

# **Convencionalidad de la medida de aseguramiento privativa de la libertad dentro del ordenamiento jurídico colombiano**

*Conventionality of the custodial measure of detention in the Colombian legal system*

**Ricardo Andrés Cano Andrade<sup>1</sup>**

**Carolina García Tarrá<sup>2</sup>**

**Edgardo Manuel Serpa Sua<sup>3</sup>**

## **Resumen**

El presente trabajo investigativo, de carácter cualitativo y jurídico, se encargó de estudiar, a través del análisis documental y la realización de encuestas, la compaginación de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad en relación con los tratados internacionales suscritos por Colombia sobre derechos humanos, en concreto la Convención Americana de Derechos Humanos; a su vez se analizó la constitucionalidad de este tipo de medidas a la luz de la axiología que nutre la carta política colombiana, y se concluyó que la peligrosidad no puede ser

---

<sup>1</sup> Abogado (Universidad de Cartagena). Especialista en Métodos y Técnicas de Investigación Social (CLACSO-FLACSO). Candidato a magister en Desarrollo Humano (FLACSO Argentina). Coordinador e Investigador del Centro de Investigación y Altos Estudios de la Fundación TALID. Docente de la Fundación Universitaria Colombo Internacional. Coordinador del Grupo de Investigación Teoría Jurídica y Derechos Fundamentales PHRONESIS y el grupo de investigación Filosofía del Derecho, Derecho Internacional y Problemas Jurídicos Contemporáneos – PRAGMA. Email: [ricardoandrescanoandrade@gmail.com](mailto:ricardoandrescanoandrade@gmail.com). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5311-4541>

<sup>2</sup> Egresado del Programa de Derecho (Universidad de Cartagena). Investigador adscrito al Centro de Investigación y Altos Estudios de la Fundación TALID y al semillero Germinación y Tutela Penal adscrito al Grupo de Investigación Teoría Jurídica y Derechos Fundamentales PHRONESIS. Coordinador del Centro de Justicia Restaurativa y Mediación Penal de la Fundación TALID. Email: [manuelserpasua@gmail.com](mailto:manuelserpasua@gmail.com). ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4381-9967>

<sup>3</sup> Egresada del Programa de Derecho (Universidad de Cartagena). Investigadora adscrita al Centro de Investigación y Altos Estudios de la Fundación TALID y al semillero Germinación y Tutela Penal adscrito al Grupo de Investigación Teoría Jurídica y Derechos Fundamentales PHRONESIS. Coordinadora del Centro de Justicia Restaurativa y Mediación Penal de la Fundación TALID. Email: [carolinagarcia329@hotmail.com](mailto:carolinagarcia329@hotmail.com). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9987-954X>

un fundamento legítimo para la imposición de una medida de aseguramiento restrictiva de la libertad, desde la panorámica de la constitucionalidad y convencionalidad.

### **Palabras claves**

Constitucionalidad, Convencionalidad, Detención preventiva, Derechos humanos, Medidas de aseguramiento.

### **Abstract**

This research work, of a qualitative and juridical nature, studies, through documentary analysis and surveys, the comparison of custodial measures of detention in relation to the international treaties signed by Colombia on human rights, specifically the American Convention on Human Rights, and analyzes the constitutionality of this type of measures in the light of the axiology that nourishes the Colombian political charter. It is concluded that dangerousness cannot be a legitimate basis for the imposition of an arrest warrant restricting liberty, from the perspective of constitutionality and conventionality.

**Keywords:** Constitutionality, Conventionality, Preventive detention, Human rights, Security measures.

### **Introducción**

La Corte IDH<sup>4</sup> en un trabajo conjunto con la CIDH<sup>5</sup> ha tratado la problemática relativa a la situación de los derechos humanos de las personas privadas de la libertad a partir del análisis de casos y elaboración de informes basados en el contexto penitenciario y carcelario de los Estados pertenecientes a la OEA<sup>6</sup>, teniéndose que “La información recibida durante sus más de cincuenta años ha permitido a estos

---

<sup>4</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos

<sup>5</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos

<sup>6</sup> Organización de los Estados Americanos

organismos construir un verdadero corpus juris del privado de libertad”<sup>7</sup> donde además se han emitido decisiones acerca de las personas que sin estar condenadas, son privadas de su libertad física, como lo son los sindicados. De allí, se han condensado una serie de lineamientos que persiguen evitar situaciones denigrantes que afecten a esta población, como lo puede ser las condiciones de hacinamiento y las privaciones de la libertad arbitrarias. Estos estándares hacen parte de las obligaciones de los Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos, *so pena* de ser condenados internacionalmente en virtud de su incumplimiento o inobservancia y, dado que Colombia como Estado firmante debe acoplar su ordenamiento interno a las referidas exigencias, en procura de no transgredir los derechos humanos de sus asociados, surge la cuestión de si ¿Son compatibles las normas que regulan las medidas de aseguramiento en el sistema penal colombiano frente a los estándares internacionales dispuestos por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos?

Por tanto, el objetivo general del presente escrito consiste en establecer la compatibilidad de las normas que regulan la imposición de una medida de aseguramiento en el sistema penal colombiano, en relación con los estándares que sobre la materia se han dispuesto a través del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Dicho objetivo general será alcanzado a partir del desarrollo de los siguientes objetivos específicos: (I) Determinar el tratamiento jurídico que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos da a las medidas de aseguramiento, haciendo énfasis en el mecanismo de la prisión preventiva. (II) Analizar el marco jurisprudencial y legal que el sistema jurídico colombiano ha desarrollado en torno a las medidas de aseguramiento, especialmente las de carácter intramural. Y (III) ilustrar desde la percepción de algunos funcionarios de la ciudad de Cartagena de

---

<sup>7</sup> CASTRO, Álvaro. Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de imputados y condenados privados de libertad. En: Anuario de Derechos Humanos. Noviembre, 2018. Nro. 14, p. 37. Disponible en: <https://doi.org/10.5354/0718-2279.2018.49161> ISSN: 0718-2279

Indias (Colombia) el tratamiento que en la praxis judicial se les da a las medidas de aseguramiento en cuanto a su imposición y solicitud.

En procura de la consecución de los objetivos mencionados, el presente artículo de investigación se orienta por el método cualitativo y el análisis jurídico dogmático, en lo que respecta a la comparación entre los estándares desarrollados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y las disposiciones pertinentes de la Ley 906 de 2004, para lo cual se usa la metodología del análisis documental y jurisprudencial, producto de las fuentes primarias, las cuales se concretan en la Convención Americana de Derechos Humanos, el Código de Procedimiento Penal Colombiano, las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Suprema de Justicia colombiana. De la misma forma, para realizar una ilustración somera del posible impacto que tiene la normatividad en la utilización de las medidas de aseguramiento, se hará uso de la entrevista semiestructurada como herramienta metodológica aplicada a algunos funcionarios que intervienen en la imposición de medidas de aseguramiento en el área de la ciudad de Cartagena de Indias, Colombia.

## **I. Prisión preventiva en el sistema interamericano de Derechos Humanos**

El derecho a la libertad, tiene un vasto alcance y “plantea un importante abanico de protección”<sup>8</sup> no solo a la luz del derecho internacional sino también del derecho interno de cada Estado, hallándose el amparo del mismo como un principio orientador de los ordenamientos y como parte de los preámbulos de una variedad de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. En una comprensión amplia de este derecho, refiere la Corte IDH que se entiende como “el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social

---

<sup>8</sup> MISURACA, María Rosa. Derecho a la libertad personal. En E. Alonso Regueira (Dir.), La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el derecho argentino, pp. 91-124. Buenos Aires: UBA. Facultad de Derecho. 2013. p.91

conforme a sus propias opciones y convicciones”<sup>9</sup>, siendo que, para el presente escrito, el enfoque se dará a partir de la libertad personal o física como un derecho humano y como un derecho fundamental transversal a todo el sistema jurídico colombiano.

### 1.1. Libertad personal en el derecho internacional

En referencia al plano internacional se encuentra que la garantía del derecho a la libertad física halla su consagración en varios cuerpos normativos, tanto del *soft law* como del *hard law*, sobre esto Podestá menciona que los tratados en materia de derechos humanos “ofrecen medidas de protección, tanto para asegurar que no se limite la libertad personal de forma ilegal o arbitraria como para evitar abusos que pueden sufrir las personas que se encuentren privadas de su libertad”<sup>10</sup>. Así pues, se seleccionarán algunos apartados normativos considerados pertinentes para comprender el alcance que tiene este derecho, esto es, si es absoluto, o si admite en ciertas circunstancias ser limitado a partir de un ejercicio de ponderación.

**Tabla 1.** *Derecho a la libertad personal en el derecho internacional*

INSTRUMENTO INTERNACIONAL	VINCULATORIEDAD	DESCRIPCIÓN	NORMA
---------------------------	-----------------	-------------	-------

<sup>9</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Versus Ecuador. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170

<sup>10</sup> PODESTÁ, Tobías. La prisión preventiva en el contexto internacional. En A. Cabezón (Coord.) Prisión Preventiva en América Latina: Enfoques para Profundizar el Debate, pp. 93-224. Centro de Estudios de Justicia de las Américas. CEJA. Santiago de Chile. 2013. p. 98. Disponible en: <https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/3130/prisionpreventivaenamericalatina.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

<p><b>Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH)</b></p>	<p><i>Soft Law</i></p>	<p>Art. 3:  “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la <b>libertad</b> y a la seguridad de su persona”</p>	<p>Resolución 217 A (III): Adoptada en París (1948) por la Asamblea General de las Naciones Unidas</p>
<p><b>Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)</b></p>	<p><i>Hard Law</i></p>	<p>Art. 7:  1. <b>“Toda persona tiene derecho a la libertad</b> y a la seguridad personales”.  (...)  5. “Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. <b>Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio”</b>.”.</p>	<p>Ley 16 de 1972: Colombia aprueba la CADH, firmada en San José, Costa Rica, en 1969.</p>
<p><b>Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)</b></p>	<p><i>Hard Law</i></p>	<p>Art. 9:  1. <b>“Todo individuo tiene derecho a la libertad</b> y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. <b>Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta”</b>.  (...)  3. “Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. <b>La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe</b></p>	<p>Ley 74 de 1968: Colombia aprueba el PIDCP, firmado en Nueva York, en 1966.</p>

		<p><b>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 momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo”.</b></p>	
--	--	---	--

**Fuente:** elaboración propia con base en la DUDH, la CADH y el PIDCP

Del análisis de las disposiciones antecedentes, se tiene que “la aplicación de la prisión preventiva únicamente debe ser procesada [...] en casos absolutamente extremos y bajo condiciones altamente objetivas y específicas.”<sup>11</sup>. Lo cual implica que el derecho a la libertad personal, si bien no es absoluto, su limitación no debe ser tomada a la ligera por las graves consecuencias que trae en relación con el ejercicio de los demás derechos y libertades de las que son titulares las personas.

Así, de permitirse su restricción, los instrumentos internacionales en cita, demarcan que solo procede en aras de salvaguardar la debida administración de justicia cuando, por ejemplo, se encuentra probado que existe un riesgo de fuga<sup>12</sup> (Olié, 2021), asegurándose la comparecencia del reo, ya sea en las diligencias procesales o para garantizar que el fallo pueda ser ejecutado.

## **1.2. Sistema Interamericano de Derechos Humanos y control de convencionalidad**

Como el objetivo del presente acápite es determinar el tratamiento jurídico que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) da a la prisión preventiva,

<sup>11</sup> COLUNGE VILLACORTA, Jorge. LA PRISIÓN PREVENTIVA Y EL DERECHO INTERNACIONAL. En: Revista Peruana de Derecho Internacional [en línea]. 21 de agosto, 2020. vol. LXX, no. 165 [consultado el 10, agosto, 2023], p. 171-195. P. 3 Disponible en Internet: <<https://doi.org/10.38180/rpdi.v0i0.144>>. ISSN 2663-0222.

<sup>12</sup> OLIÉ, Andrés Aníbal. Función cautelar de la prisión preventiva en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Análisis crítico de la legislación pampeana. En: Perspectivas [en línea]. 1, julio, 2021. vol. 11, no. 2 [consultado el 21, agosto, 2023], p. 86-106. Disponible en Internet: <<https://doi.org/10.19137/perspectivas-2021-v11n2a06>>. ISSN 2545-8566.

inicialmente debe tenerse en cuenta que este último se compone de dos órganos: (I) la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), responsable de aplicar y realizar la labor hermenéutica sobre las disposiciones de la CADH; y (II) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), la cual se encarga de velar por la garantía de los derechos humanos, ofrecer opiniones consultivas, e igualmente realizar informes acerca del cumplimiento o no de las obligaciones internacionales a las que están comprometidos los Estados Parte, en relación con los derechos humanos<sup>13</sup>.

Por ende, serán estas las fuentes de donde se extraerá la información para desarrollar lo relacionado a los estándares erigidos normativa y jurisprudencialmente, los cuales deben seguir tanto los operadores judiciales como el órgano legislador, en atención debida del control de convencionalidad, a partir de la verificación de la compatibilidad entre las normas y prácticas locales o nacionales, su aplicación e interpretación, en lo que concierne con lo dispuesto en la CADH y demás instrumentos internacionales sobre derechos humanos vinculantes para Colombia, siendo que dicho mecanismo de control puede acarrear consecuencias que van desde la exigencia de interpretar el derecho interno acorde a los compromisos internacionales que en materia de derechos humanos existen, hasta la expulsión de una norma del derecho interno por su discordancia con los parámetros internacionales vinculantes<sup>14</sup>.

Se colige que existe el deber del Estado colombiano de mantener una posición activa a la hora de compaginar la creación, aplicación e interpretación de las normas internas frente a los estándares dispuestos no sólo por los tratados sobre derechos

---

<sup>13</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: El qué, cómo, cuándo, dónde y porqué de la Corte Interamericana. Preguntas Frecuentes. Corte IDH. Costa Rica. 2019. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/abccorte/abc/>

<sup>14</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 7: Control de Convencionalidad. Corte IDH. Costa Rica. 2021. p. 3. Disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo7\\_2021.pdf](https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo7_2021.pdf)

humanos sino por los distintos pronunciamientos de la Corte IDH, en lo tocante a la CADH.

### **1.3. Tratamiento de la prisión preventiva en la jurisprudencia de la Corte IDH**

Así pues, habiéndose esbozado someramente lo que implica el principio de convencionalidad, como lo que dispone la CADH y demás instrumentos acerca de la libertad personal, es menester proceder con los fallos de la Corte IDH que interpretan el derecho en cuestión:

□ *Corte IDH. Caso Tibi Vs. Ecuador. Sentencia de 07 de septiembre de 2004. Serie C No. 114:* En esta oportunidad, el Tribunal Internacional recalcó la importancia del principio de presunción de inocencia, y como este “constituye un fundamento de las garantías judiciales”. Por ende, de las obligaciones extraídas del art. 8.2 de la CADH, se entiende que los Estados no pueden limitar la libertad de una persona con objetivos distintos a los de “asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludir la acción de la justicia”. Lo dicho porque la prisión preventiva se caracteriza por ser cautelar mas no punitiva según lo consagrado no solo en la CADH, sino en el PIDCP. Luego, una actuación distinta por parte de las autoridades semejaría a anticipar la pena, infringiendo los principios generales del derecho.

□ *Corte IDH. Caso Bayarri Vs. Argentina. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187:* La Corte reiteró que las autoridades de los Estados, tanto en el decreto de la detención preventiva como en su mantenimiento, deberán indagar sobre la existencia de razón suficiente para ordenar o mantener la restricción de la libertad y dicho fundamento será compatible con la Convención Americana únicamente cuando se construya a partir de la necesidad de impedir que el procesado no obstruya las investigaciones o que este eluda la justicia no compareciendo.

□ *Corte IDH. Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela. Sentencia del 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207:* La Corte resaltó la función cautelar que debe cumplir la prisión preventiva aunado a su carácter excepcional, lo cual conlleva a que la

medida sólo procede cuando no existan otras garantías que cumplan con el objetivo previsto, en otras palabras, esta figura es subsidiaria. El Alto Tribunal, en dicha oportunidad también aseveró que la legitimación de estas medidas se predica “únicamente” cuando se decretan en función de asegurar la comparecencia del procesado o la no obstrucción de las investigaciones, por lo que, si el Estado no fundamenta y acredita dichos requisitos se vulnera la presunción de inocencia y se estaría imponiendo una pena anticipada.

□ *Corte IDH. Caso Andrade Salmón Vs. Bolivia. Sentencia de 1 de diciembre de 2016. Serie C No. 330:* Se mencionó que los únicos propósitos de las medidas de aseguramiento restrictivas de la libertad que son compatibles y admitidos por la CADH son asegurar la comparecencia y la no obstrucción de la investigación. Por otro lado, la medida debe ser (i) absolutamente indispensable, es decir, que sea la única capaz de asegurar la finalidad por la cual se impone, (ii) debe ser proporcional, lo cual implica que la ventaja al imponerla sea mucho mayor a lo que implique la restricción del derecho.

□ *Corte IDH. Caso Jenkins Vs. Argentina. Sentencia de 26 de noviembre de 2019. Serie C No. 39761:* Se expuso que la prisión preventiva debe ser última ratio por lo gravosa que es para los derechos del imputado, en consecuencia, la libertad es la regla general. En esta ocasión, se reiteró que la prisión preventiva sólo es dable cuando haya riesgo en el logro de los fines del proceso y procede con el fin de evitar que el sindicado eluda las actuaciones de la administración de justicia o la investigación del delito.

La importancia de estos pronunciamientos, tal como lo ilustra Olié, radica en que “todos los funcionarios públicos están obligados a tomar como criterio relevantes dichos baremos en el ejercicio de sus funciones, especialmente el legislador local que tiene la obligación de conformar su actividad a las normas de jerarquía

superior”<sup>15</sup>. Así, surge una importante premisa para la aplicación legítima y justificada de una medida de aseguramiento de “función procesal y no sancionatoria”<sup>16</sup> y es que esta solo puede imponerse con la finalidad de evitar que el procesado obstruya la investigación de los delitos que han sido imputados, por ejemplo, destruyendo pruebas o amenazando testigos para que estos no declaren, o también, puede aplicarse para asegurar la comparecencia del reo cuando se halle acreditado que existe riesgo de fuga.

Son solo estas dos las causales compatibles y legitimadas por la CADH, entonces, partiendo de la base que la regla general es la libertad y su restricción solo procede excepcionalmente, no está acorde a los estándares internacionales que los Estados Parte avalen otras causales ampliando el espectro de hipótesis en las cuales los funcionarios soliciten y decreten la aplicación de estas medidas, pues resulta una transgresión no solo de la libertad personal sino de otros derechos humanos en virtud del principio de interdependencia e indivisibilidad<sup>17</sup>.

Asimismo, tras verificarse que existe alguno de estos riesgos procesales, esa situación *per se*, no es meritoria para la procedencia de la prisión preventiva, puesto que su carácter sigue siendo excepcional y de *ultima ratio*<sup>18</sup>, en ese sentido, debe emplearse el principio de necesidad y de proporcionalidad, lo cual conlleva a que la

---

<sup>15</sup> OLIÉ, Andrés Aníbal. Precautionary role of preventive prison in the Inter-american System of Human Rights : Critical analysis of the legislation of La Pampa. En: Perspectivas [en línea]. 1, julio, 2021. vol. 11, no. 2 [consultado el 21, agosto, 2023], p. 86-106. p. 24 Disponible en Internet: <<https://doi.org/10.19137/perspectivas-2021-v11n2a06>>. ISSN 2545-8566.

<sup>16</sup> CASTRO MORALES, Álvaro Esteban. Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de imputados y condenados privados de libertad. En: Anuario de Derechos Humanos [en línea]. 8 de noviembre, 2018. no. 14 [consultado el 21, agosto, 2023], p. 49. Disponible en Internet: <<https://doi.org/10.5354/0718-2279.2018.49161>>. ISSN 0718-2279.

<sup>17</sup> SERRANO, Sandra y VÁZQUEZ, Luis Daniel. Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica. En: La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma [en línea]. México: UNAM, 2011 [consultado el 10, agosto, 2023]. p. 135-165. Disponible en Internet: <<http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/32155>>. ISBN 9786070227691.

<sup>18</sup> Organización de los Estados Americanos. Cuadernillo De Jurisprudencia De La Corte Interamericana De Derechos Humanos N° 8: Libertad Personal [en línea]. 2017. p. 7. 2011 [consultado el 10, agosto, 2023]. p. 135-165. Disponible en Internet: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo8.pdf>

medida de aseguramiento que se aplique sea la menos gravosa posible, y al ser la prisión preventiva la más transgresora del derecho a la libertad personal, solo se legitima cuando no haya otra opción plausible para solventar las eventuales vicisitudes.

De no obedecerse dichos criterios se estaría vulnerando la presunción de inocencia por la imposición de una pena anticipada, puesto que existe “dificultad para la diferenciación desde el punto de vista práctico, de la injerencia en los derechos del privado de libertad, entre la prisión preventiva y la pena privativa de libertad”<sup>19</sup>, siendo que su distinción radica únicamente en la situación jurídica de la persona privada de la libertad, no obstante, si se analiza la realidad de los centros penitenciarios, se halla que las condiciones en las que son sometidas las personas condenadas y a quienes apenas están procesando, son las mismas<sup>20</sup>.

#### **1.4. Comisión Interamericana de Derechos Humanos: informe sobre prisión preventiva**

En cuanto a lo dicho por la CIDH, se encuentra un informe emitido en el año 2013 sobre las causas y consecuencias que rodean la prisión preventiva, especialmente en el caso de los Estados americanos, en el cual la CIDH recordó, de forma muy concreta, los parámetros internacionales vinculantes, que se han consolidado

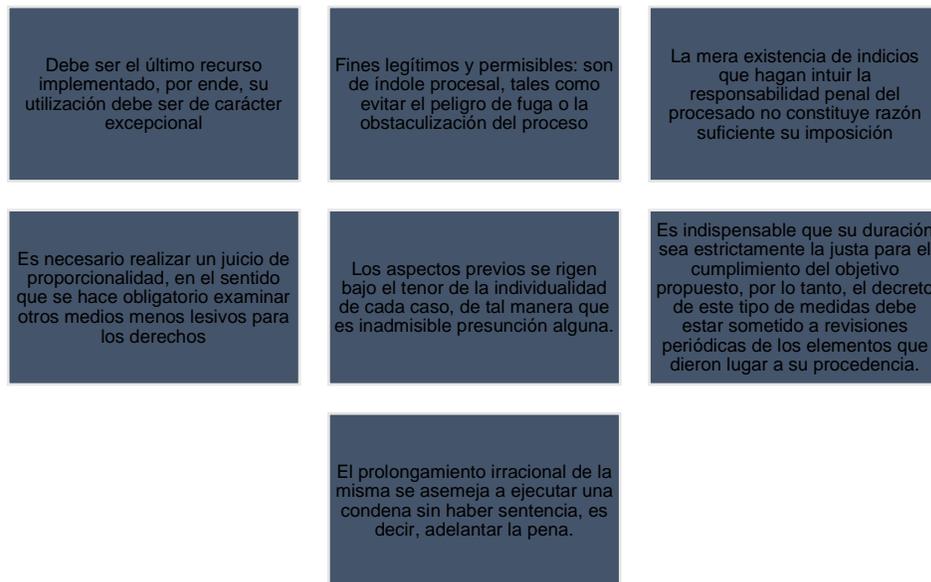
---

<sup>19</sup> LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. La prisión preventiva y la presunción de inocencia según los órganos de protección de los derechos humanos del sistema interamericano. En: REVISTA IUS [en línea]. 7, diciembre, 2016. vol. 3, no. 24 p. 124 [consultado el 21, agosto, 2023]. Disponible en Internet: <<https://doi.org/10.35487/rius.v3i24.2009.202>>. ISSN 1870-2147.

<sup>20</sup> MANCIPE TRIVIÑO, Karen Angélica. El Hacinamiento Carcelario: La Vulneración De Garantías Procesales Y Derechos Fundamentales Para Sindicados Y Condenados Recluidos En Una Misma Institución Penitenciaria En Colombia [en línea]. Trabajo de grado para optar el título de abogado. Bogotá: UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA, 2016 [consultado el 16, agosto, 2023]. 56 p. Disponible en Internet: <[https://repository.ugc.edu.co/bitstream/handle/11396/5273/Hacinamiento\\_carcelario\\_vulneración\\_garantías.pdf?sequence=1](https://repository.ugc.edu.co/bitstream/handle/11396/5273/Hacinamiento_carcelario_vulneración_garantías.pdf?sequence=1)>.

alrededor de la misma, a partir de los tratados y los pronunciamientos de los tribunales internacionales de derechos humanos:

**Ilustración 1.** *Parámetros internacionales vinculantes sobre la solicitud y decreto de la detención preventiva*



**Fuente:** elaboración propia con base en CIDH (2013).

## **II. Medidas de aseguramiento en el procedimiento penal colombiano**

El bloque de constitucionalidad previamente expuesto remite a la protección nacional que a nivel constitucional y legal goza el derecho a la libertad para lo cual es pertinente hacer referencia al art. 28 superior que, compaginado con los estándares internacionales, señala la libertad de las personas como la regla general

y su restricción solo “en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley”. Igualmente, la Corte Constitucional se ha pronunciado acerca de las medidas de aseguramiento, señalando que estas “no pueden convertirse en un mecanismo indiscriminado, general y automático, sino estrictamente excepcional”<sup>21</sup> amparando, en protección del mandato superior, los derechos y libertades de los asociados, y esencialmente, garantizando la dignidad humana. Dicho carácter excepcional se encuentra reflejado igualmente en disposición expresa de la Ley 906 de 2004 (art. 295) y de modo similar, la Fiscalía General de la Nación exige constantemente el acatamiento de esta máxima<sup>22</sup>.

Así, en cumplimiento de lo antecedente, el constituyente derivado ha instituido una serie de disposiciones (Arts. 295, 296, 308 y 313 de la Ley 906/2004) que indican los requisitos generales y específicos para poder solicitar y, posteriormente decretar, la imposición de medidas de aseguramiento intramurales, las cuales deben estar encaminadas a perseguir los fines constitucionales predispuestos a la par de ser necesarias, adecuadas, proporcionales y razonables en relación con dichos fines. Estas exigencias se verifican concatenadamente, es decir a falta de una resulta innecesario el análisis de las siguientes, puesto que la medida ya no resultaría procedente.

Por lo tanto, se observa cómo el legislador colombiano, se ha decantado por la aplicación de un derecho penal que armonice las leyes represivas con los límites propios de las garantías fundamentales traídas del derecho constitucional de un Estado Social de Derecho<sup>23</sup>, de tal manera que dentro del Estado colombiano no es jurídicamente dable la transgresión de derechos fundamentales, salvo en los casos

---

<sup>21</sup>Corte Constitucional, Sentencia C-695/13, Bogotá. 2013.

<sup>22</sup> Tal como lo indica la directiva No. 1 de 2020 emitida por la Fiscalía General de la Nación, la Sentencia C-469/16 de la Corte Constitucional y el AP2761-2020. Rad. 54938 de la Corte Suprema de Justicia.

<sup>23</sup> FERRAJOLI, Luigi. El paradigma garantista: Filosofía Crítica del Derecho Penal. Trotta. Madrid. 2018.

de extrema necesidad, siempre y cuando se esté dentro de los parámetros de lo proporcional en procura de la consecución de un fin legítimo. Precisamente, dada la naturaleza represiva de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad, se ha impuesto como traba a su decreto, el cumplimiento y constatación de estrictos requisitos de procedencia.

## II.1. Requisitos de procedencia

La medida de aseguramiento debe perseguir la consecución de un **fin constitucional**. Sobre esto, el art. 250(1) de la Constitución señala en cabeza de la Fiscalía la potestad (más no la obligación) de solicitar ante el juez de control de garantías, las medidas de aseguramiento que sean idóneas para la persecución de los siguientes fines constitucionales<sup>24</sup>: (i) asegurar la comparecencia de los imputados al proceso penal, (ii) conservar las pruebas y, (iii) proteger a la comunidad, en especial a las víctimas. Por consiguiente, se constituye “esta norma superior en el fundamento específico de las medidas cautelares personales”<sup>25</sup>. Además, con fundamento en el art. 308 del CPP, la petición de la medida solo debe prosperar cuando la Fiscalía, recaudando y analizando los Elementos Materiales Probatorios (EMP), evidencia física e información legalmente obtenida pueda construir una **inferencia razonable** que indique la existencia y autoría (o participación) de la conducta punible. Una vez verificada la observancia de ese nivel de conocimiento se debe indagar sobre la **necesidad** de la medida de aseguramiento en atención al cumplimiento de los fines constitucionales.

---

<sup>24</sup> La víctima también está habilitada para solicitar medida de aseguramiento ante el juez de control de garantías, según lo dispone el art. 306 de la Ley 906/2004

<sup>25</sup> DEL RÍO, Enrique. Constitución y medida de aseguramiento en el marco de la ley 906 de 2004. En: Academia y Derecho [en línea]. 1, junio, 2010. vol. 1, no. 1. p. 44 [consultado el 3, agosto, 2023], p. 41-56. Disponible en Internet: <<https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/academia/article/view/2368>>.

En desarrollo de este último punto, la Corte Suprema de Justicia<sup>26</sup> señaló que deben apreciarse, tanto por quien solicita la medida, como por el juez que accede a la pretensión, ciertos factores para determinar si la medida es necesaria en relación con fin constitucional perseguido, dichos factores se dividen en dos tipos:

(a) Procesales: se tienen en cuenta cuando se quiere que el procesado no obstruya la justicia -por ejemplo, mediante la afectación de la actividad probatoria- o cuando se quiere asegurar su comparecencia, en ese sentido, se entiende necesaria la medida solo si existen motivos graves y fundados de que el comportamiento indeseado ocurra.

(b) No procesales: se evalúan cuando lo que se persigue es la protección de la víctima o de la comunidad, entendiéndose como necesaria la medida cuando se avizore, en el imputado, la “posibilidad de reiteración de la conducta o comisión de otras”, o “pueda inferirse razonablemente que atentará contra la víctima, sus familiares o sus bienes”<sup>27</sup>. Sobre la apreciación de esos factores no procesales, se extrae entonces que, en ese escenario, el enfoque del debate se traslada “a los temas del comportamiento social del imputado”<sup>28</sup>. Sobre este asunto se volverá a argüir más adelante.

Pues entonces, valorado los aspectos anteriores, será labor de la Fiscalía indagar sobre las medidas legalmente permitidas y los requisitos específicos que se exigen para su procedencia según las reglas que dispone el Código de Procedimiento Penal. Así pues, en obediencia al principio de legalidad, debe verificarse el **aspecto objetivo** que requiere la solicitud e imposición de la medida: Así, tratándose de la

---

<sup>26</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. AP2761-2020. Radicación N° 54938. (Aprobado Acta N° 214). Bogotá D.C., catorce (14) octubre de dos mil veinte (2020)

<sup>27</sup> *Ibíd.*

<sup>28</sup> BERNAL CUÉLLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. El proceso penal. 6a ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013. 1092 p. 526

medida de aseguramiento no privativa de la libertad<sup>29</sup>, se estipula como requisito adicional para su imposición: (i) que se trate de delitos cuya pena principal no sea privativa de la libertad, o (ii) que se trate de delitos querellables, o (iii) cuando el mínimo de la pena señalada en la ley sea inferior a cuatro (4) años (art. 315, CPP) Siempre teniéndose en cuenta la razonabilidad y la proporcionalidad de la medida solicitada en lo atinente al cumplimiento de las finalidades constitucionales previstas. El análisis de este tipo de medidas no privativas es esencial porque la procedencia de las medidas privativas de la libertad está supeditada a que todo el catálogo de las aquellas resulte insuficiente frente a la finalidad constitucional (Parágrafo 2° del art. 307 y art. 308 del CPP). En cambio, si las medidas no privativas de la libertad son insuficientes y es necesaria la detención preventiva en establecimiento carcelario, su aplicación solo procederá si se trata de uno de los casos contemplados en el art. 313 del CPP<sup>30</sup>.

Por último, la Directiva No. 1 de 2020<sup>31</sup> indica que aquellos casos en donde se analice la aplicación de la detención preventiva es necesario hacer un **test de proporcionalidad**, lo cual exige la verificación de los siguientes presupuestos:

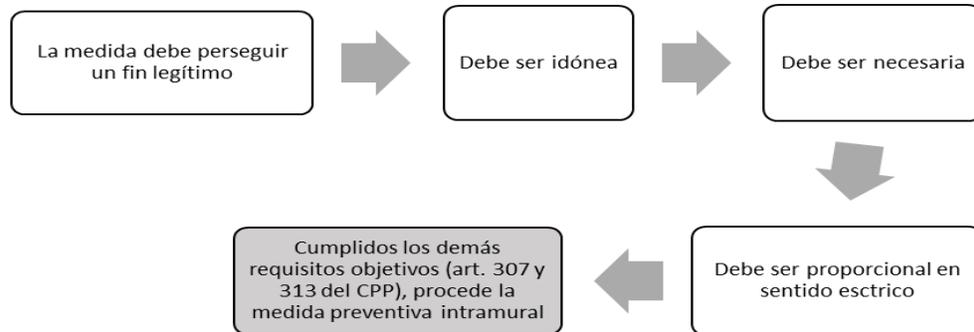
---

<sup>29</sup> Entre las que se encuentran las obligaciones de someterse a un mecanismo de vigilancia electrónica; de someterse a la vigilancia de una persona o institución determinada; de presentarse periódicamente o cuando sea requerido ante el juez o ante la autoridad que él designe, entre otras.

<sup>30</sup> “1. En los delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados. 2. En los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro (4) años. 3. En los delitos a que se refiere el Título VIII del Libro II del Código Penal, cuando la defraudación sobrepase la cuantía de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes. 4. Cuando la persona haya sido capturada por conducta constitutiva de delito o contravención, dentro del lapso de los tres años anteriores, contados a partir de la nueva captura o imputación, siempre que no se haya producido la preclusión o absolución en el caso precedente”.

<sup>31</sup> Fiscalía General de la Nación

**Ilustración 2. Presupuestos para la aplicación de la detención preventiva en establecimiento carcelario**



**Fuente:** elaboración propia con base en la Directiva No. 1 (FGN, 2020)

La medida de aseguramiento intramural, (a) *debe perseguir un fin legítimo*, sea la protección de la comunidad o la víctima, salvaguardar material probatorio o asegurar la comparecencia del imputado al proceso; (b) *debe ser idónea*; en el sentido que garantice la obtención del fin que la legítima; (c) *debe ser necesaria*, reiterando la importancia que tiene en este punto el comportamiento social y procesal del imputado, y (d) *proporcional en sentido estricto*, por medio del cual se realiza una ponderación entre la libertad de la persona procesada y el fin constitucional perseguido, para determinar cuál debe prevalecer en el caso concreto. Se aclara que dicho test de proporcionalidad se refiere a la interdependencia que existe entre los presupuestos, su verificación se realiza de manera concatenada y, a falta de alguno, la solución es abstenerse de decretar la medida sin que sea necesario indagar sobre los demás, puesto que se deslegitima la misma.

### **2.1. Compatibilidad de los requisitos exigidos en Colombia para la imposición de la medida de aseguramiento intramural frente a los estándares internacionales**

En Colombia se ha entendido que la “medida de aseguramiento tiene un carácter preventivo, mientras se determina la responsabilidad, sin que ello constituya la

imposición de una sanción penal, habida cuenta que su naturaleza es cautelar y **con carácter meramente instrumental o procesal**, mas no punitivo”<sup>32</sup>.

No obstante, sin destacarse los aciertos del legislador al establecer el régimen de libertad y su restricción, lo cierto es que en ese proceso de lograr que las medidas de aseguramiento sean de carácter excepcional, se ha establecido un requisito de procedencia, en concreto el concerniente a la protección de la víctima y/o la sociedad, que posibilita solicitar y decretar, legítimamente, la detención preventiva en un número mayor de hipótesis que las establecidas restrictivamente por los estándares internacionales aplicables en Colombia.

Para ilustrar de mejor manera este desacuerdo se optará por presentar un párrafo comparativo.

**Tabla 2.** *Discordancia entre la regulación colombiana sobre la detención preventiva y los estándares internacionales*

Regulación Interna	Incompatibilidad
Es fin de la detención preventiva “la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas” (Art. 250 CN; Arts. 308, 310 y 311 del CPP)	En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), no se admite dicho fin constitucional por no tener carácter procesal, “se deben desechar todos los demás esfuerzos por fundamentar la prisión durante el proceso basados, por ejemplo, en fines preventivos como la peligrosidad del imputado, la posibilidad de que cometa delitos en el futuro o la repercusión social del hecho, no sólo por el principio enunciado [pro homine] sino, también, porque se apoyan en criterios de derecho penal material, no procesal, propios de la respuesta punitiva. Ésos son criterios basados en la evaluación del hecho pasado, que no responden a la finalidad de toda medida cautelar por medio de la cual se intenta prever o evitar hechos que hacen, exclusivamente, a cuestiones procesales del objeto de la investigación y se viola, así, el principio de inocencia.” <sup>33</sup> .
<p style="text-align: center;"><b>Estándar Internacional</b></p> “Los fines legítimos y permisibles de la detención preventiva deben tener carácter procesal” (CIDH,	

<sup>32</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-695/13. 2013

<sup>33</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe No. 86/09. Caso 12.553. 2009

2013; CADH, art. 7; PIDCP, art. 9)	No obstante, contrario al estándar, que surgió incluso con anterioridad a la Carta Política colombiana, el legislador primario estipuló dicho fin constitucional, incumpléndose el debido control de convencionalidad, al no verificarse la compatibilidad o armonía de esta disposición frente a la CADH.
------------------------------------	--

**Fuente:** Elaboración propia con base en la CIDH y el derecho procesal penal colombiano (Ley 906 de 2004).

Además de lo referido en la Tabla 2, se divisa la existencia de una antinomia de índole constitucional dado que emerge una contraposición entre los artículos 29 y 250 de la Constitución Política de Colombia. En la primera norma referida se denota el erguimiento del “derecho penal de acto”, el cual consiste en que una persona solo será juzgada a partir del hecho investigado; por medio de la adopción de dicho precepto se materializa el principio de culpabilidad adscribiéndose de esta manera el sistema jurídico penal colombiano a una filosofía propia del derecho penal liberal que se caracteriza por la tutela y protección de garantías iusfundamentales, y por cimentar la imposición de la pena en el actuar autónomo y libre de las personas<sup>34</sup>, es decir que las conductas humanas no están determinadas biológicamente, como se llegó a pensar durante el positivismo-biologista<sup>35</sup>, sino que son emanaciones de la libertad y por ende, pueden ser moldeadas a voluntad del sujeto sin límites diferentes a los físicos, por lo tanto, el ser humano se guía bajo el indeterminismo en tanto a su acción y culpabilidad<sup>36</sup>. Así pues, un derecho penal de estas características concibe a las personas en pugna con la ley penal como sujetos normales, los cuales deben ser considerados con base a su dignidad.

Por otro lado, el artículo 250 de la Constitución Política de Colombia estipula una cláusula que contraría el derecho penal de acto puesto que la legitimidad para

<sup>34</sup> CARRARA, Francesco. Programa de derecho criminal. Tomo 1 México: Editorial Jurídica Continental, 2000.

<sup>35</sup> LOMBROSO, Cesare. Los Criminales. Perú: Ediciones Jurídicas Olejnik, 2013.

<sup>36</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal: Parte General. 2ª ed. Madrid: Civitas, 2014.

trasgredir la libertad de la persona, a título de medida cautelar, es dada a partir de las calidades personales del infractor, siendo que se toman dichas valoraciones del sujeto como una forma de medición para determinar la represión penal, aun cuando estas posturas peligrosistas, son propias de modelos estatales tiránicos<sup>37</sup> materializándose así el conocido “derecho penal del enemigo” que divide la sociedad en dos, entre las personas de bien y aquellos anormales que representan un peligro y por ello, se debe procurar por la defensa social a costa del respeto de las garantías fundamentales<sup>38</sup>.

Esclarecido dicho panorama de contradicción surge como interrogante cuál norma debe prevalecer; la lógica indicaría el deber de recurrir a los principios generales del derecho y así poder resolver el conflicto, los cuales establecen que para resolver antinomias se debe hacer uso del criterio de superioridad o primacía jerárquica, el cual, inicialmente, pareciera que debería descartarse, dado que las dos normas en contravía son de igual jerarquía, en específico, de rango constitucional, sin embargo, aun cuando este sea un único texto normativo, dentro del mismo existe una jerarquización interna: La Constitución está estructurada por dos grandes partes: (I) una sustantiva o axiológica que forma la ontología de la norma superior y, (II) una orgánica que establece la organización del Estado. Frente a la primera se encuentran los principios, los cuales, según lo viene pregonando el “principalísimo constitucional”, son mandatos de optimización con una pretensión de corrección<sup>39</sup>, consagrándose dentro de ellos, los mismos derechos fundamentales que funcionan como un valor dentro del ordenamiento jurídico. En ese sentido, ante una pugna entre la parte orgánica y la parte sustantiva, es indiscutible que la parte sustantiva debe primar, dado que es esta la generadora de la individualidad, autonomía y caracterización de las diferentes cartas políticas.

---

<sup>37</sup> PEREZ, Luis Carlos. Tratado de Derecho Penal. Tomo 2. Bogotá. Temis. 2009

<sup>38</sup> FERRI, Enrico. Defensas Penales. Bogotá. Librería Siglo XX. 1944.

<sup>39</sup> ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Bogotá. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2007.

Recayendo a la pregunta objeto de estas disertaciones, el artículo 29 se encuentra dentro de los derechos fundamentales, los cuales no son otra cosa que la positivización de los derechos humanos. Aunado a esto, se tiene que el art. 93, de la Constitución nacional estipula la primacía de los derechos humanos sobre todo el ordenamiento jurídico, a tal punto, que ni siquiera dentro de un estado de excepción pueden limitarse. Por lo tanto, si se toma en cuenta la axiología que nutre el art. 29 superior que fundamenta el derecho penal de acto en Colombia aunado a los postulados de la CADH junto con los pronunciamientos de la Corte IDH en materia de detención preventiva y los informes de la CIDH que restringen la posibilidad de aplicar medidas de aseguramiento únicamente para la consecución de fines procesales, se obtiene que **en el ordenamiento jurídico nacional, el fin de peligro a la comunidad o a la víctima no es constitucional -pues contraviene la axiología de la misma Carta Política- ni mucho menos convencional, en el sentido que responde a la filosofía del derecho penal del enemigo contraria a las promesas dadas en un Estado Social y Democrático de Derecho y por ende, desobedece a los estándares internacionales vistos.**

### **III. Muestreo sobre la solicitud y decreto de medida de aseguramiento en el circuito judicial de Cartagena**

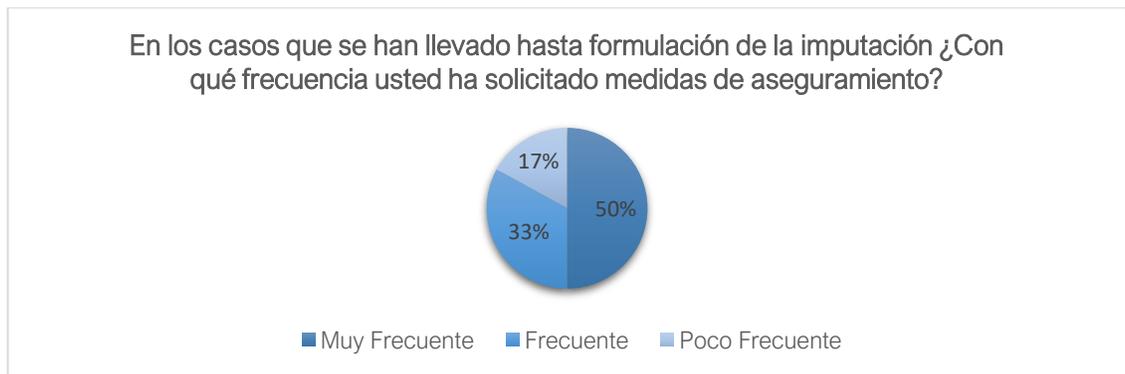
Para analizar el impacto que tiene el panorama anteriormente ilustrado en la praxis judicial se empleó la encuesta<sup>40</sup> como herramienta metodológica para indagar sobre la percepción de los fiscales, como funcionarios que tienen la facultad de solicitar medidas de aseguramiento, en concreto, aquellos que se encuentran adscritos al circuito judicial de la Ciudad de Cartagena de Indias y pertenecen a la categoría de seccionales, siendo 38, dado que estos conocen la mayoría de delitos que objetivamente permiten la imposición de este tipo de medidas. Para lo fines

---

<sup>40</sup> El diseño de las encuestas, así como su toma y resultados, son producto del desarrollo del proyecto de investigación "Derecho y sociedad: miradas jurídico-dogmáticas de la aplicación del derecho penal en la población colombiana" ejecutado por Edgardo Manuel Serpa Sua & Carolina García Tarrá, estudiantes de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Cartagena, quienes los hicieron extensivos a este escrito.

pertinentes de la investigación se realizó un muestreo no probabilístico bajo la fórmula<sup>41</sup>  $m = \frac{N}{(N-1)k^2+1}$ . Siendo que la población total bajo estudio es de 38, una vez reemplazados los valores y desarrollada la fórmula, se tiene que la muestra se redondea en 6 sujetos, teniendo un margen de acierto del 60%. Realizadas las encuestas se obtuvieron los siguientes datos:

### Ilustración 3. Primera Pregunta

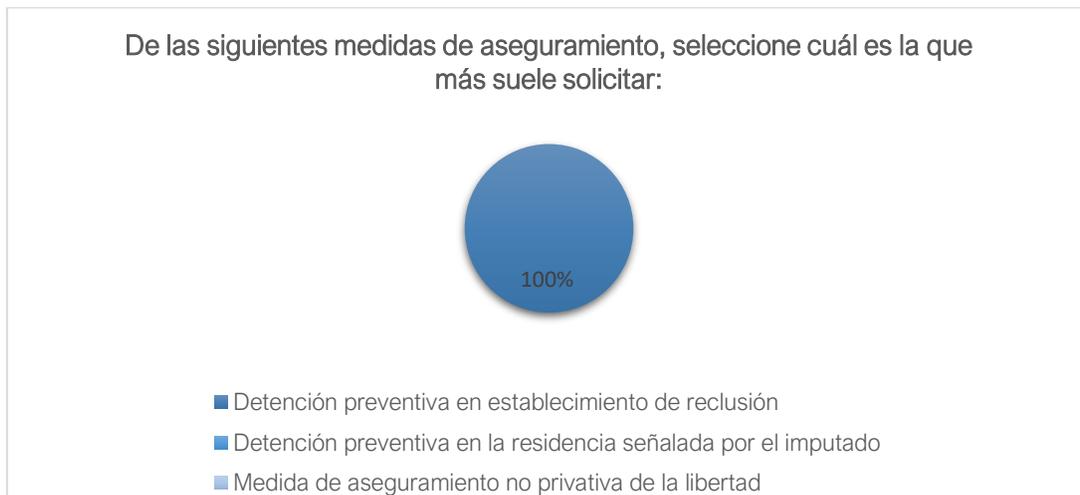


**Fuente:** elaboración propia según los datos obtenidos.

---

<sup>41</sup> En donde “m” es igual a muestra, “N” a población o universo y “K” margen de error, para la presente investigación se toma un margen de acierto del 60%

#### Ilustración 4. Segunda Pregunta



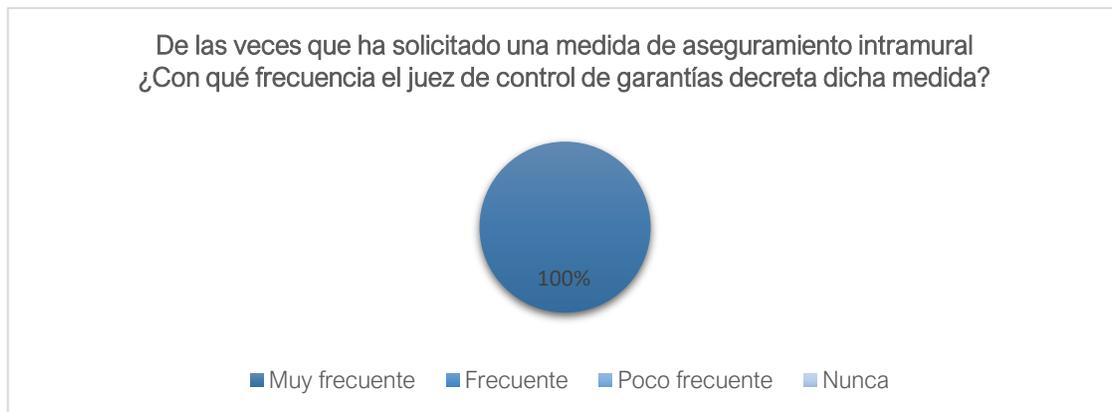
**Fuente:** elaboración propia según los datos obtenidos.

#### Ilustración 5. Tercera Pregunta



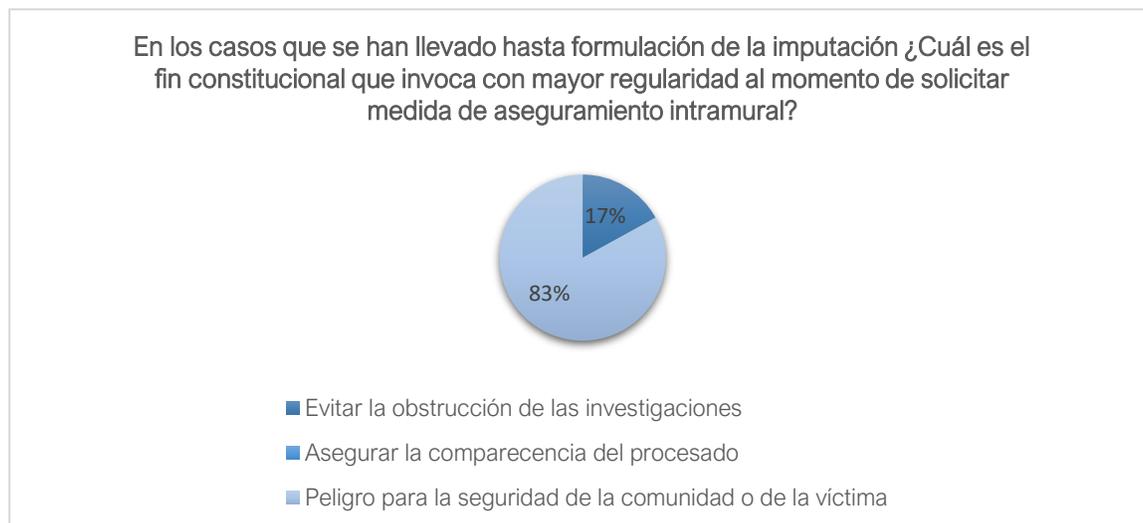
**Fuente:** elaboración del propia según los datos obtenidos.

### Ilustración 6. Cuarta Pregunta



**Fuente:** elaboración del propia según los datos obtenidos.

### Ilustración 7. Quinta Pregunta



**Fuente:** elaboración del propia según los datos obtenidos.

De las gráficas observadas se pueden obtener las siguientes hipótesis (I) las medidas de aseguramiento, aunque deberían ser de aplicación excepcional, son solicitadas de manera muy frecuente por la mitad de los funcionarios encuestados. (II) La medida de aseguramiento que más se pide imponer es la privativa de la libertad aun cuando esta debería ser la *última ratio* en vista de su carácter gravoso para los derechos humanos. (III) Aunado a la petición excesiva por parte de los Fiscales, la imposición de la medida de aseguramiento intramural decretada por los jueces de control de garantías es igualmente habitual lo cual implica, de manera inicial, que su uso se encuentra normalizado en la praxis judicial. (IV) la función constitucional invocada en mayor medida por los fiscales para solicitar la medida de aseguramiento es la función de protección de la sociedad, y en especial, protección de la víctima.-Estos datos, de ninguna manera enfocan el objeto de la crítica en los funcionarios judiciales sino en las normas adjetivas que regulan el régimen de la libertad y sus restricciones. Así, se ve como el fin constitucional de protección a la comunidad y a la víctima, el cual contraría las exigencias internacionales y la propia axiología de la Carta Política, es el que tiene mayor usanza en la práctica judicial, quiere decir que éste indudablemente amplía el abanico de hipótesis en las cuales resulta procedente una medida de aseguramiento intramural, lo cual haría razonable pensar que de eliminarse dicho fin constitucional como fundamento para la detención preventiva, se podría dar un paso más para cumplir los estándares dados por la Corte IDH, puesto que sería dable presumir una disminución en los casos que procede su aplicación dado que los operadores judiciales no podrían justificar o legitimar medidas de aseguramiento afincándose en el peligrosismo, fundamento que actualmente utilizan en la mayoría de los casos.

## **Conclusiones**

De las apreciaciones esbozadas, se colige que el Estado colombiano se encuentra transgrediendo derechos humanos ilegítimamente al establecer como función de la medida de aseguramiento proteger a la comunidad y en especial a la víctima, incumpliendo flagrantemente las obligaciones internacionales contraídas en el Convención Americana de Derechos Humanos. La privación de la libertad en procura de proteger a la comunidad y a la víctima atiende a postulados peligrosistas y configura la detención preventiva como una pena anticipada en la medida que se impone por fundamentos no procesales sino materiales, es decir, se construye el argumento legitimador de la misma a partir de indagar sobre posibles actos futuros del sindicado, más no por el acto que efectivamente se le está investigando, siendo que su actuar delictivo previo se interpreta como un indicio en su contra que se torna en una presunción de criminalidad, para lo cual, se solicita y decreta la medida privativa de la libertad, en procura de proteger a la sociedad de ese ser “peligroso”, nada más contrario al respeto de la dignidad del individuo y los derechos humanos. De esta manera se concluye que el proclamado fin legitimador, es de hecho, inconstitucional, por su oposición al derecho penal de acto como un axioma de la Carta Política colombiana y tampoco supera el control de convencionalidad por contrariar la CADH y los pronunciamientos que al respecto ha emitido la Corte IDH y la CIDH, los cuales consideran taxativamente que los únicos fines que pueden legitimar las medidas de aseguramiento intramurales son aquellos de índole procesal, como asegurar la comparecencia del procesado o que este no obstruya la investigación penal que se estuviere adelantando.

Lo aludido es importante y tiene fuertes efectos en la práctica judicial debido a que de las encuestas graficadas se obtuvo un nexo entre el hacinamiento que hoy en día sufre la población carcelaria y la estipulación de la protección a la víctima y/o la comunidad como el fundamento legitimador de la detención preventiva en Colombia pues la mayoría de los fiscales encuestados invocan el peligro a la comunidad y especialmente a la víctima, como fin legitimador para solicitar la medida de

aseguramiento, la cual, de manera muy frecuente, es decretada por el juez municipal de control de garantías.

Por las razones invocadas es imperioso que los jueces de instancia den aplicación al art. 4° constitucional por medio de la excepción de inconstitucionalidad, siempre que un fiscal alegue como razón única para la imposición de la medida de aseguramiento la peligrosidad del sujeto dado que dicha solicitud transgrede la axiología adoptada por el constituyente primario, además de poner en entredicho el modelo de derecho penal de acto adoptado por Colombia.

Finalmente, debido a que el Estado colombiano tiene la obligación de adaptar el ordenamiento interno en virtud de los estándares internacionales, se hace indispensable reformar el Código de Procedimiento Penal, y la Constitución Política de Colombia, por medio de un acto legislativo, en procura de que sea eliminada la protección a la comunidad y a la víctima como fin constitucionalmente válido para la imposición de medidas privación preventiva de la libertad, y en general para cualquier medida de aseguramiento, dado que dicha justificación no lleva inmersas las exigencias globales, predicables a los fines procesales, en el sentido que no se pretende mantener la inanidad del proceso, sino retirar del tejido social al imputado por considerarlo un peligro para la comunidad cual animal fiero. Así pues, la protección a la comunidad y a la víctima como justificación para la imposición de una medida de aseguramiento intramural, aunque aparentemente “constitucional”, no es convencional.

## Referencias

Castro, álvaro. estándares de la corte interamericana de derechos humanos en materia de imputados y condenados privados de libertad. en: anuario de derechos humanos. noviembre, 2018. nro. 14, p. 37. disponible en: <https://doi.org/10.5354/0718-2279.2018.49161> issn: 0718-2279

Misuraca, maría rosa. Derecho a la libertad personal. en e. Alonso regueira (dir.), la convención americana de derechos humanos y su proyección en el derecho argentino, pp. 91-124. Buenos aires: uba. facultad de derecho. 2013. p.91.

Corte interamericana de derechos humanos. caso chaparro álvarez y lapo ñíguez versus. Ecuador. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. serie c no. 170

Podestá, Tobías. la prisión preventiva en el contexto internacional. en a. cabezón (coord.) prisión preventiva en América latina: enfoques para profundizar el debate, pp. 93-224. centro de estudios de justicia de las américas. ceja. Santiago

de Chile. 2013. p. 98. disponible en:  
<https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/3130/prisionpreventivaenamericalatina.pdf?sequence=1&isallowed=y>

Colunge villacorta, Jorge. la prisión preventiva y el derecho internacional. en: revista peruana de derecho internacional [en línea]. 21 de agosto, 2020. vol. lxx, no. 165 [consultado el 10, agosto, 2023], p. 171-195. p. 3 disponible en internet: <<https://doi.org/10.38180/rpdi.v0i0.144>>. issn 2663-0222.

Olié, Andrés Aníbal. La función cautelar de la prisión preventiva en el sistema interamericano de derechos humanos: análisis crítico de la legislación pampeana. en: perspectivas [en línea]. 1, julio, 2021. vol. 11, no. 2 [consultado el 21, agosto, 2023], p. 86-106. disponible en internet: <<https://doi.org/10.19137/perspectivas-2021-v11n2a06>>. issn 2545-8566.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. abc de la corte interamericana de derechos humanos: el qué, cómo, cuándo, dónde y porqué de la corte interamericana. preguntas frecuentes. corte idh. Costa rica. 2019. disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/abccorte/abc/>

Corte Interamericana de Derechos Humanos, corte idh. cuadernillo de jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos no. 7: Control de convencionalidad. corte idh. costa rica. 2021. p. 3. disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo7\\_2021.pdf](https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo7_2021.pdf)

Olié, Andrés Aníbal. precautionary role of preventive prison in the inter-american system of human rights : critical analysis of the legislation of la pampa. en:

perspectivas [en línea]. 1, julio, 2021. vol. 11, no. 2 [consultado el 21, agosto, 2023], p. 86-106. p. 24 disponible en internet: <<https://doi.org/10.19137/perspectivas-2021-v11n2a06>>. issn 2545-8566.

Castro morales, alvaro esteban. estándares de la corte interamericana de derechos humanos en materia de imputados y condenados privados de libertad. en: anuario de derechos humanos [en línea]. 8, noviembre, 2018. no. 14 [consultado el 21, agosto, 2023], p. 49. disponible en internet: <<https://doi.org/10.5354/0718-2279.2018.49161>>. issn 0718-2279.

Serrano, Sandra y Vázquez, Luis Daniel. los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. apuntes para su aplicación práctica. en: la reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma [en línea]. México: unam, 2011 [consultado el 10, agosto, 2023]. p. 135-165. disponible en internet: <<http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/32155>>. isbn 9786070227691.

Organización de los estados americanos. cuadernillo de jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos nº 8: libertad personal [en línea]. 2017. p. 7. 2011 [consultado el 10, agosto, 2023]. p. 135-165. disponible en internet: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo8.pdf>

Llobet Rodríguez, Javier. la prisión preventiva y la presunción de inocencia según los órganos de protección de los derechos humanos del sistema interamericano. en: revista ius [en línea]. 7, diciembre, 2016. vol. 3, no. 24 p. 124 [consultado el 21, agosto, 2023]. disponible en internet: <<https://doi.org/10.35487/rius.v3i24.2009.202>>. issn 1870-2147.

Mancipe Triviño, Karen Angélica. El hacinamiento carcelario: la vulneración de garantías procesales y derechos fundamentales para sindicados y condenados recluidos en una misma institución penitenciaria en Colombia [en línea]. Trabajo de grado para optar el título de abogado. Bogotá: universidad la gran colombia, 2016 [consultado el 16, agosto, 2023]. 56 p. disponible en internet: <[https://repository.ugc.edu.co/bitstream/handle/11396/5273/hacinamiento\\_carcelario\\_vulneración\\_garantías.pdf?sequence=1](https://repository.ugc.edu.co/bitstream/handle/11396/5273/hacinamiento_carcelario_vulneración_garantías.pdf?sequence=1)>.

Corte Constitucional, sentencia c-695/13, Bogotá. 2013.

tal como lo indica la directiva no. 1 de 2020 emitida por la fiscalía general de la nación, la sentencia c-469/16 de la corte constitucional y el ap2761-2020. rad. 54938 de la corte suprema de justicia.

Ferrajoli, Luigi. El paradigma garantista: filosofía crítica del derecho penal. trota. Madrid. 2018.

La víctima también está habilitada para solicitar medida de aseguramiento ante el juez de control de garantías, según lo dispone el art. 306 de la ley 906/2004

Del río, Enrique. Constitución y medida de aseguramiento en el marco de la ley 906 de 2004. en: academia y derecho [en línea]. 1, junio, 2010. vol. 1, no. 1. p. 44 [consultado el 3, agosto, 2023], p. 41-56. disponible en internet: <<https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/academia/article/view/2368>>.

corte suprema de justicia, sala de casación penal. ap2761-2020. radicación nº 54938. (aprobado acta nº 214). bogotá d.c., catorce (14) octubre de dos mil veinte (2020) ibídem.

Bernal cuéllar, jaimé y montealegre lynett, eduardo. el proceso penal. 6a ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013. 1092 p. 526

Corte constitucional. sentencia c-695/13. 2013

Comisión interamericana de derechos humanos. informe no. 86/09. caso 12.553. 2009

Carrara, francesco. Programa de derecho criminal. tomo 1 méxico: editorial jurídica continental, 2000.

lombroso, cesare. los criminales. Perú: ediciones jurídicas olejnik, 2013.

Roxin, claus. Derecho penal: parte general. 2a ed. Madrid: civitas, 2014.

Perez, Luis Carlos. Tratado de derecho penal. tomo 2. Bogotá. temis. 2009

Ferri, Enrico. defensas penales. Bogotá. librería siglo xx. 1944.

Alexy, Robert. teoría de los derechos fundamentales. Bogotá. Centro de estudios políticos y constitucionales. 2007.