

emitido con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley.

El juez de control de garantías, previa solicitud de la Fiscalía General de la Nación, ordenará la restricción de la libertad del imputado cuando resulte necesaria para garantizar su comparecencia o la preservación de la prueba o la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas. Igualmente, por petición de cualquiera de las partes, en los términos señalados en este código, dispondrá la modificación o revocación de la medida restrictiva si las circunstancias hubieren variado y la convirtieren en irrazonable o desproporcionada.”

Entonces, de tener una legislación ambigua y abstracta se pasó a tener, en la ley 906 de 2004, un artículo que repetía, casi de forma literal el contenido relevante de los artículos 28 y 250.1 de la Constitución Política, dejando de forma clara que la restricción a la libertad se podría ordenar siempre que la misma resultara necesaria, esto de acuerdo a los fines ya mencionados.

Adicionalmente, como se aprecia, con la reforma se introdujo un cambio significativo en lo que corresponde al funcionario competente para ordenar la prisión preventiva. En efecto, en el modelo inquisitivo propio de la ley 600 de 2000 quienes podían ordenar la restricción eran el Fiscal, si tal decisión se tomaba en la etapa de instrucción, y el juez de conocimiento si se estaba en la etapa de juicio.

Así, en la mayor parte de los casos quien debía adoptar la decisión de privar a una persona de la libertad de forma preventiva era el Fiscal que adelantaba la investigación, es decir que confluían en una misma persona la decisión de acusar y de ordenar la prisión preventiva, lo cual era nefasto, pues en la práctica no existía una verdadera imparcialidad, siendo claro que la prisión preventiva se podría convertir en un mecanismo de presión en contra del sindicado o en una forma de mostrar resultados por parte del ente investigador.

Pues bien, con la introducción de la figura de los Jueces de Control de Garantías no solamente se garantiza que sea un Juez, propiamente dicho, quien valore la petición del Fiscal y decida de forma imparcial y motivada, sobre la procedencia o no de la detención preventiva.

Así mismo, con la reforma se garantiza que sea un Juez distinto al de conocimiento quien deba adoptar la decisión, asignándole además como su nombre lo indica un rol

de índole constitucional para observar por el cumplimiento de las garantías de todas las partes e intervinientes.

De esa forma, en principio, la creación del Juez de Control de Garantías fortalece la idea de la excepcionalidad de la prisión preventiva, en tanto que ahora la Fiscalía asume un rol de parte y sólo puede solicitar la detención, teniendo entonces una carga argumentativa mucha más fuerte, pues tal solicitud debe realizarse de forma oral en audiencia y es sometida a controversia directa por parte de la defensa.

Además, en todo caso la decisión será siempre adoptada por un juez imparcial a las partes, ajeno al asunto de fondo y que tiene el mandato expreso de velar por las garantías de los ciudadanos.

Así mismo, vale destacar que el nuevo Código destinó todo un capítulo para regular lo concerniente al régimen de libertad y su restricción, estableciendo dos mandatos muy importantes respecto a la excepcionalidad de la prisión preventiva en los artículos 295 y 296.

Efectivamente, el primero de ellos se encarga de consagrar de forma expresa el principio de excepcionalidad reafirmando que la regla en la actuación debe ser 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.”

Como se aprecia, también se señala que las normas que establecen la privación preventiva de la libertad deben ser interpretadas de forma restrictiva, es decir proscribiendo cualquier aplicación abierta e indeterminada que conduzca a privilegiar la detención sobre la libertad.

Finalmente, por mandato legal, se adoptaron los criterios de necesidad, adecuación, razonabilidad y proporcionalidad para la aplicación de la detención preventiva, nuevamente anteponiendo el contenido constitucional como un límite inexorable que debe valorar el Juez de Control de Garantías.

Así mismo, a través del artículo 296 el legislador reiteró cuáles eran los únicos fines constitucionales que permiten la afectación a la libertad del procesado:

“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.”

De igual modo, al regular el trámite de la audiencia preliminar para solicitar la detención preventiva el legislador señaló:

“El fiscal solicitará al juez de control de garantías imponer medida de aseguramiento, indicando la persona, el delito, los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, los cuales se evaluarán en audiencia permitiendo a la defensa la controversia pertinente.”

Así, de esta forma el trámite propio de la audiencia también está orientado a garantizar la excepcionalidad de la detención, toda vez que no sólo establece que la Fiscalía debe aportar “elementos de conocimiento” para sustentar la medida, es decir que debe acreditar su razonabilidad y necesidad, sino que además debe demostrar que la misma se muestra urgente.

Es decir, la detención preventiva no sólo debe tener sustento en los fines mencionados, sino que tal necesidad debe ser actual y urgente, con lo cual el legislador reforzó el concepto de excepcionalidad de esta figura.

Así mismo, a diferencia de la legislación anterior, el nuevo Código trajo consigo un amplio catálogo de medidas de aseguramiento, identificando nueve opciones de medidas que no resultan privativas de la libertad⁸.

Finalmente, en el artículo 308 se establecen las condiciones bajo las cuales el Juez de Control de Garantías puede decretar la detención preventiva de una persona:

⁸ Efectivamente, el artículo 307 del código consagra las siguientes medidas de aseguramiento 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 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:

- 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.”*

Así, es claro que para adoptar tal decisión debe comprobarse la existencia de un vínculo mínimo entre el procesado y el delito investigado, lo cual constituye el requisito de razonabilidad, pero además de eso como requisito *sin equa non* se debe acreditar la necesidad de la medida, reiterando una vez más de forma expresa cuales son los fines que la detención está llamada a cumplir.

No obstante, cabe destacar que el legislador no se limitó a enumerar los fines bajo los cuales excepcionalmente procede la detención sino que, para limitar la arbitrariedad judicial, describió y calificó en qué consistía cada una de dichas hipótesis dedicando un artículo del Código a cada una de las mismas.

Así, en lo que concierne a la obstrucción a la Justicia en su artículo 309 destacó:

“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.”

Al tiempo que, en el artículo 310, describió el concepto de 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.*
- 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.”*

También, definió a través del artículo 311 lo que debía considerarse por peligro para la víctima:

“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 atacar contra ella, su familia o sus bienes.”

De igual modo, se ocupó de establecer lo concerniente al riesgo por 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:

- 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.”*

En esa medida, por primera vez en Colombia existía una descripción clara y precisa del alcance de cada una de las circunstancias de necesidad que hacían viable la imposición de la detención preventiva, evitándose así que una decisión de tal trascendencia se motivara en subjetivismos del fallador y facilitando así mismo el control que eventualmente debe ejercer el Juez de segunda instancia.

Entonces, como puede apreciarse con la adopción del texto original de la ley 906 de 2004 se adoptó un sistema orientado hacia el respeto irrestricto de la libertad, en donde como principio superior primaba la excepcionalidad de la detención preventiva. De igual modo, debe destacarse que ese modelo no sólo se quedó en un postulado teórico, pues serios estudios demuestran⁹ la incidencia notaria en las cifras de detención preventiva en Colombia.

Efectivamente, con la aplicación del modelo original de la ley 906 de 2004, solamente un 4,74% de las personas procesadas eran cobijadas con detención preventiva. Lo cual no sólo redundaba en las garantías del ciudadano sino que podría aliviar la compleja situación de hacinamiento carcelario que desde la década de los noventa se vive en Colombia.

Empero, como a continuación se expondrá, a través de posteriores reformas legislativas se ha logrado flexibilizar los criterios de necesidad, utilizando criterios a través de los cuales se desconoce el carácter excepcional de la detención preventiva, llevando consigo en la práctica un aumento desmesurado en la aplicación de esa figura.

V. LAS REFORMAS INTRODUCIDAS POR LAS LEYES 1142 DE 2007 Y 1453 DE 2011.

En efecto, a pesar de que el objetivo central de la reforma que introdujo el sistema acusatorio era, entre otras, garantizar la aplicación excepcional de la detención preventiva, se empezó a construir una idea equivocada en la opinión pública de que el sistema acusatorio no era efectivo porque la mayoría de los “delincuentes” quedaban en libertad, asociando erradamente la concepción de libertad con impunidad.

En ese sentido, movido por ese ambiente social, el Congreso de la República aprobó una reforma a la ley 906 de 2004, a través de la cual se modificaban varios aspectos propios de la prisión preventiva.

⁹ Al respecto se puede consultar: Prisión Preventiva y Reforma Procesal en América Latina Evaluación y Perspectivas. Centro de Estudios de Justicia de las Américas. Abril de 2009.

Efectivamente, la Ley 1142 de 2007 a través de la cual “se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana” cambió la redacción de los artículos 310, 312, 313 y 314 de la ley 906, con el fin de ampliar las hipótesis en las cuales sería procedente la detención preventiva y limitó también el alcance de la detención domiciliaria.

Así, los principales cambios introducidos tienen que ver con la modificación de la descripción de los criterios de necesidad para hacerlos más amplios al acudir a la “gravedad de la conducta” como un criterio que de forma predominante justifica el peligro para la comunidad o el riesgo de no comparecencia.

En ese sentido, por ejemplo, el artículo 24 de la ley 1142 de 2007, modificaba la redacción original del arriba citado artículo 310 de la ley 906 de 2004, estableciendo la nueva definición del concepto de peligro para la comunidad en los siguientes términos:

*“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 punible. 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.”*

A simple vista, se aprecia que la nueva ley señaló que para determinar el peligro para la comunidad “sería suficiente” tener en cuenta la gravedad de la conducta y la modalidad del delito, dejando que el juez de forma potestativa valorara las cuatro circunstancias que anteriormente la norma establecía como de obligatoria observación.

De igual modo, en lo que respecta al artículo 312 de la ley 906 de 2004, la nueva ley también modificaba su redacción de la siguiente manera:

*“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.*

Así, entonces es claro que legislador también cambió las características propias de lo que debía entenderse por no comparecencia, pues alteró el análisis que debía realizar el Juez, toda vez que con la fórmula original los factores eran el elemento central mientras que con la nueva versión ocupan un papel secundario pues se debe mirar “especialmente” lo concerniente con la gravedad de la conducta.

Es de anotar que este pequeño cambio en la redacción de las normas, tuvo un impacto significativo en la aplicación práctica de la detención preventiva, toda vez que a partir de la entrada en vigencia de la ley 1142 de 2007, el porcentaje de personas detenidas preventivamente pasó de ser un 4,74% para convertirse en el 38,65%¹⁰.

Sin duda alguna, con esta reforma se asestó un golpe bien importante a la estructura del régimen de libertad consagrado en el Código de Procedimiento Penal, toda vez que si bien se seguía reconociendo el principio de la excepcionalidad de la detención preventiva, en la práctica al flexibilizarse los criterios de necesidad tal principio pierde su real alcance si una de cada tres personas procesadas es sometida a prisión preventiva.

Ante esta medida regresiva, la Corte Constitucional al evaluar la constitucionalidad de tales normas encontró que las mismas no se ajustaban a la Constitución y que por ende se debían condicionar su permanencia en el ordenamiento jurídico, bajo el entendimiento de que la gravedad o modalidad de la conducta no podían ser criterios únicos para fundamentar la detención preventiva.

En efecto, así lo señaló la Corte en la sentencia C-1198 de 2008:

¹⁰ Prisión Preventiva y Reforma Procesal en América Latina Evaluación y Perspectivas. Centro de Estudios de Justicia de las Américas. Abril de 2009. Página 249.

“Así, la preceptiva del artículo 24 de la Ley 1142 de 2007, según la cual 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, pero que, de acuerdo con el caso, el juez podrá valorar adicionalmente las demás circunstancias allí contenidas, no atiende los criterios de necesidad y proporcionalidad de la medida de aseguramiento. Al establecer como suficientes la gravedad y la modalidad de la conducta se desconocen esos criterios y con ello el principio de libertad que cobija el proceso penal y el de legalidad de la medida preventiva para su privación, pues se olvida que no es suficiente ese criterio para determinar la procedencia o no del decreto de la misma, 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 cuales son realmente las conductas graves.

A la par, se desconoce que en ejercicio de la libertad de configuración que posee el legislador para determinar los eventos en los cuales es procedente privar de manera preventiva a una persona de su libertad, se ha indicado que para la solicitud de la misma también se debe sustentar su urgencia y que toda disposición contenida en el Código de Procedimiento Penal que permita esa clase de privaciones deben ser interpretadas restrictivamente (arts. 306 y 295 de la Ley 906 de 2004, respectivamente).

Empero, razón la asiste al Ministerio Público cuando señala 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 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 ibídem.

Igual contrariedad con la Constitución y los principios arriba referidos, se presenta al evaluar 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.”

No obstante, a pesar de que la Corte limitó el alcance de la reforma, lo cierto es que de cierta manera se logró introducir la idea de que el criterio fundamental está dado por la gravedad de la conducta, cuestión que pareciera tener aún bastante acogida en muchos despachos judiciales del país.

Como si fuera poco lo anterior, el proceso de flexibilización de los criterios de necesidad siguió avanzado con la expedición de la ley 1453 de 2011, también conocida como Ley de seguridad ciudadana, a través de la cual nuevamente se modificó el artículo 310 en los siguientes términos:

“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 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.”

Así, llama la atención que el legislador haya pretendido desconocer el fallo de la Corte Constitucional, nuevamente al anteponer la expresión “será suficiente” la gravedad y modalidad de la conducta, pues si bien el artículo hace mención a los fines constitucionales de la detención preventiva, pareciera que el legislador estuviera invitando, nuevamente, a los jueces a valorar unas conductas objetivas por encima de la necesidad misma de la detención.

Precisamente, por eso se explica la inclusión de una serie de circunstancias que antes no estaban en la norma tales como; la utilización de armas de fuego o armas blancas, el empleo de medios motorizados, que se trate de un delito de abuso sexual con menor de 14 años o la pertenencia a un grupo de delincuencia organizada.

Con esto, lo que se percibe es que con base en dichos criterios objetivos se amplía, injustificadamente, el concepto de peligro para la comunidad, obligando prácticamente a los jueces a ordenar la detención preventiva al advertirse alguna de esas circunstancias.

En nuestro criterio, dichas reformas significan un verdadero retroceso en lo que atañe a la excepcionalidad de la detención preventiva, cambiando por completo la filosofía original de la reforma que introdujo el sistema acusatorio, bajo la cual se quería hacer prevalecer la libertad y la presunción de inocencia como principal garantía del procesado.

Además, la implementación de tales criterios contradice los distintos estándares que se han establecido en este tema en la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos. En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹¹ al respectó señaló

*“Del artículo 7.3 de la Convención se desprende la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los **límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludiré la acción de la justicia. Las características***

¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso López Álvarez vs. Honduras. Sentencia del 1 de Febrero de 2006.

personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva”.

De igual modo, en reciente pronunciamiento de la Corte Europea de Derechos Humanos¹² indicó:

*“En relación a este caso, el Tribunal observa que el demandante estuvo en prisión durante un año, ocho meses y quince días antes y durante su proceso. Durante este periodo, los tribunales examinaron al menos diez solicitudes de puesta en libertad presentadas por él, **rechazándolas siempre por razón de la gravedad de las acusaciones y el riesgo de que el interesado se diera a la fuga, entorpeciera la acción de la justicia y presionara a los testigos. Sin embargo, las decisiones judiciales se limitaron a enumerar estos motivos, sin apoyarlos en modo alguno en razones pertinentes y suficientes.**”*

En ese orden de ideas, es claro que pretender que los criterios de necesidad de la detención preventiva se fundamenten exclusivamente o primordialmente en la gravedad de la conducta investigada, va en contra del principio de excepcionalidad de la medida de aseguramiento.

VI. LA EXCEPCIONALIDAD DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA DURACIÓN DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA.

Otro aspecto que se pretende abordar, en este escrito, frente al principio de excepcionalidad tiene que ver con el tiempo de duración de la detención preventiva y su materialización práctica en Colombia.

Así, la excepcionalidad no sólo puede ser comprendida como una regla que únicamente esté orientada a buscar la menor procedencia de la detención preventiva, sino que debe también propender por su menor impacto, siendo para ello no sólo determinante la proporcionalidad, es decir el tipo de detención que se escoge, sino también la transitoriedad de la misma.

¹² Gran Sala de la Corte Europea de Derechos Humanos. Sentencia del 10 de marzo de 2009. Caso Bykov Vs. Rusia.

De ahí que no sólo debe ser excepcional el imponer la detención preventiva, sino que la misma debe tener un límite muy corto y preciso, pues de no ser así perdería su naturaleza preventiva para adquirir carácter eminentemente punitivo.

En ese sentido, en el caso Colombiano, vale destacar como se dio un avance inmenso con la implementación del denominado sistema penal acusatorio. Efectivamente, los términos propios de duración del proceso penal en Colombia se han visto reducidos significativamente con la implementación de la ley 906 de 2004.

De igual modo, la versión original de la ley 906 de 2004, traía consigo una serie de plazos muy exigentes para el avance del procedimiento cuando en el mismo hayan personas afectadas con detención preventiva. Por eso, el artículo 317 establecía las siguientes 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 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.”*

Así, una vez se impusiera la detención preventiva, lo cual usualmente sucede en la misma audiencia de formulación de imputación, la Fiscalía contaba con un término razonable de 60 días para formular la acusación, plazo que de no ser atendido generaba la libertad inmediata al presentarse el fenómeno del vencimiento de términos.

De igual modo, una vez se formulara la acusación se tenía un plazo de 60 días para dar inicio a la audiencia de juzgamiento, so pena, también, de decretarse la libertad inmediata del detenido.

Entonces, como se aprecia la norma original buscaba garantizar un periodo de detención preventiva bastante corto, pues la idea era que el termino máximo de detención previo al juicio no rebasara los 120 días. Así mismo, bajo la concepción de oralidad y concentración la intención del legislador era que los juicios no tuvieran una duración muy prolongada, luego en teoría ningún ciudadano debía estar privado de su libertad por más de 6 meses antes de que se dictara la respectiva sentencia de primera instancia.

Empero, en la práctica no fue posible materializar dicho ideal en todos los casos, lo cual conllevó a que en muchas ocasiones se terminara por configurarse el fenómeno del vencimiento de términos, generándose así en la opinión pública la idea de que el sistema promovía la impunidad del delito, cuando en realidad buscaba garantizar la excepcionalidad y transitoriedad de la detención preventiva.

Sucedía por ejemplo, que se imponía la medida de aseguramiento sin que la Fiscalía hubiese efectuado todas las labores investigativas de recolección de evidencia, lo que generaba un retraso en la confección de la acusación, así mismo la congestión judicial hacía imposible que jueces y fiscales atendieran todos los casos con estricto cumplimiento de los términos, todo lo cual conducía también al vencimiento de términos.

Por dicha razón, la ya mencionada ley 1142 de 2007, también modificó los términos de duración de las causales de libertad, esto de la siguiente forma:

“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 sólo 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. Los términos previstos en este numeral se contabilizarán en forma ininterrumpida.*

5. Cuando transcurridos noventa (90) días, contados a partir de la fecha de la presentación del escrito de acusación, no se haya dado inicio a la audiencia de juicio oral.

PARÁGRAFO 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 justa o razonable.”

Entonces, con esta ley se ampliaba el segundo de los términos en 30 días, es decir se establecía una duración máxima de la detención preventiva de 150 días previo al inicio del juicio. Pero, además se establecía un sistema de restablecimiento de términos, así como una excepción al reconocimiento de la libertad cuando los términos se vencían por maniobras dilatorias de la defensa o por causa justa o razonable.

Empero, dicho proceso de flexibilización no quedó ahí, pues la Ley 1453 de 2011, también modificó la materia, estableciendo una nueva reforma al artículo 317, quedando este así:

“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 1o. 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 2o. 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.”

Así, esta reforma desfiguró por completo el principio de transitoriedad de la detención preventiva, pues con ella la limitación razonable a su término de duración desapareció.

Precisamente, el primero de los términos en la práctica quedó de 90 días, pues es muy común que la imputación o se haga a varias personas o se trate de un concurso de delitos. Adicionalmente, el segundo término se amplió a 120 días, con este el panorama es el siguiente:

-En el mejor de los casos, cuando se trata de un solo procesado y de un solo delito imputado, la detención preventiva previa al juicio tiene una duración máxima de 180 días.

-En un caso común, cuando se trata de dos o más procesados o hay concurso de delitos, la detención puede durar 210 días antes de que se dé inicio el juicio.

-Si se trata de un caso por delitos de competencia de los jueces especializados el término máximo, previo al inicio del juicio, podría ser según el caso de 360 días o hasta 420 días.

Lo anterior con varias agravantes. La primera que esos términos son sin contar el periodo del juicio y las etapas siguientes a la sentencia de primera instancia, pues el legislador no estableció un término de duración del juicio ni una causal de libertad en esta etapa.

Por lo tanto, si no hay vencimiento de términos antes del Juicio la duración de la detención preventiva será mucho más prolongada, más aún si se tiene en cuenta que por la congestión judicial y por la naturaleza de algunos casos los juicios en la práctica no se tramitan de forma célere. Además, debe considerarse el tiempo que podría tomar el trámite de apelación de la sentencia, así como lo que puede demorar si se acude al recurso extraordinario de casación.

También, en la práctica los términos arriba señalados suelen ser más largos toda vez que de acuerdo con la reforma de la ley 1453 de 2011, el espacio comprendido entre la presentación del escrito de acusación y la formulación de la acusación en la audiencia no tiene un término legal de duración, motivo por el cual el detenido queda desprotegido pues no tiene una causal de libertad para invocar en dicho periodo.

Así pues, se pueden identificar como principales problemáticas respecto al tema de la duración de la prisión preventiva las siguientes:

- 1) Los términos se ampliaron de forma injustificada perdiendo la filosofía original del código.
- 2) No existe un término límite frente a la prisión preventiva una vez se instala la audiencia de juicio, quedando el detenido en la posibilidad de estar detenido por años desde ese momento.
- 3) No existe un término límite en el espacio comprendido entre la presentación del escrito de acusación y la formulación de la acusación que se realiza oralmente en la audiencia.
- 4) Existe una tendencia en la práctica judicial a negar la libertad por vencimiento de términos con base en interpretaciones extensivas de lo que son las maniobras dilatorias de la defensa.
- 5) En la práctica es casi imposible solicitar la libertad en los espacios procesales que no cuentan con un término definido, pues hay que acudir a la noción del término razonable, el cual aún no ha sido del todo comprendido en el medio nacional.

Esta situación, no se compadece con los estándares expuestos por la Jurisprudencia nacional ni internacional¹³. Efectivamente, en reciente pronunciamiento la Corte Constitucional¹⁴ señaló:

“Los tiempos procesales en el sistema penal de tendencia acusatoria son sustancialmente más rápidos que en el sistema anterior, la duración máxima de las medidas de aseguramiento previstas en el Código de Procedimiento Penal, parte del supuesto de que se adoptará una decisión sobre la libertad del procesado en un plazo razonablemente corto, de tal forma que se logre claridad sobre la verdad, la justicia y los derechos de las víctimas en un corto plazo y en el evento de que no se logre demostrar la responsabilidad del procesado, la restricción a su derecho a la libertad sea el menor posible. No obstante, la realidad procesal puede ser otra y en esa medida, una prolongación innecesaria de la restricción al a libertad transformaría en arbitraria una medida inicialmente razonable.”

Así mismo, sobre este aspecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁵ también indicó:

*“El artículo 7.5 de la Convención Americana garantiza el derecho de toda persona detenida en prisión preventiva **a ser juzgada dentro de un plazo razonable o ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Este derecho impone límites temporales a la duración de la prisión preventiva, y, en consecuencia, a las facultades del Estado para proteger los fines del proceso mediante este tipo de medida cautelar.***

(...)

*Cuando el plazo de la prisión preventiva sobrepasa lo razonable, **el Estado podrá limitar la libertad del imputado con otras medidas menos lesivas que aseguren su comparencia al juicio, distintas a la privación de su libertad mediante encarcelamiento.** Este derecho impone, a su vez, una obligación judicial de tramitar con mayor diligencia y*

¹³ Al respecto se puede apreciar la evolución jurisprudencial de la Corte Europea de Derechos Humanos en la Sentencia del 22 de mayo de 2012, dictada por la Gran Sala en el caso Bykov Vs. Rusia.

¹⁴ Sentencia T – 704 de 2012.

¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Bayarri vs. Argentina. Sentencia de 30 de octubre de 2008

prontitud aquellos procesos penales en los cuales el imputado se encuentre privado de su libertad.”

En otra oportunidad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁶, señaló:

*“...Se infringe la Convención cuando se priva de libertad, durante un período excesivamente prolongado, y por lo tanto desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. **Esto equivale a anticipar la pena.**”*

Por todo lo anterior, es claro que la flexibilización de los términos que ha introducido las leyes 1142 de 2007 y 1453 de 2011 dejan de lado la idea original que traía consigo la ley 906 de 2004, permitiendo prolongar de forma excesiva la privación de la libertad previo al juicio y con posterioridad a la sentencia, situación que no se compadece con un sistema que tenga como centro de gravedad el respeto por la libertad personal.

VII.CONCLUSIONES

1. El principio de la excepcionalidad de la detención preventiva es inherente a dicha figura, de tal manera que en un Estado Moderno que respete los derechos humanos no puede concebirse la detención preventiva de forma generalizada.
2. En Colombia, el principio de la excepcionalidad de la detención preventiva adquiere vital importancia a partir de la Constitución de 1991, gracias a los fallos de la Corte Constitucional.
3. La reforma que implementó el Sistema Penal Acusatorio, Ley 906 de 2004, se orientó a darle una aplicación real a dicho principio.
4. Aun cuando la excepcionalidad de la detención ha mejorado respecto al antiguo sistema inquisitivo, se observa un retroceso en la materia con las reformas introducidas a través de la ley 1142 de 2007 y 1453 de 2011.

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso López Álvarez vs. Honduras. Sentencia del 1 de Febrero de 2006.

5. Los criterios establecidos en la ley 1142 de 2007 y 1453 de 2011, no respetan los estándares internacionales fijados por la Jurisprudencia de los Tribunales de Derechos Humanos.

6. Al observarse una tendencia en América a abandonar el modelo de juzgamiento inquisitivo, se aprecia un potencial inmenso para que se establezcan criterios y estándares novedosos respecto a la privación preventiva de la libertad.