

ABG. LUIS PADILLA BUELVAS. LA DETENCIÓN PREVENTIVA EN EL MARCO DE LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS Y SU APLICACIÓN EN BARRANQUILLA, COLOMBIA. 171-204. REVISTA CENIPEC. 35. 2023. ENERO-DICIEMBRE. ISSN: 0798-9202.

ABG. LUIS PADILLA BUELVAS

**LA DETENCIÓN PREVENTIVA EN EL MARCO DE LOS ESTÁNDARES  
INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS Y SU APLICACIÓN EN  
BARRANQUILLA, COLOMBIA**

**Recepción:** 09/03/2022.

**Aceptación:** 20/06/2022.



Abg. Luis Padilla Buelvas  
*padibuel@yahoo.es*  
<https://orcid.org/0009-0001-9730-9260>  
FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN  
SECCIONAL ATLÁNTICO  
BARRANQUILLA-COLOMBIA

### **Resumen**

Se estudian las exigencias normativas constitucionales nacionales, e internacionales en materia de derechos humanos, leyes ordinarias colombianas y aplicación práctica, así como la doctrina y jurisprudencia específica en Colombia; al convertirse la privación de la libertad en la regla, es visible el desconocimiento cierto de tales estándares, surgiendo la necesidad de respuesta para soluciones en procura de la efectiva aplicación de justicia, equilibrio y paz social.

**Palabras claves:** libertad personal, privación de libertad, normativas fundamentales.

### **Preventive detention within the framework of international human rights standards and its application in Barranquilla, Colombia**

#### **Abstract**

The national and international constitutional normative requirements are studied in terms of human rights, Colombian ordinary laws and practical application, as well as the specific doctrine and jurisprudence in Colombia; When the deprivation of liberty becomes the rule, the certain ignorance of such standards is visible, arising the need for solutions in search of the effective application of justice, balance and social peace.

**Key words:** personal liberty, deprivation of liberty, fundamental regulations.

## **La détention provisoire dans le cadre des normes internationales des droits de l'homme et son application à Barranquilla, Colombie**

### **Résumé**

L'étude des exigences constitutionnelles nationales et internationales en matière de droits de l'homme, les lois ordinaires colombiennes et leur application pratique, ainsi que la doctrine et la jurisprudence spécifiques à la Colombie sont étudiées. Lorsque la privation de liberté devient la règle, il est clair que ces normes ne sont pas respectées et qu'une réponse est nécessaire pour trouver des solutions afin de garantir l'application effective de la justice, de l'équilibre et de la paix sociale.

**Mots clés:** liberté personnelle, privation de liberté, normes internationales.

## **Detenção preventiva no âmbito das normas internacionais de direitos humanos e sua aplicação em Barranquilla, Colômbia**

### **Resumo**

São estudados os requisitos regulamentares constitucionais nacionais e internacionais em matéria de direitos humanos, leis ordinárias colombianas e aplicação prática, bem como doutrina e jurisprudência específicas na Colômbia; Quando a privação de liberdade se torna regra, é visível o certo desconhecimento de tais normas, surgindo a necessidade de uma resposta para soluções em busca da aplicação efetiva da justiça, do equilíbrio e da paz social.

**Palavras chave:** liberdade pessoal, privação de liberdade, padrões internacionais.

## 1.- Introducción

En este artículo se estudia la aplicación de la detención preventiva con base al contenido de las normas de orden constitucional y legal internas colombianas, a los estándares internacionales de derechos humanos, e igualmente a lo suscrito internacionalmente por la nación, ratificado por el Congreso de Colombia; considerando la doctrina y jurisprudencia tanto nacional como internacional en la materia con el fin de propiciar el uso excepcional y racional de esa figura para una efectiva aplicación de justicia en pro del equilibrio y la paz social. En la gama de normas, en especial de orden constitucional sobre el derecho fundamental de la libertad personal, el art. 28 superior reza:

“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”.

Continúa el artículo constitucional con:

“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”.

Existe la disposición constitucional en el artículo 30, a efectos de proteger cualquier tipo de exceso o abuso surgido con la privación ilegal de la libertad o su prolongación indebida, indicando que toda persona, en todo tiempo y lugar, por sí o por interpuesta persona tiene derecho a invocar el derecho de habeas corpus (defensa de castigo al cuerpo), el cual debe resolverse en el improrrogable término de treinta y seis (36) horas. Según el art. 29 superior, no admite la privación de la libertad por vías de hecho sino con las formalidades y por los motivos previamente autorizados por la ley.

## 2.- Derechos humanos y el marco jurídico internacional sobre la detención preventiva de libertad

Las normas y organismos internacionales procuran que la detención preventiva sea aplicada de manera racional y excepcional; cada caso en

particular debe cumplir con los cometidos de la normativa que protege y garantiza la dignidad de la persona humana.

En el tema de la detención preventiva se advierte que los antecedentes normativos, doctrinales y jurisprudenciales, son abundantes. Ciertamente, tanto en la Constitución como en el Código de Procedimiento Penal (CPP) o ley 906 de 2004, está debidamente reglada la figura de la detención preventiva.

El marco jurídico internacional provee tanto los principios rectores consagrados históricamente en las declaraciones Universal y Americana como las obligaciones asumidas por los Estados en los pactos derivados. Igualmente facilita el desarrollo de legislación interna en consonancia con dichos principios, insertando los Estados en los nombrados “Sistemas”, donde se realiza una función contralora y sancionatoria con relación a las violaciones de derechos y garantías.

También es parte del marco jurídico internacional la jurisprudencia de las cortes internacionales, en particular la que proviene de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH); igual las recomendaciones de comisiones encargadas de evaluar, informar y orientar acciones de los Estados en materia de política criminal y sobre las detenciones preventivas de libertad. El Estado colombiano a efectos de cumplir con la normativa de orden internacional ha reconocido los instrumentos que establecen la generalidad de los derechos fundamentales y las garantías que suponen su vigencia de protección, por tanto, los mismos son de obligatorio cumplimiento. Por otra parte, en materia específica al derecho a la libertad y sus afectaciones, el país ha aceptado los instrumentos de regulación internacional. En Colombia existe el reconocimiento de las bases conceptuales e históricas de los derechos humanos en el ámbito del Derecho Internacional, lo que implica una visión panorámica del Sistema de protección de estos derechos que han sido incorporados al ámbito jurídico interno tanto en lo que se refiere a la recepción del andamiaje garantista relativo al proceso penal y en especial al tema de la detención preventiva de libertad, como en lo que atañe al Bloque de Constitucionalidad.

### **3.- Regulación de la detención preventiva en la legislación penal colombiana**

La detención preventiva en Colombia encuentra su fundamento en los artículos 28, 29, 32, 214 # 2 y 228 constitucionales. El artículo 28 señala los eventos y formas en que puede ser afectada en su libertad individual una persona; el art. 29 destaca las prerrogativas, derechos y garantías de que goza una persona en caso de que por alguna razón sea afectada en su derecho fundamental de la libertad; el art. 32 se refiere a la afectación de la libertad de una persona sorprendida en situación de flagrancia respecto a la presunta comisión de un delito. Como garantía de efectividad frente a los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Congreso de Colombia, el artículo 214 #2 constitucional señala que aún dentro de los estados de excepción “no podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales; el art. 228 determina:

“La administración de justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes, con las excepciones que establezca a la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado”.

De los artículos 295 y 296 del Código de Procedimiento Penal (CPP), el primero indica que la libertad es la regla y su restricción es la excepción; el segundo destaca cuáles son los fines que persigue dicha medida aflictiva de la libertad personal, al evitar la obstrucción de la justicia, asegurar la comparecencia del imputado al proceso, la protección de la comunidad o de la víctima, y lo concerniente al cumplimiento de la pena.

En el sistema de justicia colombiano, la figura de la detención preventiva procede ante los siguientes tres eventos: a) cuando la libertad del imputado suponga un peligro futuro para la sociedad o la víctima; b) cuando éste constituya un riesgo para la integridad del proceso (obstrucción a la justicia), o c) cuando se prevea que evadirá la acción de la justicia (peligro de fuga).

La entidad encargada de solicitar la detención preventiva, con las evidencias necesarias y suficientes es la Fiscalía; en algunos casos es posible que la

solicite el apoderado de la víctima, según los postulados de la ley 1826 de 2017. Quien impone la detención es el juez de control de garantías.

La detención preventiva no es una sentencia ejecutoriada. Tiene un límite establecido por la ley que debe ser respetado por las autoridades, como lo prevé el artículo 307 de la ley 904 de 2004, parágrafos 1 y 2 adicionados por la ley 1760 de 2015, art. 1, modificados por la ley 1786 de 2016, art.1. La detención preventiva no puede sobrepasar de un año, salvo las excepciones de ley sobre prórroga en ciertos delitos, y deberá probarse por el solicitante que las medidas no privativas de la libertad resultan insuficientes para el cumplimiento de los fines constitucionales de la medida, esto es, para evitar el riesgo de fuga, el riesgo de obstrucción a la justicia y el riesgo de que con la libertad del imputado se coloque en peligro futuro la seguridad de la comunidad o de la víctima.

En el CPP, artículo 307, se consagran las medidas de aseguramiento, bien afectivas de la libertad, como la detención en centro carcelario y la detención domiciliaria como las no afectivas. Mientras que el artículo 308 ídem, indica los requisitos que se deben cumplir para la imposición de cualquiera de ellas: inferencia razonable de autoría o participación del delito que se investiga, siempre que se cumpla alguno de los siguientes requisitos:

- a) Que la medida se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia;
- b) Que el imputado constituya un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima; y
- c) Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.

A dicha norma se le adicionó un párrafo por el artículo 15 de la ley 1760 de 2015, del siguiente tenor:

“La calificación jurídica provisional contra el procesado no será, en sí misma, determinante para inferir el riesgo de obstrucción de la justicia, el peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima y la probabilidad de que el imputado no comparezca al proceso o de que



no cumplirá la sentencia. El juez de control de garantías deberá valorar de manera suficiente si en el futuro se configurarán los requisitos para decretar la medida de aseguramiento, sin tener en consideración exclusivamente la conducta punible que se investiga”.

Mediante la ley 1908 de 2018, artículo 23, se adicionó al Código de Procedimiento Penal vigente el artículo 307A:

“Término de la detención preventiva. Cuando se trate de delitos cometidos por miembros de grupos delictivos organizados el término de la medida de aseguramiento privativa de la libertad no podrá exceder de tres (3) años. Cuando se trate de grupos armados organizados, el término de la medida de aseguramiento privativa de la libertad no podrá exceder de cuatro (4) años...”.

A su vez, los artículos 309, 310, 311 y 312 ejusdem desarrollan lo relacionado con la obstrucción a la justicia, peligro para la comunidad, peligro para la víctima y no comparecencia, respectivamente. Este tipo de medida ha sido una institución problemática establecida dentro del debido proceso, fundamentalmente en el contexto de un Estado social y democrático, ante las expectativas de que su aplicación y el diseño de cualquier política criminal al respecto sea coherente con el ordenamiento superior y esté en sintonía con los estándares jurídicos vinculantes internacionales.

#### **4.- Aplicación de la detención preventiva frente a los estándares de derechos humanos**

##### **4.1.- Duración de la prisión preventiva**

De cara al contenido de la normativa internacional sobre derechos humanos, en particular del sagrado derecho a la libertad, cualquiera que sea la razón por la que ésta se afecte preventivamente, es innegable que la normativa prevé que su duración, al ser temporal, no puede extenderse sino por un tiempo mínimo de manera que no se equipare a una sentencia anticipada. Lo cual es objetivamente visible en la práctica colombiana.

Sobre el punto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en “Medidas para reducir la Prisión Preventiva” (CIDH- OEA, 2017), es

reseñado el desconocimiento en la práctica de la presunción de inocencia amparado por el artículo 29 constitucional y que los artículos 1, 2 y 3 del Código Penal y 7 del Código de Procedimiento Penal desarrollan.

En Colombia se le está dando un uso inapropiado a la prisión preventiva, pues es prolongada y no es excepcional. Situación contraria a lo dispuesto legalmente, lo genera consecuencias negativas que producen hacinamiento en las condiciones de reclusión y en la propia administración de los centros penales. En este sentido, el hecho de que un porcentaje importante, a veces mayoritario, de la población penal esté conformado por personas en detención preventiva es un hecho sintomático y preocupante que debe ser afrontado con la mayor atención y seriedad por los respectivos Estados.

Reporta el Informe del Sistema Penitenciario en Colombia (Universidad de los Andes. 2009) que la instancia judicial ha tenido una reacción positiva en torno a dicha problemática. Al respecto, en sentencia T-971 DE 2009, la Corte Constitucional con ponencia del magistrado Mauricio González Cuervo reconoce la relevancia del contenido del informe y de las recomendaciones de la misma comisión interamericana, para ser implementadas al interior del ordenamiento jurídico con el objetivo de adoptar las medidas necesarias para que la detención preventiva en los procesos penales tenga un carácter excepcional. Por lo que la misma Corte le ordena al Consejo Superior de Política Criminal que se encargue de la formulación y ejecución de dichas medidas. Situación que no se ha cumplido pues el ingreso de sindicados en los establecimientos carcelarios cada vez sigue aumentando, por lo tanto, se sigue vulnerando su derecho a la presunción de inocencia. Tal como se manifiesta en la Sentencia T-827 (Corte Constitucional. 2005 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto):

“Lo que está en juego cada vez que se dictan medidas de aseguramiento es la manera como tales medidas se proyectan sobre uno de los bienes jurídicos más valiosos de todos los que sustentan y legitiman el Estado de Derecho: la presunción de inocencia. No existe ni puede existir discrecionalidad al respecto. La autoridad pública, cualquiera que ella sea, judicial o administrativa, debe respetar el derecho a la presunción de inocencia.”

La Ley 1760 del 2015 establece como regla general que la detención preventiva tendrá una duración máxima de un año, permitiendo que se extienda por hasta dos años, previa solicitud de prórroga por parte de la Fiscalía o el representante de la víctima dentro de los dos meses anteriores al vencimiento del término en casos especiales. Posteriormente, con el objetivo de evitar una “excarcelación masiva”, la Ley 1786 difiere la vigencia de la norma para quienes se encuentren en ciertas hipótesis, generando de hecho una situación contraria a la pretendida por la Convención.

#### **4.2.- Otros riesgos sobre los derechos fundamentales que se introducen con la medida de preventiva de privación de libertad**

Una privación preventiva no debería conducir a la conculcación de los derechos inalienables de las personas, tal es el caso de su vida o integridad física, sin embargo la situación de los recintos de reclusión en la mayoría de los casos no garantiza que ello pueda cumplirse.

En la Guía práctica para reducir la prisión preventiva de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH- OEA, 2017), se han establecido una serie de observaciones relativas a la conculcación de los derechos de las personas sometidas a una medida de privación de libertad. Así, el aparte “B” establece:

Principios en los que se sustenta y contenidos fundamentales. “Este informe se sustenta en el principio fundamental de que el Estado se encuentra en una posición especial de garante frente a las personas privadas de libertad, y que como tal, asume deberes específicos de respeto y garantía de los derechos fundamentales de estas personas; en particular, de los derechos a la vida y a la integridad personal, cuya realización es condición indispensable para el logro de los fines esenciales de la pena privativa de libertad: la reforma y la readaptación social de los condenados. Así, el ejercicio del poder de custodia lleva consigo la responsabilidad especial de asegurar que la privación de la libertad sirva a su propósito y que no conduzca a la violación de otros derechos básicos” (CIDH- OEA, 2017)”.

La muestra de las estadísticas de hacinamiento es alarmante, lo que ha dado lugar a trágicas consecuencias como el caso del incendio en la cárcel

Modelo de Barranquilla, Atlántico, el 14 de enero de 2014, con heridos y muertos. Se reportan de forma cotidiana agresiones, lesiones corporales y muertes violentas, aunado a la falta de mínimas condiciones de higiene y de salud para una persona privada de su libertad. Junto a la prolongación en el tiempo de las medidas preventivas de la libertad son muestras objetivas de la discordancia entre lo que consagra, tanto la Constitución, como en la normativa internacional sobre derechos humanos y lo que en la práctica sucede. Son de contenido retórico las normas de orden interno, lo que hace obligado buscar alternativas que den solución a tal problemática. Lo anterior encuentra soporte en lo señalado en el citado Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos CIDH citado (CIDH- OEA, 2017) al destacar éste:

“Además, y al igual que los *Principios y Buenas Prácticas* de la CIDH, este informe parte del principio del trato humano, según el cual, toda persona privada de libertad será tratada humanamente, con respeto irrestricto de su dignidad inherente, de sus derechos y garantías fundamentales, y con estricto apego a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Este principio fundamental es ampliamente aceptado en el derecho internacional”.

Este informe se sustenta en la premisa de que el respeto a los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad no está en conflicto con los fines de la seguridad ciudadana, sino que por el contrario es un elemento esencial para su realización.

En el Capítulo II del referido informe, se plantea la posición de garante del Estado frente a las personas privadas de libertad, en consideración que el Estado al privar de la libertad asume una responsabilidad especial de la que surgen deberes concretos de respeto y garantía de derechos, y se deriva la responsabilidad internacional del Estado con respecto a los daños que sufren las personas mientras se encuentren bajo custodia.

En el caso de la Cárcel Modelo de Barranquilla, la revista OPUSCULO de la Defensoría del Pueblo Regional Barranquilla, Colombia, se lee:

“El día 27 enero de 2014, se presentó un colosal incendio en la Cárcel Modelo de Barranquilla, donde el hacinamiento superaba el 147%,

según la Defensoría del Pueblo, (Otálora, 2014) cuya capacidad era de 454 internos, pero albergaba al momento de la tragedia 1.123, y, específicamente, en el pabellón donde se presentó la conflagración, tenía una capacidad para 196 reclusos y en el instante del amotinamiento habían 716. El resultado fatídico fue de 17 muertos y 63 heridos. Muchas de las víctimas tenían la condición de detenidos, como en los casos constatados por la Defensoría Regional: por armas hechizas, con órdenes de salida, por no poder pagar una caución a tiempo, entre otras situaciones documentadas” (Gómez y Del Villar, 2014:7).

Se observa un incumplimiento del primer deber del Estado como garante de las personas sometidas a custodia, del deber de ejercer el control efectivo y la seguridad interna de los centros penales; condición que resulta esencial para asegurar mínimamente los derechos fundamentales de los privados de libertad, y en particular, aquellos sometidas a procesos penales en curso.

#### **4.3.- Fallas en la prestación del Servicio de Justicia**

Sobre el tema de la falta de cumplimiento de exigencias mínimas para afectar a una persona en su derecho fundamental de su libertad personal, el Consejo de Estado, máximo organismo de justicia en lo contencioso administrativo, en sus distintos fallos ha venido dando a conocer en su jurisprudencia sobre varios aspectos que implican falla en la prestación del servicio de la justicia.

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (Cartilla No 9. 2014), presenta el siguiente informe:

“La jurisprudencia contencioso administrativa relacionada con la noción de privación injusta de la libertad, ha permitido ver una evolución un tanto accidentada en lo que hace relación a la ubicación de este concepto en la categoría tradicional del daño antijurídico, atribuible al Estado a título de falla del servicio. No obstante, a partir de la entrada en vigor del Decreto 2700 de 1991, la tendencia jurisprudencial se decantó en atribuir el daño bajo el título de imputación objetivo de daño especial, lo que implica, en general, que cualquier afectación de la libertad dentro de una investigación o un proceso penal que no culmine con sentencia condenatoria en firme, genera para el Estado la obligación de indemnizar el daño antijurídico causado. Esta anotación es necesaria pues en el

análisis estadístico se podrá observar que, pese a que el título de imputación empleado sea el de daño especial, derivado de la aplicación del artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, lo cierto es que se evidencia que la privación de la libertad estuvo precedida de ciertas falencias en las que incurrieron los operadores jurídicos penales. En efecto, dichas falencias pueden ser catalogadas como verdaderas fallas”.

Recientemente el Consejo de Estado, (sección tercera, en sentencia 76001233100020080100701 (44371) del 7/9/2018) con ponencia del Dr. Jaime Enrique Rodríguez Navas, al responder el interrogante ¿cómo se legitima la privación de la libertad?, afirmó “que toda privación de la libertad que se imponga dentro de una actuación penal que no termine con una sentencia condenatoria constituye un daño que las personas no están obligadas a soportar, esto es, un daño antijurídico”.

Prosigue el citado documento especializado (Consejo de Estado. 2014) para la defensa jurídica del Estado:

“Un segundo concepto, (...) es el de las “prácticas judiciales generadoras de daño antijurídico”. Como se pudo observar anteriormente, se identifican las falencias judiciales que tienen un efecto en las finanzas del Estado al momento de privar a alguien de la libertad y, por eso, más que una crítica a la labor de las instituciones que administran justicia, se limita a describir las valoraciones que hace el Consejo de Estado en las decisiones condenatorias y absolutorias sobre el tópico de privación injusta de la libertad”. “En este sentido, en un análisis de la normativa fundamental se observa que dichas falencias se pueden agrupar en tres categorías fundamentales, esto es, sentencia absolutoria definitiva o su equivalente por inexistencia del hecho; no comisión de una conducta delictiva del sindicado privado de la libertad; o la privación de la libertad porque el hecho no constituía conducta punible. Vale anotar que para encontrar una noción acertada de las prácticas judiciales que generan daño antijurídico, resulta necesario profundizar en las elaboraciones doctrinales y en el examen que sobre el proceso penal hace el Consejo de Estado y que por lo mismo la noción de práctica judicial corresponde a los hechos que el Consejo de Estado caracteriza como defectuosos y que pueden ser enmarcados en las categorías legales de inexistencia, no comisión o atipicidad el hecho. En tal sentido, lo que a continuación se expone obedece a una categorización

de los problemas de facto que dan origen al daño y su correspondiente evaluación por parte del Consejo de Estado en sus decisiones sobre privación injusta de la libertad”.

Se ha declarado patrimonialmente responsable a la Fiscalía General de la Nación por fallas en el servicio de administración de justicia debido a la “errónea imputación de delitos” y a la “privación injusta de la libertad”.

Si al Estado se le impone con frecuencia la indemnización por los daños y perjuicios irrogados a partir de detenciones infundadas, ello es una muestra representativa de que existe el problema y consecuentemente la necesidad de tomar correctivos con fundamento en la ciencia penal y la criminología, por y para el reconocimiento y respeto cierto de los derechos humanos ratificados por el Congreso ante la comunidad internacional.

Sobre aspecto similar, Reyes Alvarado (2019), señala la grave situación que supone que personas detenidas preventivamente recuperen su libertad por vencimiento de términos. Esta práctica inadecuada obliga a formularse al menos dos preguntas:

“Primera: ¿En todos los casos la detención preventiva era la única forma de garantizar la comparecencia en juicio del sindicado y de asegurarse de que no seguiría delinquiriendo? Si se utilizaran más las otras 11 medidas de aseguramiento que prevé la ley, en lugar de recurrir mayoritariamente a esta que debería ser de naturaleza excepcional, los fiscales y jueces dispondrían de mayor tiempo para realizar su trabajo. Más de 15.000 demandas contra el Estado reclamando indemnizaciones superiores a los \$22 billones por detenciones indebidas parecen indicar que se trata de una medida de aseguramiento que no se está aplicando solo en los asuntos en que es estrictamente necesaria. Segunda: ¿Los fiscales están pidiendo detenciones preventivas únicamente cuando tienen suficiente evidencia de que la persona ha cometido un delito? Si esto es así, como debería ser, no se entiende por qué la Fiscalía no puede presentar un escrito de acusación en 60 días o iniciar un juicio en 120 días, términos que pueden doblarse en asuntos complejos o en procesos por corrupción. Su imposición debe ser consecuencia de un trabajo de investigación que arroje sólida evidencia sobre la participación de alguien en un delito y la necesidad de privarlo de su libertad; lo que es inadmisibles es que se detenga a una persona para

investigarla. Hace muchos años, en la Corte Suprema de Justicia, se decía que sólo imponían esta medida de aseguramiento cuando tenían pruebas suficientes para proferir un llamamiento a juicio”.

Se infiere de los dos interrogantes antes planteados que en efecto en Colombia se detiene primero a la persona para luego investigar, y lo que es peor recaudar posterior a la afectación de la libertad las evidencias que se convertirán en pruebas en el eventual juicio oral, puesto que si no fuera así, no tenía porqué haber tantas demandas contra el Estado por privaciones injustas de la libertad. Igualmente, se colige de los dos citados interrogantes el llamado a la aplicación de las medidas alternativas distintas a la detención preventiva, (que además si se utilizaran probablemente disminuiría la cantidad de demandas contra el Estado por privación injusta de la libertad).

#### **4.4.- Fines constitucionales de la detención preventiva**

En cuanto a los fines constitucionales de la detención preventiva, el documento en cita señala:

“Tanto la Constitución, como la legislación procesal penal definen tres fines que legitiman la privación de la libertad como medida cautelar, esto es, el riesgo de evasión, el riesgo de alteración probatoria y los riesgos para la comunidad en especial para las víctimas. A estos efectos el operador judicial debe atender las exigencias del derecho internacional de los derechos humanos...”.

Se destaca en el citado documento un problema recurrente observado en la interpretación de la Ley 906 de 2004: la utilización del contenido en la Constitución y el artículo 310 del Código de Procedimiento Penal como fundamento de la imposición de medidas de aseguramiento intramurales. Como ya se ha visto, en la legislación este aspecto representa un enfrentamiento severo con las nociones del bloque de constitucionalidad, dado que la interpretación internacional recalca el carácter estrictamente cautelar y no punitivo de la medida. Tanto de los precedentes de la Comisión como de la Corte Interamericana. (Ver caso López Álvarez, 34, parr. 69)

Sobre tal problemática se ha dejado sentado, que el CPP en su artículo 310 prevé el riesgo de peligro para la comunidad y en particular para la víctima



para fundamentar la medida restrictiva de libertad, lo que encuentra fundamento en el artículo 2, párrafo 2 de la Constitución Política, al igual que en el artículo 250 numeral 6 ídem. Tanto la normativa internacional sobre protección de derechos humanos y en particular sobre el derecho a la libertad personal, así como en la jurisprudencia internacional no se ha considerado tal riesgo en una dimensión procesal sino en el ámbito de lo punitivo, ello junto al imperativo que impone el bloque de constitucionalidad indican que la procedencia de la medida debe restringirse a los riesgos de naturaleza procesal.

En virtud de este carácter cautelar o instrumental de la medida de coerción, no se puede tener en cuenta como fundamento para su aplicación a un caso concreto, ni el tipo de delito que se imputa al individuo, tampoco el hecho de que se trate de una figura de extrema gravedad, la posibilidad de reincidencia, la repercusión social del hecho, o la peligrosidad del supuesto imputado.

Abundando sobre el último de los tres requisitos vigentes en la legislación colombiana para afectar la libertad personal de manera preventiva, como lo es peligro de la víctima o de la comunidad con ocasión de la libertad del imputado, acusado o enjuiciado, cabe advertir tal como lo dice la agencia nacional para la defensa jurídica del estado que si bien tanto el CPP como la Constitución prevén el peligro que representa la libertad del imputado para la comunidad y en especial para la víctima. Se considera sano aunarse a la interpretación que sobre el tema han hecho tanto la Comisión como la CIDH al indicar “las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva.”

Tomando como referencia esta doctrina debe afirmarse que el derecho internacional de los derechos humanos y, por ende, el bloque de constitucionalidad se contraponen a la legislación interna en esta materia y en consecuencia debe primar el examen sobre la presunción de inocencia frente a los criterios inconsistentes de la legislación colombiana.

En el ámbito de la administración se realizan interpretaciones más allá de los principios de necesidad y proporcionalidad, al tiempo que se solicitan y decretan medidas asegurativas posibles de catalogar como fallas en la

prestación del servicio de administración de justicia exponiendo a las personas procesadas a situaciones que atentan contra su seguridad dadas las condiciones de hacinamiento, precariedad y violencia de los establecimientos penitenciarios.

## **5.- Referencia a la detención preventiva en Barranquilla**

### **5.1.- El uso de la prisión como estrategia político criminal**

La aplicación de la detención preventiva forma parte de una estrategia político criminal difícil de legitimar en cuanto a su falta de adecuación con respecto a las normas superiores. Las condiciones de hacinamiento, la duración de la medida, la exposición de los individuos a situaciones de riesgo de sus derechos fundamentales como la vida, la salud y la integridad física, la falta de separación entre procesados y condenados de la población reclusa y la violencia carcelaria, son aspectos a considerar.

De acuerdo con los estudios criminológicos recientes en la región, este estado de cosas caracteriza no sólo el contexto colombiano sino el latinoamericano en general, donde se observa igualmente un aumento sostenido de la población carcelaria con impacto importante de detenciones preventivas. Como expone Zaffaroni (2020): “El número de presos en casi todos nuestros países aumenta incesantemente desde 1992 a ritmos anuales sostenidos, llegando a cifras absolutas y relativas antes nunca registradas”. Indica el autor, que el crecimiento de la población prisionizada no está relacionado con el aumento de la población en general, ni tampoco con el aumento de delitos violentos, ya que se observa que la mayoría de la población carcelaria se encuentra asociada a delitos que no suponen violencia contra las personas.

De tal manera que los argumentos que normalmente se alegan para reafirmar el uso de la privación de libertad, es decir, el peligro que supone el delincuente “violento” y que busca justificar la detención preventiva realmente responde más a un discurso que a los datos de la realidad.

Ello coincide con la información aportada por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC (2019:15), en relación al aumento de la población privada de libertad y donde se evidencia el aumento sostenido

de la población criminalizada. Por ejemplo, en el año 2018 se registra una tasa de 370 personas reclusas por cada cien mil habitantes, lo que implica un aumento de 10 personas reclusas por cada cien mil habitantes con respecto al año anterior. Los establecimientos ubicados en la ciudad de Barranquilla ocupan el octavo lugar en cuanto al índice de hacinamiento, el cual se registra en un 165,9% de sobrepoblación tomando en cuenta la capacidad de alojamiento de estos establecimientos.

Al desagregar la información relativa a la situación jurídica de la población reclusa, se verifica que la Región Norte presenta un total de 14.131 personas reclusas en los Establecimiento de Reclusión del Orden Nacional (ERON), cuya situación jurídica corresponde a 6.537 privados de libertad cumpliendo condena, en contraste con 7.594 en condición de procesados o sindicados. De lo que se desprende un uso indiscriminado de la medida preventiva de reclusión en particular en esta región donde la población procesada sobrepasa a la de personas que se encuentran cumpliendo condena.

Los datos descritos muestran cómo la medida de detención preventiva de libertad responde en forma sistemática a una estrategia político criminal que representada a nivel continental, nacional y local. Ello puede interpretarse en la prevalencia de una concepción de la administración de justicia penal fuertemente arraigada con raíces inquisitoriales, donde la racionalidad garantista se encuentra en un segundo plano al parecer como mera formalidad.

Sobre estos planteamientos es importante recordar lo establecido en el artículo 93 de la Constitución, que obliga a circunscribir la interpretación y aplicación de toda norma a los derechos y deberes y que éstos se interpreten de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos ratificado como ley interna<sup>1</sup>, sobre todo cuando se trate de ampliar los ámbitos de protección de la norma para motivar el otorgamiento de la medida de detención preventiva. Igualmente interesa resaltar el marco legal en el que se inserta la fundamentación jurídica exigida para el decreto de dicha medida por parte de los funcionarios judiciales competentes.

<sup>1</sup> El contenido de la Convención Americana de Derechos Humanos en vigencia el 18 de Julio de 1978, (ratificada mediante la ley 16 de 1972), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PDICP), vigente desde el 23 de marzo 1976 (ley 74 de 1968).

En primer lugar, el contenido del artículo 295 de la norma penal que consagra la Afirmación de la Libertad:

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

Por su parte el artículo 296 de la ley procesal establece la finalidad de la restricción de la libertad en los siguientes términos:

“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”.

Se debe rescatar también del CPP, el artículo 307, donde se consagran las medidas de aseguramiento, bien afectivas de la libertad como la detención en centro carcelario y la detención domiciliaria, como no afectivas de ésta. Mientras que el artículo 308 ídem, indica los requisitos que se deben cumplir para la imposición de cualquiera de ellas: inferencia razonable de autoría o participación del delito que se investiga, siempre que se cumpla alguno de los siguientes requisitos: “Que la medida se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia”. “Que el imputado constituya un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima”. “Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia”. A dicha norma se le adicionó un párrafo por el artículo 15 de la ley 1760 de 2015:

“La calificación jurídica provisional contra el procesado no será, en sí misma, determinante para inferir el riesgo de obstrucción de la justicia, el peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima y la probabilidad de que el imputado no comparezca al proceso o de que no cumplirá la sentencia. El juez de control de garantías deberá valorar de manera suficiente si en el futuro se configurarían los requisitos para decretar la medida de aseguramiento, sin tener en consideración exclusivamente la conducta punible que se investiga”.

Ha de indicarse además, que mediante la ley 1908 de 2018, artículo 23, se adicionó un artículo 307A al ya citado Código de Procedimiento Penal vigente que prevé la duración de la medida para casos concretos:

“Término de la detención preventiva. Cuando se trate de delitos cometidos por miembros de grupos delictivos organizados el término de la medida de aseguramiento privativa de la libertad no podrá exceder de tres (3) años. Cuando se trate de grupos armados organizados, el término de la medida de aseguramiento privativa de la libertad no podrá exceder de cuatro (4) años...”.

En cada caso concreto, atendiendo el contenido normativo tanto de orden interno como internacional sobre garantía de derechos humanos, al aplicarse la detención preventiva para afectar la libertad individual de una persona, ésta se haga de manera excepcional en cuanto responda a los fines constitucionales basados en razones de tipo procesal y su uso en forma racional en cuanto sólo después de que se constituya en opción excepcional consiga su especial motivación con fundamento en la normativa ya descrita.

Ello constituye un punto álgido en cuanto ha sido objeto de numerosos llamados de atención por parte de las comisiones del sistema internacional y de comisiones internas que han indicado a los administradores de justicia la necesidad de limitar la práctica de estas medidas en el proceso penal. Así, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado se pronunció:

“A este respecto, debemos anotar que casi todas las decisiones analizadas en este estudio contienen un muy pobre desarrollo de las premisas constitucionales y, por el contrario, existe una especie de política criminal de “facto” que justifica la detención por considerar que se trata de delitos muy graves (v.gr. narcotráfico, asesinatos, tortura). No obstante, resulta claro que la legislación internacional no permite tal referencia y, por el contrario, enfatiza la excepción”. (. 2014).

La incongruencia que se verifica entre la práctica y el marco normativo sobre la detención preventiva lleva una vez más hacia la reflexión sobre la legitimidad de la política criminal del Estado y la necesidad de superar la cultura represiva ajustando las instituciones en su debido ámbito de validez.

Con la finalidad de comprender y entender el tema de los derechos humanos y su importancia de la vida de toda sociedad, necesario es explorar las actitudes y representaciones que sobre la norma poseen los operadores y actores participantes, de los cuales depende parte de la dinámica de la administración de justicia.

A continuación se presentan los resultados de las entrevistas realizadas:

## **6.- Entrevistas a abogados litigantes**

### **6.1.- Entrevistas a operadores judiciales**

En el análisis de las entrevistas y de acuerdo a la información mostrada se determinaron los siguientes indicadores:

- Conocimiento de la normativa internacional: todos los entrevistados demostraron estar conscientes de la existencia y el manejo conceptual de los estándares internacionales sobre la detención preventiva.
- Alcance de la normativa internacional en cuanto: todos afirmaron su carácter vinculante para las decisiones judiciales:.
- Posibilidad de acudir a organismos internacionales para la aplicación de los estándares: Sólo un entrevistado hizo mención al “control de convencionalidad” como mecanismo de cumplimiento de estos estándares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Sin embargo, los restantes si hicieron alusión a las instituciones internacionales como garantes de los mismos.
- Conocimiento sobre los estándares internacionales: todos los entrevistados manifestaron experticia técnica en el contenido de los principios estandarizados para la aplicación de la medida de detención preventiva y su importancia en la garantía del debido proceso, en relación con el principio de inocencia.
- Impetración (invocar/alegar) de los estándares internacionales para fundamentar solicitudes o apelar decisiones durante el ejercicio profesional: todos los entrevistados manifestaron hacer alusión a dichos estándares en

la dinámica del proceso penal, lo que implica que poseen una actitud proactiva en cuanto a la aplicación.<sup>2</sup>

- Convalidación de los estándares sobre los fines procesales como única justificación para la limitación de la libertad durante el proceso: a este respecto los abogados litigantes coincidieron en negar la validez del criterio “peligro para la comunidad y/o la víctima” a pesar de constituir este norma vigente y dado su inconformidad con la naturaleza jurídica de la detención preventiva y los estándares internacionales.

Percepción de la aplicación de la detención preventiva:

-Racionalidad: los actores entrevistados manifestaron en su totalidad que la fundamentación más recurrida para decretar la detención preventiva la constituye el “peligro para la comunidad/víctima”, lo cual supone, con respecto al ítem anterior, la percepción de la aplicación irracional de la detención preventiva, por parte de estos actores, en tanto muestra una inadecuada implementación de los estándares internacionales. Sin embargo, no pareciera tener este significado para los operadores, que aunque reconocieron que es la fundamentación más recurrida para el decreto de la medida asegurativa, sus respuestas con respecto al carácter excepcional contradice esta percepción, llama sobre todo la atención la respuesta dada por el juez, quien considera vigente el criterio “peligro para la comunidad/víctima” como estándar internacional de aplicación de la medida asegurativa, si bien es de advertir que este criterio si se encuentra previsto en la legislación interna colombiana.

-Excepcionalidad: sobre la percepción de la vigencia de este principio, dos de los tres abogados litigantes entrevistados afirman, que, a pesar de la normativa que la sustenta, la aplicación de la medida asegurativa es la regla y no la excepción, mientras el tercero, manifiesta percibir su aplicación excepcional. En cuanto a los operadores del sistema de justicia, los dos entrevistados afirmaron la excepcionalidad de la medida en su aplicación.

<sup>2</sup> Entendido el término proactivo como la actitud del sujeto en tomar iniciativas, adelantar sus acciones para lograr los objetivos, en este caso desarrollar sus acciones contando con la eficacia de obrar asignada a los estándares internacionales.

En cuanto a las actitudes de los actores sobre la excepcionalidad, todos manifestaron la conformidad con este principio y su necesaria limitación.

Tal como se desprende del anterior análisis, pareciera que en el plano subjetivo prevalece la concepción garantista de la figura de la detención preventiva, asignando a su naturaleza jurídica una excepcionalidad, planteada con fines de aseguramiento del proceso penal, más aún, se le confiere un estatus determinante a los estándares internacionales como norma vigente en el ordenamiento jurídico colombiano y de aplicación vinculante.

Comparando las actitudes y representaciones de los abogados litigantes frente a las manifestadas por los operadores del sistema de justicia, se puede decodificar una diferencia en cuanto al apego a criterios eficientistas, que fueron introducidos de forma asistemática en la legislación colombiana verbigracia el criterio de “protección a la comunidad y la víctima” sobre el cual ha habido decisiones jurisprudenciales contradictorias y un buen número de informes en los que se le recomienda al Estado colombiano y a los jueces en particular, limitar la aplicación de este criterio en tanto configura una clara conculcación del principio de inocencia y adquiere visos de pena de anticipada basada en fundamentos de peligrosidad que no tienen cabida en el ámbito del debido proceso.

No obstante, los operadores de justicia, a pesar de mostrar actitudes proclives a la protección de los derechos humanos mediante la aceptación de los estándares internacionales en esta materia, mantienen resabios de corte inquisitorial que, tal como explican los estudios cualitativos sobre cultura judicial, involucra un “voluntarismo juricista” que sigue sosteniendo la cultura legal (Delgado. 2005), donde la sola imputación del hecho punible ya convierte al sujeto procesado en merecedor del castigo penal.

Sobre este punto ha expresado Delgado (2005:135): “La reforma de la administración de la justicia penal que consagra el sistema acusatorio pretende demoler un aparato de cinco siglos de tradición inquisitorial, con sus instituciones, sus ritos, sus gestos y frases sacramentales (...)”; el



sistema acusatorio no constituye un proceso de fácil implementación en Latinoamérica, debido a la tradición inquisitorial arraigada, por ello es determinante difundir la cultura garantista y profundizar los valores que informan este modelo de proceso penal, por cuanto la mayoría de los fracasos legislativos e institucionales provienen de la falta de interés en esta perspectiva, enfocándose preeminentemente en el aspecto organizacional de las instituciones.

Resalta en este sentido, la propuesta emanada de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (2014): “La primera propuesta preventiva-correctiva es la de enfatizar que, frente a la lucha contra la delincuencia, le correspondería al Estado fomentar un debate sobre el derecho a la libertad que recalque la noción de restricción como excepción al principio general de la libertad”.

En todo caso, desde el punto de vista de esta investigación, se ha querido ahondar en esta arista, en virtud de las contradicciones observadas entre la previsión normativa y la realidad de la aplicación de la medida restrictiva de libertad, especialmente, si se toma en cuenta que el Estado colombiano se encuentra suscrito al sistema internacional de protección de derechos humanos.

De lo que se puede acotar, que si bien las actitudes y representaciones de los actores entrevistados, muestran conformidad y conocimiento sobre los principios limitativos de la detención preventiva, subyace en los operadores una concepción más proclive a la función represiva que a los verdaderos fines constitucionales que legitiman la aplicación de la medida.

## **7.- Conclusiones**

En el marco jurídico institucional relativo a la detención preventiva y los derechos humanos:

La medida de detención preventiva debe estar encaminada a los fines de asegurar el procedimiento y tiene por objetivo imponer límites al ámbito de determinación, en este caso la libertad, del imputado por la comisión de alguna conducta delictiva con antelación a su condena.

La doctrina y jurisprudencia, tanto patria como de las instancias internacionales, han establecido que las medidas de aseguramiento tienen un carácter preventivo, mientras se determina la responsabilidad del imputado o acusado. No constituyen por ende una sanción como tal, dado que su naturaleza jurídica siempre será la de una actuación cautelar, eminentemente excepcional, cuyo carácter es meramente instrumental o procesal, más no punitivo, esto es, no debe estar precedida de la culminación de un proceso, pues tal exigencia desnaturalizaría su finalidad

Como garantía de efectividad frente a los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Congreso de Colombia, el artículo 214 numeral 2 constitucional, instruye que aún dentro de situaciones de estados de excepción “no podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales”.

El Estado colombiano en el respeto a los derechos humanos de cualquier persona, en concordancia con la normativa de orden internacional sobre tal tópico ha de reconocer los instrumentos de protección de derechos humanos que son de obligatorio cumplimiento, según ordena la Constitución en sus artículos 9 y 93, y según lo señala el texto de las normas de orden internacional protectoras de derechos humanos.

Mención especial constituyen los artículos 27 y 295 del Código de Procedimiento Penal, que indican, el primero, la evitación de excesos en la administración de justicia y el segundo señala que la libertad es la regla y su limitación la excepción, todo lo cual, formalmente concuerda con la normativa internacional de protección de derechos humanos, aunque materialmente no se concreta en la práctica.

En relación a las medidas de aseguramiento, los estándares internacionales utilizados en el marco de la prisión preventiva tienen como fin último controlar el uso desmedido y arbitrario de la aplicación de esta medida y constituyen criterios vinculantes para los órganos de justicia. A ello se le adiciona el Bloque de Constitucionalidad, que contiene otros instrumentos relativos a la materia de limitación del derecho a la libertad por parte del Estado colombiano, y que en razón de haber adoptado esta doctrina,

constituyen también norma vigente de aplicación vinculante por los tribunales nacionales.

En orden a la naturaleza y alcance jurídico de la detención preventiva:

La norma fundamental permite la privación de la libertad de una persona en Colombia, únicamente previo el análisis de la necesidad de comparecencia, protección probatoria y protección de la comunidad y las víctimas, por ello, se llega a un principio general que consiste en que al interior del proceso penal no puede proceder la privación de la libertad si ello no está fundado en el análisis de la necesidad de la comparecencia de la persona al juicio, sin el examen de la posibilidad de que la persona altere la prueba, o sin un estudio a fondo que permita inferir que la persona puede llegar a repetir comportamientos que afecten a la comunidad o las víctimas.

Sin embargo, y he aquí un punto determinante para la interpretación y aplicación adecuada de la detención preventiva, estos requisitos son posteriores al primer límite constitucional de la privación de la libertad, que es en esencia la aplicación del principio de proporcionalidad. Ello obliga a que toda orden de afectación de la libertad en el ámbito del proceso penal implique un análisis de sus fines constitucionales.

En este sentido, el trasfondo constitucional, internacional y legal, se encuentra en el sistema de derechos fundamentales que emana de las estructuras normativas y que supone la principal limitante de la injerencia procesal penal en la libertad personal, lo que a su vez genera dos órdenes de limitaciones: el que se circunscribe a las pautas de la preeminencia de las garantías en el contexto de la función punitiva del Estado, que se dinamiza mediante el principio de proporcionalidad y aquel más instrumental, donde se concreta la posibilidad de hacer realidad todos estos derechos fundamentales, en particular, la libertad personal, frente a la posible intervención del Estado de conformidad con la ley procesal, donde surgen en plena conjunción con este principio de proporcionalidad, los principios de excepcionalidad e interpretación restrictiva, según lo estatuido por los artículos 295 y 296 del Código de Procedimiento Penal.

El contenido normativo, tanto de la Constitución Nacional como las descritas en el Código de Procedimiento Penal colombiano, sobre el tema de la detención preventiva, advierte la existencia de una normativa que desde lo formal se adecuaría a las exigencias de los estándares internacionales sobre derechos humanos. Se observa que la jurisprudencia y normativa internacional sobre protección de derechos humanos no consagra la peligrosidad del individuo con ocasión de su libertad por hallarse un individuo señalado como presunto autor o partícipe de la comisión de un delito, para la imposición de la detención preventiva, pues “Frente a la “peligrosidad” del imputado y a la gravedad del hecho punible, se pronunció la Corte Interamericana en el siguiente sentido: “las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva.”

Se requiere, para la procedencia de la detención preventiva, no sólo reunir los requisitos formales de orden legal sino además verificar mediante un análisis ponderado que, los riesgos de evasión o fuga, obstrucción probatoria u obstrucción de la justicia y el de daño a la comunidad y en especial a la víctima por la libertad del imputado, estén debidamente acreditados con las evidencias que en ese momento procesal se han recaudado, indicativas de que, en virtud de los principios de necesidad y proporcionalidad sirven para evitar que el imputado evada el proceso y consecuente pena, lo mismo que para evitar que se obstruya la justicia, como también para evitar su continuidad en la actividad delictiva.

Sobre el último de los tres requisitos vigentes en la legislación colombiana, para afectar la libertad personal de manera preventiva, como lo es peligro de la víctima o de la comunidad con ocasión de que el imputado, acusado o enjuiciado, quede en libertad, cabe advertir, tal como lo dice la Agencia Nacional para la Defensa jurídica del Estado que, si bien tanto el Código de Procedimiento Penal como la constitución nacional, prevén el peligro que representa la libertad del imputado para la comunidad y en especial para la víctima, se considera sano aunarse a la interpretación que sobre el tema han hecho tanto la Comisión como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al indicar “las características personales del supuesto

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

En lo que se refiere a las tendencias político criminales de la detención preventiva en el contexto colombiano:

Si bien desde el punto de vista formal las decisiones político criminales, en materia de detención preventiva, se enmarcan en la corriente garantista propia del Estado Social de Derecho, propugnado en la Constitución política colombiana, existen ciertas incorporaciones regulatorias asistemáticas y contrarias al espíritu y naturaleza jurídica de la detención preventiva, según su delimitación constitucional y legal, que han contribuido a distorsionar su aplicación en la realidad de la administración de justicia. Verbigracia, la previsión del fin de peligro para la comunidad y la víctima o sus familiares, que puede fundamentar la medida o la situación relativa a su duración prolongada.

En este sentido formal, se observa sobre todo, el carácter excepcional que se le asigna a la medida, sin embargo, tal como se ha dejado establecido, se trata de la modalidad de medidas cautelares más importante en la práctica.

Se tiene entonces que se define como detención preventiva una medida excepcional que se está aplicando como regla general, como mecanismo de control social. En otras palabras, ha sido implementada como una pena anticipada, desnaturalizada así su finalidad procesal cautelar. Es una negación del principio de inocencia. La regla general que se deriva del principio de presunción de inocencia es que para que alguien pueda ser privado de la libertad se requiere una sentencia condenatoria proferida en su contra, bajo las garantías del debido proceso y del respeto cierto a los derechos humanos.

Sobre la duración de la detención preventiva, debe mencionarse que dando alcance al criterio de *plazo razonable* establecido en el artículo 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre la proscripción de demoras injustificadas en la detención preventiva debido a la forma en la que queda comprometido el principio de presunción de inocencia al

momento de privar de la libertad a una persona todavía inocente, lo que la convierte en una ilegítima forma de pena anticipada.

Al respecto, Colombia ha tenido iniciativas como la Ley 1760 del 2015 en la que se estableció como regla general una duración máxima de un año para la detención preventiva, permitiendo que se extienda por hasta dos años, previa solicitud de prórroga por parte de la Fiscalía o el representante de la víctima dentro de los dos meses anteriores al vencimiento del término en casos especiales. Esta ley tuvo un diferimiento de su vigencia motivado en “evitar una excarcelación masiva” a través de la Ley 1786 generando una situación de incertidumbre jurídica contraria a las recomendaciones de los organismos internacionales.

Por otra parte, cuando analizamos los principios que acompañan la implementación de la medida asegurativa, se establece la obligación para la administración de justicia de ponderar la no exposición o comprometer, con dicha medida, otros derechos fundamentales como la vida o la integridad física y mental. No obstante se observa que: en primer lugar, el decreto de la medida privativa recae la mayoría de los casos en la modalidad intra mural y son pocos los casos que se provee en la modalidad domiciliaria; ello lleva a afirmar que, frente a las condiciones de violencia y hacinamiento presentes en el sistema penitenciario colombiano, esta obligación de no exposición de otros derechos fundamentales no se realiza o es poco tomada en cuenta por la instancia decisoria.

Son evidentes las muestras objetivas de la discordancia entre la Constitución Nacional de Colombia como la normativa internacional sobre derechos humanos y lo que en la práctica sucede, lo que indica que sólo son de contenido retórico las normas de orden interno, lo que hace obligado buscar alternativas que den solución cierta a tal problemática, sin que ello implique que el delito no deba castigarse, sino que frente a él, a partir de las evidencias, medios de prueba e información legalmente obtenida, bajo el ritual del debido proceso legal y en desarrollo del debido proceso constitucional, su trámite se surta y cumpla bajo dichos parámetros, con el respeto cierto de los derechos y garantías que en todo momento cobijan al individuo objeto de persecución penal.

Finalmente, en cuanto a las actitudes y percepciones de los operadores y abogados en la aplicación de la medida:

En la práctica, los resultados indican que la aplicación de la detención preventiva se ha tornado en regla, como lo demuestran las mismas estadísticas oficiales, dado que ninguna explicación razonable se observa frente al hecho de la pluralidad de detenciones preventivas, con relación al mínimo porcentaje en condenas que de las mismas se obtiene, o a contrario sensu, por el plural número de condenas contra el Estado por privaciones injustas de la libertad. Este dato puede confrontarse con la hipótesis de que probablemente obedece a la falta de cumplimiento por los operadores jurídicos en cuanto a la satisfacción procesal cierta de los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad al momento de su imposición, de cara, además, a los estándares internacionales de derechos humanos.

Tal falencia no pareciera obedecer a la falta de preparación y/o formación y experiencia en el área, ya que al menos en el marco de esta investigación, abogados litigantes y operadores de justicia mostraron un conocimiento y experticia técnica en el tema de los estándares internacionales sobre la medida privativa.

Con todo, en términos generales, el estudio cualitativo llevado a cabo muestra que en el plano subjetivo, prevalece la concepción garantista de la figura de la detención preventiva, asignando a su naturaleza jurídica el carácter excepcional, fundamentada únicamente con fines de aseguramiento del proceso penal. Además, se mostró un conocimiento y validación de los estándares internacionales como norma vigente en el ordenamiento jurídico colombiano, de aplicación vinculante.

### **Referencias bibliográficas**

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, Colombia, (Cartilla No 9 “Esquema para Imponer la Medida Cautelar de La Libertad”, abril de 2014), documentos especializados para la defensa jurídica de estado, Dirección General Adriana María Guillen Arango, [www.defensajuridica.gov.co](http://www.defensajuridica.gov.co)

- Carta Política (Constitución Colombia) de 20 de julio de 1991, artículos 28, 29, 93, 94, 214, 250. Editorial Leyer 2016, Bogotá D.C.- Colombia.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2017). Medidas para reducir la prisión preventiva. ISBN978-0-8270-6662-5.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2017). Guía práctica para reducir la prisión preventiva. ISBN 978-0-8270-6665-6
- Convención Interamericana de Derechos Humanos (Ley 16-1972).
- Congreso de la República de Colombia. Ley 1826 de 2017. Diario Oficial No. 50.114 de 12 de enero de 2017.
- Consejo de Estado, Sección Tercera (2018). Sentencia 76001233100020080100701 (44371) del 7/9/2018) MP. Rodríguez Navas, Jaime Enrique. Bogotá, Colombia.
- Congreso de Colombia (2004). Ley de Procedimiento Penal acusatorio o ley 906 de 2004, (Código de Procedimiento Penal) artículos 295, 306, 308, 310, 311, 312 y 313. Bogotá, Colombia.
- Congreso de Colombia (2000). Ley 599 de 2000 o Código Penal colombiano, artículo 3. Bogotá, Colombia.
- Congreso de la República de Colombia (2015). Ley 1760. Modifica parcialmente la Ley 906 de 2004 en relación con las medidas de aseguramiento privativas de la libertad.
- Congreso de la República de Colombia (2016). Ley 1786. Modifican algunas disposiciones de la Ley 1760 de 2015.
- Congreso de la República de Colombia (2018). Ley 1908. Fortalecen la investigación y judicialización de organizaciones criminales.
- Corte Constitucional (2016). Sentencia C-469/2016 M.P. Vargas Silva, Luis Ernesto. \_\_\_\_\_ (1995). Sentencia SC-578 de 1995 M.P. Cifuentes Muñoz, Eduardo. Bogotá, Colombia.
- \_\_\_\_\_ (1998). Sentencia C-400 de 1998, M.P. Caballero, Alejandro Martínez.
- \_\_\_\_\_ (2016). T-971 de 2009. M.P. González Cuervo, Mauricio.
- \_\_\_\_\_ (2005). T-827 de 2005. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006). Caso López Álvarez vs. Honduras. Sentencia de Jueza Cecilia Medina Quiroga.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. Conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos (b-32) San José, Costa Rica. 1969.



- Cruz Bolívar, F. (2012). *Fundamentos de la detención preventiva en el procedimiento penal colombiano*. Revista Derecho Penal y Criminología. Volumen XXIII. Número 95, julio-diciembre, pp. 69 – 100.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.
- Delgado, F. (2005). *Ficción y realidad en el proceso penal*. Revista capítulo Criminológico. Volumen 33, No. 2. Universidad del Zulia. Ediciones Astro Data S.A.
- Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.
- Informe del Sistema Penitenciario en Colombia (Universidad de los Andes), Bogotá, Colombia, 2009.
- Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), 2009: p. 15.
- Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. 2004.
- \_\_\_\_\_ (2004). *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional: Derechos Humanos, derecho Internacional Humanitario y derecho Penal Internacional*. Volumen I.
- \_\_\_\_\_ (2004). *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional: Derechos Humanos, derecho Internacional Humanitario y derecho Penal Internacional*. Volumen II.
- \_\_\_\_\_ (2004). *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional: Derechos Humanos, derecho Internacional Humanitario y derecho Penal Internacional*. Volumen III.
- \_\_\_\_\_ (2004). *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional: Derechos Humanos, derecho Internacional Humanitario y derecho Penal Internacional*. Volumen IV.
- \_\_\_\_\_ (2004). *Interpretación de las normas internacionales de Derechos Humanos -observaciones y recomendaciones generales de los Órganos de vigilancia de los tratados internacionales de Derechos Humanos de las Naciones Unidas*. Bogotá-Colombia.
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.
- Presidencia de la República de Colombia, Decreto Número 2700 de 1991 (Noviembre 30). Procedimiento Penal Colombiano. Normas de Procedimiento Penal.

- Reyes Alvarado, Y. y Gallego Arribas, D. (2019). *Justicia de Transición en el Acuerdo de Paz suscrito entre el Estado colombiano y la guerrilla de las FARC-EP*, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho de la Universidad Externado de Colombia.
- Zaffaroni, E. (2020). *Penas ilícitas: Un desafío a la dogmática penal*. Editores del Sur. Buenos Aires.