

	<b>UNIVERSIDAD FRANCISCO DE PAULA SANTANDER OCAÑA</b>			
	<small>Documento</small>	<small>Código</small>	<small>Fecha</small>	<small>Revisión</small>
	<b>FORMATO HOJA DE RESUMEN PARA TRABAJO DE GRADO</b>	<b>F-AC-DBL-007</b>	<b>08-07-2021</b>	<b>B</b>
	<small>Dependencia</small>	<small>Aprobado</small>		<small>Pág.</small>
<b>DIVISIÓN DE BIBLIOTECA</b>	<b>SUBDIRECTOR ACADÉMICO</b>		<b>1(69)</b>	

## RESUMEN – TRABAJO DE GRADO

<b>AUTORES</b>	Edwar José Silva García Manuel Jair Neira Ortiz		
<b>FACULTAD</b>	<b>Facultad de educación, artes y humanidades</b>		
<b>PLAN DE ESTUDIOS</b>	<b>Derecho</b>		
<b>DIRECTOR</b>	Christian Andrés Leal Contreras		
<b>TÍTULO DE LA TESIS</b>	<b>Aplicabilidad de la excepción de inconventionalidad de la medida de aseguramiento preventiva frente a la causal de peligro para la comunidad</b>		
<b>TITULO EN INGLES</b>	Applicability of the exception of unconventionality of the preventive assurance measure against the cause of danger to the community		
<b>RESUMEN</b> (70 palabras)			
Se propuso el desarrollo de una monografía jurídica en el escenario de la investigación, buscando como objetivo responder ¿De qué manera puede plantearse la excepción de inconventionalidad frente a la medida de aseguramiento impuesta con base en la causal de peligro para la sociedad? Haciendo uso del método exegético, logrando alcanzar los objetivos y dar respuesta a la pregunta de investigación, así como un análisis sobre la aplicabilidad del mismo.			
<b>RESUMEN EN INGLES</b>			
The development of a legal monograph in the research scenario was proposed, seeking as an objective to answer: In what way can the exception of unconventionality be raised against the insurance measure imposed based on the cause of danger to society? Using the exegetical method, achieving the objectives and answering the research question, as well as an analysis of its applicability.			
<b>PALABRAS CLAVES</b>	Medida de aseguramiento, causal de peligro para la comunidad, control de convencionalidad		
<b>PALABRAS CLAVES EN INGLES</b>	Assurance measure, cause of danger to the community, conventionality control		
<b>CARACTERÍSTICAS</b>			
<b>PÁGINAS:</b> 69	<b>PLANOS:</b>	<b>ILUSTRACIONES:</b>	<b>CD-ROM:</b>



Via Acolsure, Sede el Algodonal, Ocaña, Colombia - Código postal: 546552  
 Línea gratuita nacional: 01 8000 121 022 - PBX: (+57) (7) 569 00 88  
 atencionalciudadano@ufpso.edu.co - www.ufpso.edu.co

**Aplicabilidad de la excepción de inconventionalidad de la medida de aseguramiento  
preventiva frente a la causal de peligro para la comunidad**

**Edwar José Silva García**

**Manuel Jair Neira Ortiz**

**Facultad de Educación, Artes y Humanidades, Universidad Francisco de Paula Santander  
Ocaña**

**Plan de estudios de derecho**

**Christian Andrés Leal Contreras**

**Abogado**

**17 de noviembre del 2021**

## Índice

<b>Capítulo 1. La Detención Preventiva En El Estado Social De Derecho .....</b>	<b>8</b>
1.1 El derecho a la libertad personal dentro del régimen jurídico del Estado Social de Derecho .....	8
1.1.1 El derecho a la libertad. ....	8
1.1.2 La libertad personal y las garantías judiciales de protección.....	11
1.2 Limitaciones al derecho a la libertad en materia penal.....	13
1.2.1 Naturaleza jurídica de la detención preventiva. ....	13
1.2.2. Fundamentos jurídicos de la detención preventiva en Colombia. ....	15
1.2.3 Finalidades de la detención preventiva. ....	18
1.2.3.1 Peligro de obstaculización o riesgo de obstrucción. ....	18
1.2.3.2 Peligro de fuga o riesgo de no comparecencia.....	21
1.2.4 Finalidades punitivas de la detención preventiva. ....	22
1.2.4.1 Peligro para la comunidad .....	22
1.3 La presunción de inocencia en materia penal .....	23
 <b>Capítulo 2. El peligro para la comunidad como un fundamento de la detención preventiva en Colombia.....</b>	 <b>26</b>
 <b>Capítulo 3. El principio de convencionalidad como mecanismos de control a la detención preventiva.....</b>	 <b>30</b>
3.1 Origen del principio de convencionalidad. ....	30
3.2 Modelos de control de convencionalidad .....	34
3.2.1 Control concentrado de Convencionalidad.....	34
3.2.2 Control Difuso de Convencionalidad.....	36
3.3. Aplicación de control de convencionalidad en Colombia .....	37
3.4 Control de convencionalidad sobre el peligro para la comunidad en la detención preventiva .....	40
 <b>Capítulo 4. Aplicabilidad de la excepción de inconventionalidad sobre la medida de privación de la libertad preventiva frente a la causal de peligro para la comunidad. ....</b>	 <b>45</b>
 <b>Conclusiones.....</b>	 <b>59</b>

**Referencias .....62**

## **DEDICATORIA**

*Dedicamos este trabajo a Dios y a nuestros Padres, que con sus más grandes sacrificios nos han permitido llegar a estas instancias de la vida personal y profesional, junto con valores y principios intachables, sembrado en nosotros la perseverancia ante las profundas adversidades que estos caminos traen consigo.*

## **AGRADECIMIENTOS**

*Nuestros más sinceros agradecimientos a todos aquellos educadores que a lo largo de estos senderos nos brindaron su más alta calidad humana y profesional. A nuestro director de investigación, el Doctor Christian Andrés Leal Contreras por su gran contribución personal y educativa en este proceso académico.*

## Introducción

El derecho penal colombiano prevé dentro de su marco normativo las medidas cautelares o preventivas en las diferentes jurisdicciones. En el sistema penal, la detención preventiva como medida de aseguramiento se encuentra establecida en tres etapas históricas. La primera de ellas que tiene vigencia en el marco de la Constitución Política de 1886, la segunda con la implementación de la Constitución Política de 1991 y la tercera bajo la reforma constitucional que introdujo el Acto Legislativo 03 de 2002.

En evolución del Acto Legislativo 03 de 2002, se promulgó la Ley 906 de 2004 iniciándose una nueva etapa en relación con la detención preventiva en establecimiento carcelario. En esta materia la detención preventiva se reguló mediante los artículos 2, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312 y 313, donde se establece la reserva judicial, los fines constitucionales de dicha medida, los criterios de justificación, los presupuestos probatorios mínimos, las clases de medidas de aseguramiento y las sustitutivas.

El argumento jurídico que faculta a la Fiscalía General de la Nación para que se imponga la medida de aseguramiento al procesado, bajo el numeral segundo del artículo 308 del Código de Procedimiento Penal, desarrollado en el artículo 310, peligro para la comunidad, se ha convertido en la respuesta del Estado a los altos índices de criminalidad, a una política criminal negativa y a fortalecer el fenómeno denominado populismo punitivo, viendo reflejada la ineficacia del Estado para tratar la criminalidad, en el hacinamiento carcelario, el aumento de las

penas privativa de la libertad, los altos índices de delincuencia y la inoperancia de los fines de la sanción penal en materia de resocialización del delincuente.

Es decir, el Estado a través de la política criminal no puede encaminarse únicamente a coartar el derecho a libertad, y convertir la medida de aseguramiento privativa de la libertad en la regla general, cuando priman normas superiores como la Constitución Política, los tratados internacionales y los principios rectores del Derecho Penal, porque además de terminar soslayando la primacía de dichas normas, también convierte al derecho penal en un sistema inoperante, poco eficiente e ilegítimo, por lo tanto, debe prevalecer una armonía entre el deber que tiene el Estado de perseguir a los infractores de la Ley y la prevalencia de los derechos y garantías fundamentales del procesado, tanto a nivel Constitucional, como internacional de acuerdo a los tratados internacionales adoptados por Colombia.

Bajo dicho argumento, se propone el desarrollo de una monografía jurídica en el escenario de la investigación, que busca como objetivo responder ¿De qué manera puede plantearse la excepción de inconvencionalidad frente a la medida de aseguramiento impuesta con base en la causal de peligro para la sociedad?

## Capítulo 1. La Detención Preventiva En El Estado Social De Derecho

### 1.1 El derecho a la libertad personal dentro del régimen jurídico del Estado Social de Derecho

*1.1.1 El derecho a la libertad.* Sobre el derecho a la libertad personal, no existe un concepto multifocal o poliédrico. Sin embargo, doctrinalmente se ha sostenido la línea conceptual, en la que se considera la libertad como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que este lícitamente permitido. Es decir, que se configura como el derecho que tiene cada individuo para planear su vida individual y social, enmarcada en las reglas jurídicas, y conforme a sus propias acepciones y convicciones. (Palacios, 2018)

Este derecho, ha sido desarrollado ampliamente en jurisprudencia, donde se ha identificado el núcleo esencial del mismo, constituido primordialmente por la posibilidad que tienen los individuos para en ejercicio positivo ejecutar las acciones dirigidas a desarrollar aptitudes y elecciones individuales que pugnen con los derechos de los demás ni entrañen un abuso a los propios. (Palacios, 2018)

En el escenario internacional, Colombia ha ratificado en diferentes tratados en los cuales se sigue la teoría de la privación de la libertad bajo causas fundadas en el régimen normativo, con arreglo a los procedimientos y las disposiciones de cada Estado. Conforme a ellos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el artículo 3, afirma todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona; y en el artículo 9 señala que nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso, ni desterrado. (Organización de Naciones Unidas, Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948)

En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se reconoce que ningún ciudadano podrá ser limitado en su libertad a través de la detención o prisión arbitraria, así como tampoco se podrá privar de la libertad, a excepción de las condiciones establecidas para ellos. Así mismo, afirma la Organización de Naciones Unidas, ONU, que cuando la persona sea detenida, se le deberán respetar sus garantías sustanciales y procesales. (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 9)

En el marco de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre se refirió que ninguna persona puede privarse de la libertad, a excepción de los casos y las formas preexistentes en las normas, En el mismo compendio de normas, se dijo que es ilegítimo detener a alguien por el incumplimiento de obligaciones netamente civiles. Y finalmente se plantea el escenario de las garantías sustanciales y procesales a las personas. (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre)

De otra parte, la Convención Americana de Derechos Humanos, siguió la línea de protección al derecho a la libertad y a las prerrogativas que envuelven la detención bajo causas legítimas, así como las garantías procesales que enmarcan dichos procedimientos. (Convención Americana de Derechos Humanos)

Jurisprudencialmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sido reiterativa a través de diversos pronunciamientos sobre la necesidad de que los Estados eviten la aplicación de medidas restrictivas de la libertad cuando carecen de fundamento legal. Así mismo, ha

afirmado que se encuentra estrictamente prohibidas las detenciones o arrestos ilegales. (Palacios, 2018)

En Colombia, la Carta Magna fue muy expresa en la salvaguarda de la libertad personal, y las garantías que conllevan a la materialización de la misma. El artículo 28, define el ámbito de protección y amparo de este derecho, estableciendo los fundamentos jurídicos que dan lugar a la restricción material de la misma, salvo las siguientes excepciones.

- 1) Que exista mandamiento escrito de autoridad judicial competente
- 2) Que la orden se expida con observancia de las formalidades legales y
- 3) Que los motivos o causas que determinan la limitación del derecho se encuentren previamente definidos en la ley. (Corte Constitucional, 2005, Sentencia C-730, párr. 12)

La efectividad y alcance de este derecho se armoniza con lo dispuesto en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, por medio de los cuales se estructura su reconocimiento y protección, a la vez que se admite una precisa y estricta limitación de acuerdo con el fin social del Estado. (Corte Constitucional, Sentencia C-774 de 2011)

Es la propia Constitución la que establece los presupuestos bajo los cuales resulta legítima la limitación del derecho a la libertad personal. De esta manera, se configura el principio de la reserva legal, conforme al cual la privación de la libertad se podrá establecer cuando

existan motivaciones previamente establecidos por leyes preexistentes, acorde con las formalidades del proceso penal, y la aplicación del principio de presunción de inocencia y en general, con el cumplimiento de las garantías que integran el derecho a la defensa y el debido proceso. (Palacios, 2018)

En el mismo contexto, se configura también el principio de reserva legal, a través del cual solo se podrá limitar la libertad en el marco del principio de legalidad, dentro del cual esta condición pueda ser afectada por la orden de prisión, arresto o detención, siempre y cuando la misma sea determinada por un juez competente.

En efecto, ha sostenido la Corte Constitucional, a través de Sentencia C-327 de 1997, que:

“aun cuando el derecho a la libertad no es absoluto, es claro que su limitación tampoco ha de tener carácter y, por lo tanto, el legislador, al regular los supuestos en los que opere la restricción del derecho, debe observar criterios de razonabilidad y proporcionalidad que fuera de servir al propósito de justificar adecuadamente una medida tan drástica, contribuyan a mantener inalterado el necesario equilibrio entra las prerrogativas en que consiste el derecho y los límites del mismo. (Corte Constitucional, 1997, Sentencia C-327, párr. 15)

***1.1.2 La libertad personal y las garantías judiciales de protección.*** El habeas corpus es el mecanismo que habilita el examen de las condiciones de privación de libertad, esto es, las

razones que la motivaron, como aquellas en las que se cumple. Su efecto irradia a la vida, la integridad personal y el derecho de la persona a no ser desaparecida, como la libertad misma. (Palacios, 2018)

En ese ejercicio no deben ignorarse las finalidades por las cuales una persona puede ser objeto de detención preventiva, pues la ausencia de fundamento, en tiempos de normalidad como de excepción, da cabida a su prosperidad, ante la ineficacia de los mecanismos para su defensa previstos en el escenario propio del proceso penal. (Palacios, 2018)

Así la Corte IDH, en la opinión consultiva OC-8 de 1987, planteo el habeas corpus como garantía permanente de protección de la libertad personal; por esta razón, pese a que esta última pueda ser objeto de suspensión, las particularidades que comporte tal afectación adquieren una especial importancia que impide su observación asilada o excluyente del art. 27.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En palabras de la Corte Constitucional, lo ha definido así:

Se trata de la principal garantía de la inviolabilidad de la libertad personal. Su relación genética y funcional con el ejercicio y disfrute de la libertad, física y moral, no limita su designio a reaccionar simplemente contra las detenciones o arrestos arbitrarios. La privación de la libertad, de cualquier naturaleza con tal que incida en su núcleo esencial, proceda ella de un agente público o privado, justifica la invocación de esta especial técnica de protección de los derechos fundamentales, cuyo resultado, de otra parte, es

independiente de las consecuencias penales o civiles que contra estos últimos necesariamente han de sobrevenir si se comprueba que su actuación fue ilegítima o arbitraria. (Corte Constitucional, 1993, Sentencia C-301, párr. 13)

De esta forma, es posible explicar la razón por la cual la libertad personal integra el grupo de derechos protegidos en cualquier tiempo y respecto a los que, de contemplarse viable su restricción, las condiciones que así lo avalen no pueden ser arbitrarias, pues en ese caso puede tener cabida el habeas corpus como mecanismo de defensa. (Palacios, 2018)

## **1.2 Limitaciones al derecho a la libertad en materia penal**

*1.2.1 Naturaleza jurídica de la detención preventiva.* Es sabido que la prisión preventiva se encuentra amarrada a la existencia de un proceso del cual depende y en función del que existe. Por esta línea, se reconoce que la detención preventiva no es una pena, sino una medida cautelar diseñada para tender finalidades puramente procesales.

En tal sentido, la prisión provisional es una herramienta que busca asegurar el normal desarrollo del proceso y garantizar la ejecución de la sentencia que eventualmente llegue a dictarse.

De manera que, el significado y la funcionalidad de la detención preventiva no tienen un carácter autónomo e independiente desligado del proceso penal principal, ya que esta necesariamente subordinada a la actuación penal que le da vida y cuyo apropiado funcionamiento busca consolidar.

Por ende, la pretensión del encarcelamiento preventivo no es punitivo o sancionador, su finalidad se concentra exclusivamente en contener los riesgos que la demora del trámite puede acarrear para el correcto ejercicio de la persecución penal.

La naturaleza cautelar de la detención preventiva encuentra su fundamento en el principio de presunción de inocencia, impidiendo que se acuda a encierro provisional para satisfacer objetivos retributivos o de prevención general y especial que solo competen a la sanción penal.

La vocación instrumental de la prisión provisional impone que su utilización atienda a requerimientos puramente procesales y no punitivos, es decir, a la necesidad de preservar la debida marcha de la administración de justicia penal en el caso concreto. Así las cosas, en el marco de un Estado social y democrático de Derecho es la naturaleza cautelar de la prisión preventiva la que legitima la privación de la libertad del inocente y rechaza la posibilidad de que con dicha medida se persigan fines punitivos.

Sobre esta temática la Corte Interamericana ha destacado que el carácter cautelar de la prisión preventiva es una de las características básicas que debe tener una medida de este tipo para ajustarse a las disposiciones de la Convención Americana. Para el Tribunal regional que la detención provisional sea una herramienta cautelar y no punitiva, significa que “debe estar dirigida a lograr fines legítimos y razonablemente relacionados con el proceso penal en curso. No puede convertirse en una pena anticipada ni basarse en fines preventivos-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena”.

Por su parte, la Corte Constitucional ha señalado que

“el propósito que orienta la adopción de este tipo de medidas es de carácter preventivo y no sancionatorio. Por ello, no son el resultado de sentencia condenatoria ni requieren de juicio previo; buscan responder a los intereses de la investigación y de la justicia al procurar la comparecencia del acusado al proceso y la efectividad de la eventual sanción que llegare a imponerse. La detención persigue impedirle al imputado la fuga, la continuación de su actividad delictual o las labores que emprenda para ocultar, destruir, deformar o desvirtuar elementos probatorios importantes para la instrucción. (Corte Constitucional, 1994, Sentencia C-395, parr. 40)

***1.2.2. Fundamentos jurídicos de la detención preventiva en Colombia.*** La prisión provisional representa una de las instituciones en las que con mayor claridad puede avistarse la tensión de los principios medulares que concurren en todo el proceso penal: la búsqueda de mayor eficacia en la persecución del delito y el máximo respeto a los derechos fundamentales del sujeto investigado.

En el Estado social y democrático la configuración y aplicación de la prisión provisional se fundamenta en dos presupuestos básicos: la razonable atribución de la comisión de una conducta delictiva y la consecución de fines constitucionalmente legítimos y compatibles con la naturaleza cautelar de la medida.

La adopción de la detención preventiva demanda la presencia de unos hechos que revistan características delictivas y de motivos fundados para creer que el imputado es responsable criminalmente.

En el proceso penal del Estado constitucional no se podría admitir la imposición de una prisión provisional sin que concurran evidencias que denoten la existencia de un delito y el eventual compromiso penal del sindicado. La confluencia de una sospecha razonable de que el ciudadano detenido ha cometido un delito, es *coditio sine qua nom* para predicar la legitimidad de la prisión cautelar. Este requisito funge como una barrera contra las prisiones precipitadas e injustificadas, aunque claro está, muchas veces se constata que el encierro instrumental se ordena con frecuencia basándose en simples sospechas, colocándose en duda la eficacia en la práctica de este requisito.

En este orden de ideas, se confluencia que el presupuesto general que otorga legitimación a la privación de la libertad del imputado por medio de la detención preventiva radica en la fundada y vehemente sospecha de la realización de un hecho punible, la cual es el fundamento y motivo del procedimiento penal y, con esto, el elemento que hace nacer la posibilidad de aplicar la prisión provisional.

Es así, que este requisito se denomina *apariencia selectiva*, donde se presentan dos escenarios, el primero sobre la convicción exigible al juez respecto a la presencia de un delito y el compromiso penal del imputado, es decir, si debe tener un estado de probabilidad cierta; y el

segundo referente al si el análisis del juez es solo tipicidad, o si además debe comprender las categorías de antijuridicidad y culpabilidad.

En lo que se refiere al primer escenario, la detención preventiva requiere de un juicio de probabilidad y no de certeza. No es plausible requerir plena prueba de la responsabilidad penal en la fase embrionaria del proceso, cuando evidentemente el imputado sigue amparado por la presunción de inocencia así en una etapa posterior el juicio se decantará dicha semántica. Es decir, que la imposición de la prisión cautelar no supone la certidumbre absoluta sobre la realización de un hecho punible, sino una valoración sobre la conducta de una persona a partir de ciertos elementos persuasivos. El panorama probatorio que subyace a la aplicación de la detención provisional no es conclusivo o definitivo, pues deberá ser controvertido en el escenario del juicio público y oral donde se llegará a un veredicto más allá de toda duda acerca de la inocencia o responsabilidad del procesado. (Bernal & Montealegre, 2013)

Desde lo establecido en la Constitución Política de 1991, el estándar probatorio para detener a una persona reclama un criterio de persuasión acerca de la probabilidad de que el procesado sea el autor de la conducta punible investigada.

En el mismo sentido, en relación con la dimensión jurídico-penal del análisis del funcionario judicial, se considera que el sustento demostrativo que determine un pronóstico de responsabilidad en cabeza del imputado. Para la adopción del encarcelamiento preventivo, debe quedar corroborada una inferencia razonable de autoría o participación de una conducta punible,

es decir, que figure como probable que el sindicato es la persona responsable de la realización de un comportamiento típico, antijurídico y culpable.

1.2.3 Finalidades de la detención preventiva. Indistintamente de que no exista una definición clara sobre las finalidades de la detención preventiva, la doctrina y la jurisprudencia mayoritariamente señalan que se trata fundamentalmente de una medida cautelar orientada a conjurar ciertos riesgos relevantes para el proceso. En este sentido, los dos únicos fines cautelares constitucionalmente legítimos que puede cumplir el encarcelamiento preventivo se refieren a:

Evitar que el inculpado pueda entorpecer las labores investigativas, ocultados o destruyendo medios probatorios

Impedir la fuga del imputado, garantizando la ejecución de un eventual fallo condenatorio.

**1.2.3.1 Peligro de obstaculización o riesgo de obstrucción.** El peligro de entorpecimiento de la investigación penal o el riesgo de hacer desaparecer pruebas puede justificar la detención preventiva cuando la peculiaridad de los delitos y su complejidad lo aconsejan. En este sentido, es habitual concebir la prisión provisional como una herramienta que garantiza el buen desarrollo de la persecución penal, evitando que se trabe o se dificulte el proceso mediante la ocultación, transformación o pérdida de medios probatorios relevantes para el enjuiciamiento de la conducta punible.

Es así como el objetivo de enfrentar este riesgo obedece a la necesidad de garantizar el esclarecimiento de la verdad histórica de los hechos y por ende la aplicación del ius punendi. Esto es comprensible ya que el proceso penal supone la realización de un cumulo de conocimiento de la verdad, de manera que, si el imputado emprende labores destinadas a impedir que dicha finalidad constitucional se pueda cristalizar, la prisión provisional podría entrar en acción. En este punto, la convivencia entre el principio de presunción de inocencia y el fin procesal de la búsqueda de la verdad material, se resuelve a favor de la implementación de la detención preventiva, toda vez que se estaría solventando un fin de naturaleza estrictamente procesal, como lo es el descubrimiento de la verdad.

En relación con esta finalidad del encierro instrumental, la Corte IDH ha establecido que para restringir el derecho a la libertad personal, es indispensable que existan indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que la detención es estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones.

Por su parte, la Corte Constitucional admite el encarcelamiento provisional para impedirle al imputado emprender actos para ocultar, destruir, deformar o desvirtuar elementos probatorios importantes para la instrucción. El Tribunal explica que la Constitución contiene elementos que pueden configurar finalidades válidas para la detención preventiva, la necesidad de afianzar la preservación de la prueba, tal como se deduce del numeral 4° del artículo 250 de la Constitución, por virtud del cual, es función de la Fiscalía “velar por la protección de las víctimas, testigos e intervinientes en el proceso” (Corte Constitucional, 2001, Sentencia C-774, párr. 15)

De otro lado, es menester puntualizar que “la sospecha fundada de que el imputado puede obrar en este sentido debe basarse en hechos concretos relativos a su comportamiento, a sus circunstancias vitales, etc., pues la mera posibilidad de que pueda alterar la prueba no justifica todavía la existencia de una sospecha fundada. Ha de tratarse de un peligro concreto, fundamentado en circunstancias de hecho que se deben indicar expresamente.

El carácter excepcional de esta finalidad cautelar hace forzoso dimensionar el impacto perjudicial que podría acarrear las maniobras obstruccionistas para el objetivo de alcanzar la verdad de los hechos investigados, de modo que, si la labor de entorpecimiento no tiene la suficiente entidad de comprometer el acceso a la verdad, la medida de aseguramiento personal se torna inviable. Por ello, la Comisión IDH ha estimado que no es legítimo invocar las necesidades de la investigación de manera general y abstracta para validar la prisión provisional, pues dicha justificación debe fundamentarse en un peligro efectivo de que el proceso de investigación será impedido por la liberación del acusado.

Finalmente, es preciso indicar que este fundamento ha sido ampliamente criticado por el hecho de encubrir la ineficacia del Estado para asegurar el adelantamiento normal del proceso penal a costa de la libertad del imputado. También se censura la eficacia de la prisión provisional para evitar el entorpecimiento de la investigación, debido a que el inculcado pese a estar privado de la libertad puede incurrir negativamente en la actividad probatoria a través de terceras personas. En estos eventos pareciera que la indemnidad de la actuación procesal puede ser encarada perfectamente mediante medidas de protección de testigos y peritos.

Así las cosas, si el encarcelamiento cautelar no siempre será un medio eficaz para conseguir esta meta, no podrá considerarse que supere el juicio de adecuación o idoneidad, que forma parte de las exigencias de proporcionalidad que requiere toda afectación de un derecho fundamental.

**1.2.3.2 Peligro de fuga o riesgo de no comparecencia.** Históricamente el riesgo de fuga ha sido instituido como finalidad más notable de la prisión provisional. Al respecto, la doctrina afirma que la detención preventiva tiene como único objeto asegurar la presencia del imputado y garantizar el eventual cumplimiento de la sanción penal, descartando su utilización para evitar la comisión de nuevos delitos, satisfacer a la opinión pública o impedir colusiones. (Zabaleta, 1954; Pág 81)

Bajo lo expuesto, enfrentar el riesgo de fuga del imputado conlleva a las siguientes pretensiones del legislador:

1. Garantizar la comparecencia del inculcado al proceso para que pueda satisfacer algunas necesidades probatorias y evitar la parálisis del proceso en aquellos eventos donde no es posible el juicio en rebeldía.
2. Asegurar la presencia del enjuiciado al momento de la firmeza del fallo, para la ejecución de la privación de la libertad.

El peligro de fuga es el componente más determinante que debe evaluar el funcionario judicial al momento de resolver la implementación de la detención provisional, pues se trata de

un riesgo que de materializarse traduciría una burla a la acción de la justicia y una pérdida de confianza en el sistema punitivo.

Las censuras que se vierten sobre el riesgo de vacío como criterio habilitante de la detención preventiva son planteadas fundamentalmente por Ferrajoli, quien estima que este peligro está provocando predominantemente, más que por el temor a la pena, por el miedo a la prisión preventiva. De allí, quien si el inculgado no estuviera ante esta perspectiva, tendría, por el contrario, al menos hasta la víspera de la condena, el máximo interés en no escapar y defenderse.

Para el referido autor, el peligro de fuga no es en realidad un verdadero peligro. Así, explica, lo difícil de una fuga definitiva en una sociedad informatizada e internacionalmente integrada; proponiendo como medio disuasorio una mayor vigilancia del encartado, sobre todo en los días previos al dictado de la sentencia. De manera que, la evasión al obligar al inculgado a vivir en la clandestinidad y en un estado de permanente inseguridad, es ya de por sí, una pena gravísima. En consecuencia, cuando la fuga hace desaparecer los rastros del imputado, se habría conseguido en la mayoría de los casos el efecto de neutralizarlo, dando así satisfacción a los fines preventivos del derecho penal.

#### ***1.2.4 Finalidades punitivas de la detención preventiva.***

**1.2.4.1 Peligro para la comunidad.** Otra finalidad atribuible a la prisión provisional suele hallarse en la necesidad de proteger a la sociedad, en cuanto el imputado puede cometer nuevas conductas punibles mientras discurre el proceso penal. Esta es sin lugar a dudas la justificación más controversial y que coloca en jaque, no solo la legitimidad de la detención preventiva, sino además la del propio proceso penal, pues como es sabido, el encarcelamiento

provisional no es una pena, sino una medida de naturaleza cautelar orientada a garantizar el curso normal del diligenciamiento penal, por lo tanto, a la misma no le puede corresponder atender asuntos vinculados con la prevención, ni general ni especial.

Los partidarios de esta vocación de la prisión provisional, enfatizan que al existir un conflicto entre el derecho a la libertad personal del inculcado y el interés de la sociedad en la prevención de nuevos delitos, dicho conflicto debe dirimirse a favor de la colectividad por cuanto en estos supuesto el interés general tiene un mayor peso que el interés del imputado en mantener su libertad durante el proceso.

Al respecto Ferrajoli cataloga la perversión más grave de la detención preventiva el hecho de su transformación, de instrumento exclusivamente procesal dirigido a estrictas necesidades sumariales, en instrumento de prevención y defensa social, motivado por la necesidad de impedir al imputado la ejecución de otros delitos.

Asegura el autor que tal argumento, se basa únicamente en la sospecha del delito cometido, lo que equivale a una presunción de culpabilidad y, al asignar a la custodia preventiva los mismos fines que la pena, le priva del sofisma de ser considerada una medida procesal o cautelar.

### **1.3 La presunción de inocencia en materia penal**

La presunción de inocencia también denominada principio de inocencia, se erige en garantía constitucional y derecho fundamental del imputado de obligatoria observancia para las

autoridades estatales en el contexto del proceso penal. Es común la consagración del principio de inocencia como un derecho fundamental con arraigo expreso en la Constitución y los Tratados internacionales de derechos humanos, del que se derivan importantes garantías para la persona sometida a persecución penal, tales como:

Nadie puede considerarse culpable, a menos que se haya demostrado la responsabilidad mediante proceso legal, fuera de toda duda razonable.

La carga de la prueba acerca de la responsabilidad recae sobre la acusación.

El trato a las personas bajo investigación por un delito, debe ser acorde con este principio.

Como se puede advertir, la presunción de inocencia constituye un principio que irradia todo el proceso penal, sirviendo de presupuesto y parámetro de toda la actividad represiva del delito y de modelo de tratamiento del imputado, el que antes de la condena no puede ser asimilado como culpable. (Magalhaes, 1995)

También emerge de manera relevante el contenido de la presunción de inocencia que no es algo que se presume o conjeture durante el proceso, sino que es un auténtico *factum* hasta que recaiga la sentencia, como una de las referidas garantías judiciales inderogables, cuya función inmediata es la protección del proceso y que en la fase de investigación y juicio se manifiesta de manera más clara en la posibilidad de la persona de permanecer en libertad hasta tanto aquella desvirtúe, siendo el escenario de las medidas cautelares de carácter personal, una de las dimensiones en las cuales se expresa.

Sobre el tema, la Corte Constitucional en Sentencia C-774 de 2001, a propósito del eximente de la normas atinentes a la detención preventiva en el marco del Decreto 2700 de 1991 y la ley 600 de 2000, señala inicialmente que, de la confrontación del art. 27. 2 de la CADH, el derecho a la libertad personal no forma parte de aquellos que no pueden ser objeto de suspensión en estados de excepción desde una perspectiva taxativa que, como aquí se sostiene, es esquivada, como también a los efectos de la presunción de inocencia, para referir solo sobre este último su integración al bloque de constitucionalidad en estricto sentido. (Corte Constitucional, 2001, Sentencia C 774 )

Aun con esta distinción, se ocupa de verificar el impacto de este derecho respecto a la libertad, si como de alguna manera sienta las bases para establecer su inescindibilidad también con el principio de legalidad, en orden a sustentar la idea según la cual la detención preventiva no mengua tal presunción, lo cual resulta esencial. De otro modo, la medida, que tiene una finalidad eminentemente cautelar, adquiere la condición de pena anticipada.

## **Capítulo 2. El peligro para la comunidad como un fundamento de la detención preventiva en Colombia**

En el marco del Código Procedimiento Penal expedido a través del Decreto 2700 de 1991, no reguló lo referente a los fines trazados para la detención preventiva, limitándose a consagrar los requisitos sustanciales y formales, para que procediera dicha medida. No obstante, la Corte Constitucional, especialmente en relación con el artículo 250 de la Constitución Política, estableció como fines admisibles la detención preventiva, para impedir la fuga, preservar la prueba y proteger la comunidad. (Corte Constitucional, 1994, Sentencia C-395, párr. 12)

Para sustentar el argumento del peligro para la comunidad como un fin constitucionalmente legítimo de la detención preventiva, el Tribunal tuvo como fundamento el principio de prevalencia del interés general y los fines esenciales del Estado, de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar los principios, derechos y deberes constitucionales, conforme a los artículos 1º y 2º de la Carta Magna. (Corte Constitucional, 2001, Sentencia C 774 )

Sin embargo, la falencia del Decreto 2700 de 1991, se encuentra en la ausencia de regulación sobre los fines de la detención. No obstante, con la expedición de la Ley 600 del 2000, estableciendo en el artículo 3º que:

La detención preventiva, en los términos regulados en este código, estará sujeta a la necesidad de asegurar la comparecencia al proceso del sindicado, la preservación de la prueba y la protección de la comunidad. (Congreso de Colombia, 2000, Ley 600, Art. 3)

Más adelante asegura el legislador en el artículo 355 de la citada norma, sobre los fines de la detención cautelar, relacionando la protección a la comunidad como la necesidad de impedir la continuidad de la acción delictiva del imputado.

La imposición de la medida de aseguramiento procederá para garantizar la comparecencia del sindicado al proceso, la ejecución de la pena privativa de la libertad o impedir su fuga o la continuación de su actividad delictual o las labores que emprenda para ocultar, destruir o deformar elementos probatorios importantes para la instrucción, o entorpecer la actividad probatoria. (Congreso de Colombia, Ley 600 del 2000, Art. 355)

Dos años después, se expidió el Acto Legislativo 03 de 2002, donde se dio tratamiento a los fines de las medidas cautelares, regulando en esta disposición lo relacionado con los objetivos que justifican la detención preventiva, modificándose la disposición del artículo 250 de la Constitución Política.

Con la promulgación de la Ley 906 de 2004, se desarrolló normativamente la motivación legal del peligro para la comunidad como finalidad de la detención preventiva. Al respecto, el artículo 310 de la citada norma, fijó una serie de criterios que le permitirán al juez limitar la libertad del imputado cuando resulte un peligro para la seguridad ciudadana.

El Código de Procedimiento Penal, ha venido siendo modificado, buscando disminuir los índices de criminalidad en el país, por lo que en un principio se planteó el peligro para la comunidad como una medida impuesta partiendo de la gravedad del hecho y la pena imponible, así como de las circunstancias enunciadas en la citada norma.

Sin embargo, en el año 2007 se promulgo la Ley 1142 se modificó lo referente a la justificación de la detención preventiva por peligro para la comunidad, estableciendo que para determinar la peligrosidad social, debía tenerse en cuenta la gravedad y la modalidad de la conducta punible, facultándose al juez para que además tomara en consideración otras circunstancias precedidas en dicha norma.

Sobre esta disposición la Corte Constitucional, a través de la Sentencia C-1158 de 2008 afirmó que:

La protección de la comunidad en aras de impedir la continuación de la actividad delictual, puede concebirse como fin propio de la detención preventiva a partir de la consideración del mandato del artículo 1º de la Constitución, según el cual, el Estado colombiano se encuentra fundado en “la prevalencia del interés general” cuyo desarrollo explica el precepto consagrado en el artículo 2º de la Constitución Política, por el cual, es fin esencial el Estado, “asegurar la convivencia pacífica” de la comunidad, no obstante, esa atribución debe actuar en concordancia con el principio de la dignidad humana.  
(Corte Constitucional, 2001, Sentencia C 774 )

En jurisprudencia más reciente, afirmó el mismo Tribunal Constitucional que:

El discurso del peligrosismo penal no tiene que ver con la causal que se analiza en el artículo 310, fundada en criterios objetivos, como justificación para imponer una medida de aseguramiento. Los numerales atacados constituyen un conjunto de circunstancias,

todas de hecho, que permiten inferir al juez cuando es necesario limitar la libertad del imputado en aras de proteger los miembros de la comunidad. Tales circunstancias se refieren o están relacionadas no con el imputado en cuanto autor, con su carácter peligroso, sino con sus actos, como elementos de juicio para inferir la probabilidad de nuevos delitos y la necesidad de la medida restrictiva. (Corte Constitucional, 2016, Sentencia C-469, párr. 23)

Según esta providencia, la detención preventiva por la causal de peligro para la comunidad, no es compatible con las orientaciones interpretativas dadas por la Comisión y la Corte IDH, debido a que según este Tribunal, resulta consustancial a la figura del bloque de constitucionalidad la necesidad de que la interpretación de todas sus disposiciones y, en este caso, las de la Convención Americana y las contenidas en la Constitución, sean armonizadas en la mayor medida posible. (Corte Constitucional, 2016, Sentencia C-469, párr. 23)

Y afirmó también que:

El surgimiento de interpretaciones de las disposiciones internacionales sobre derechos humanos que tuvieran como resultado su prevalencia sobre normas constitucionales o viceversa. Por el contrario, debido a que ambos sistemas normativos son cobijados y comparten jerarquía normativa bajo la figura del bloque, en lugar de una confrontación o superposición entre sí, deben plantearse fórmulas interpretativas conciliadoras que preserven la idea de unidad e integralidad que subyace a esa compleja fuente. (Corte Constitucional, 2016, Sentencia C-469, párr. 23)

## **Capítulo 3. El principio de convencionalidad como mecanismos de control a la detención preventiva**

### **3.1 Origen del principio de convencionalidad.**

El Control de Convencionalidad constituye una herramienta de interpretación según la cual “los órganos del Estado en el marco de sus competencias, deben tomar en cuenta la CADH y la interpretación que sobre esta ha realizado la propia Corte. Por su parte los Estados deben cumplir con las obligaciones asumidas sin poder invocar para su incumplimiento el derecho interno. (Andreu, y otros, 2014)

De acuerdo con (Palacios, 2018), este principio tiene su origen en la actividad judicial, competencia de la Corte IDH y de todos los jueces locales de los distintos Estados partes de la Convención Americana, encaminada a la protección y efectividad de los derechos humanos en la región. Dicho control se ejercer tanto sobre las leyes como de las disposiciones normativas que se profieren en los distintos Estados parte, como sobre los hechos violatorios de los derechos humanos que en ellos acontecen. (Pág. 110)

El término de Control de Convencionalidad, se utilizó por primera vez en el año 2003, en el caso estudiado por la Corte IDH “Myrna Mack Chang Vs Guatemala y con posterioridad fue citado e en el caso “Tibi Vs Ecuador”, refiriéndose a:

“En cierto sentido, la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales, Estos examinan los actos impugnados, disposiciones de alcance general a la luz de las normas, los principios los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que se funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la constitucionalidad, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la convencionalidad de esos actos. A través del Control de Constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público y, eventualmente, de otros agentes sociales al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la Convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía”. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Voto concurrente razonado del Juez Sergio Garcia Ramirez, Caso Tibi Vs Ecuador, 2004)

Sin embargo, es en el caso “Almonacid Arellano Vs Chile”, donde la Corte IDH hace referencia a los elementos que constituyen el Control de Convencionalidad, extendiéndose del ámbito internacional al ámbito nacional. Al respecto, en este fallo, afirmó el Tribunal que:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la

Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “Control de Convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, interprete última de la Convención Americana. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Almonacid Avellano y Otros Vs Chile, 2006)

A partir de este caso, se comienza a proferir una serie de sentencias donde paulatinamente va definiendo el contenido y alcance del Control de Convencionalidad. Para efectos de esta investigación, es preciso citar el caso Trabajadores cesados del Congreso Vs Perú, donde la Corte, le asignó un carácter “ex officio” al Control de Convencionalidad, por parte de los jueces nacionales, el que debe ser ejercicio en el marco de competencias regulaciones procesales correspondientes.

Al respecto afirmó que:

“Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del poder

judicial deben ejercer no solo un Control de Constitucionalidad, sino también “de convencionalidad “ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese Control de ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Trabajadores cesados del Congreso Vs Perú)

Otra importante precisión, la hace la Corte Interamericana a través del Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs México, donde el Tribunal hace referencia a los sujetos encargados de realizar el Control de Convencionalidad, indicando que la misma le corresponde a los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs México)

En el año 2011, el Tribunal de San José amplió el espacio de los sujetos obligados a efectuar el examen de convencionalidad, señalando que dicha obligación recalca en cualquier autoridad política y no solamente en el poder judicial. Al respecto, afirma que la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, razón por la cual el Control de Convencionalidad es función y tarea de cualquiera autoridad pública y no solo del Poder Judicial. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2011, Caso Gelma Vs Uruguay, Fondo y Reparaciones.)

En igual sentido, se pronunció nuevamente en el año 2014, afirmando que:

Finalmente, esta Corte considera pertinente recordar, sin perjuicio de lo ordenado, que en el ámbito de su competencia “todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen las obligaciones de ejercer un “Control de Convencionalidad. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de personas dominicanas y ahitianas expulsadas Vs República Dominicana, 2014)

De esta manera la evolución de dicha institución en la jurisprudencia de la Corte Interamericana busca que los Estados cumplan a cabalidad con los compromisos asumidos en el ámbito del sistema interamericano, con el propósito de materializar la efectiva y real protección de los derechos humanos en la región.

### **3.2 Modelos de Control de Convencionalidad**

El concepto de Control de Convencionalidad tiene su génesis en el concepto de Control de Constitucionalidad, el que busca hacer efectivo el principio de supremacía de la Constitución, impidiendo que cualquier norma del ordenamiento jurídico contravenga la Carta Magna. Sobre el mismo, la jurisprudencia y la doctrina han delimitado dos modelos.

**3.2.1 Control concentrado de Convencionalidad.** Este control lo ejerce la Corte IDH en sede internacional y se funda en las facultades inherentes a la propia Corte al resolver los casos contenciosos sometidos a su escrutinio en cuanto guardián e intérprete final del Pacto de San José.

En el mismo sentido, este control se fundamenta en la razón de ser de la Corte, toda vez que a la misma se le ha confiado la labor de examinar las situaciones en las cuales resulten armoniosas o violatorias ante el derecho interamericano. (Ferrer, 2010, Pág. 73 )

Así las cosas, el Control Concentrado de Convencionalidad se encuentra en cabeza de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para conocer y resolver un caso aplicando la Convención Americana, tanto en los hechos como en el derecho de cualquier asunto que se le presente y en el cual sea competente.

En ejercicio de este Control Concentrado ha afirmado la Corte IDH que la responsabilidad internacional del Estado, se enmarca en la expedición de leyes que no sean contraria a la Convención, como tampoco por normas dictadas en estados de emergencia, normas constitucionales opuestas a la Convención, leyes de amnistía, indulto o perdón, por normas que prevén la existencia de pena de muerte, por políticas públicas inexistente o contrarias a la Constitución. (Corte Interamericana de Derechos HUmanos, Caso Hilaire, Constatine y Benjamin y otros Vs Trinidad y Tobago)

Así mismo, es importante aclarar que las sentencias proferidas por el órgano jurisdiccional al desplegar el Control Concentrado de Convencionalidad, nunca tienen efectos ni anulatorios ni invalidatorios como resultado del mismo, limitándose la Corte IDH a ordenar al Estado infractor adoptar las medidas necesarias para reformar sus normas internas a fin de adecuar los preceptos legales a lo establecido por la Convención. Esto puede implicar, inclusive,

la adopción y reforma de la propia Constitución, tal como ocurrió en el caso “La Última Tentación de Cristo Vs Chile”.

**3.2.2 Control Difuso de Convencionalidad.** El Control Difuso de Convencionalidad consiste en el deber de los jueces nacionales en realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tiene que aplicar a un caso concreto, con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Al respecto ha afirmado la misma Corte que:

“El Control Difuso de Convencionalidad” convierte al juez nacional en juez interamericano: en un primer y autentico guardián de la Convención Americana, de sus Protocolos adicionales (eventualmente de otros instrumentos internacionales) y de la jurisprudencia de la Corte IDH que interpreta dicha normatividad.

Por su parte es deber de los jueces y los órganos que imparten justicia nacional salvaguardar no solo los derechos fundamentales, sino también los valores, principios y derechos que han sido reconocidos en instrumentos internacionales, y bajo los cuales se adquirió un compromiso.

Así mismo afirma, que los jueces nacionales se convierten en los primeros intérpretes de la normatividad internacional, si se considera el carácter subsidiario, complementario y coadyuvante de los órganos interamericanos y la nueva misión que ahora tienen para

salvaguardar el corpus juris interamericano a través de este nuevo control. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs México)

Por su parte la doctrina, afirma que el Control de Convencionalidad es una expresión de recepción nacional, sistemática y organizada, del orden jurídico convencional internacional. (García, 2012, Pág. 214)

De la lectura anterior, se puede evidenciar que el modelo de Control de Convencionalidad difuso, se enmarca principalmente en el papel que tienen los jueces nacionales, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Así mismo, se trata de un control que se realiza ex officio, es decir que la misma no se podrá limitar por las manifestaciones o peticiones de las partes.

Sobre el espectro de los efectos del Control Difuso de Convencionalidad, este se enmarca en la jurisprudencia que realice la Corte IDH frente a la Convención Americana y a sus Protocolos adiciones. Es decir, que comprenden todas las decisiones de sentencias en casos contenciosos, opiniones consultivas, resoluciones sobre medidas provisionales y cumplimiento de sentencias. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinion Consultiva OC-21/14)

### **3.3. Aplicación de Control de Convencionalidad en Colombia**

La figura del Control de Convencionalidad ha venido implementándose en Colombia de forma escalonada, toda vez que la misma resulta relativamente nueva en la jurisprudencia de la Corte IDH.

De acuerdo con Ortiz, 2014, la aplicación de este principio en Colombia, es efectiva cuando los jueces van más allá del espectro normativo nacional, y entonces realizan una interpretación conjunta de las leyes supranacionales, toda vez que al aplicar leyes contrarias o no convenientes, se podría incurrir en la imputación de responsabilidad internacional del Estado en cuanto este control representa para los Estados una garantía procesal y jurídica respecto de la correcta aplicación de la Convención Americana de derechos humanos. (Pág. 15)

De acuerdo con Palacios, 2014, en Colombia se aplica el sistema mixto, debido a que se mezclan elementos del método concentrado y del control difuso. Es decir, que por una parte la Corte Constitucional, ejerce el control concentrado y las autoridades judiciales pueden ejercer el control difuso a decidir dejar de aplicar la ley u otra norma por ser contraria a la Constitución.

Colombia adoptó en su régimen normativo la Convención Americana, a partir de la expedición de la Ley 16 de 1972 y aceptó la competencia de la Corte IDH desde julio de 1973, razón por la cual los jueces y magistrados de todo el país, se encuentran obligados, de oficio a realizar ejercicio de compatibilidad y armonía entre el conjunto de normas nacionales y la Convención Americana, sus Protocolos adicionales y la jurisprudencia de la Corte IDH.

En línea con lo anterior, se ejerce en Colombia un control mixto, en el cual se ejercer por parte de la Corte Constitucional el control concentrado y por parte de los jueces el control difuso. Sin embargo, el grado de intensidad de este último se determinará por las competencias y regulaciones procesales correspondientes.

De esta manera, los jueces nacionales están obligados a aplicar el Control de Convencionalidad sobre los asuntos de su competencia, conforme a las reglas internas, dando preferencia a la interpretación armónica que se ajuste favorablemente y con mayor efectividad a los derechos y libertades en cumplimiento del principio pro homine, reconocido en el artículo 29 de la CADH.

En los casos en el que el juez no pueda lograr una interpretación que armonice con las disposiciones constitucionales y convencionales, deberá desaplicar la norma con efectos inter partes, aplicándose lo que se llamaría una excepción de inconstitucionalidad por la inconventionalidad de la norma.

En relación con la Corte Constitucional, este es el órgano encargado de ejercer el Control de Convencionalidad, surtiendo efectos como la declaración de invalidez con efectos erga omnes de aquellas disposiciones legales que contravenga el corpus iuris interamericano.

Así las cosas, se puede coludir que en Colombia los jueces se encuentran legitimados para ejercer el Control de Convencionalidad en menor grado o intensidad, bajo la misión de realizar una interpretación armónica entre el derecho interno y el derecho convencional, por su

parte la Corte Constitucional se encuentra habilitada para desplegar el control de convencionalidad en mayor grado de intensidad, siendo facultada para invalidar la norma que es contraria al régimen interno y lo dispuesto en el corpus iuris interamericano.

### **3.4 Control de Convencionalidad sobre el peligro para la comunidad en la detención preventiva**

En virtud del Control de Convencionalidad quedan los jueces sujetos a realizar examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que deberán aplicar al caso concreto, con los mandatos establecidos en la Convención Americana, los Protocolos adicionales y la jurisprudencia de la Corte IDH. De esta forma, además de estar el juez sometido al imperio de la Constitución y la ley, también lo está en su aplicación, y en la prohibición de soslayar el compromiso superlativo de garantías establecido en el derecho interamericano.

En línea con lo anterior, se elaboró en el primer y segundo capítulo una reflexión en materia de la divergencia entre el derecho nacional y el convencional, referente a la aceptación de la causal de peligro para la comunidad como una finalidad legítima de la prisión provisional.

De esta manera, en el régimen jurídico colombiano, se permite la imposición de la prisión preventiva con el fin de proteger a la comunidad en aras de impedir que continúe la actividad delictiva del imputado. No obstante, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la prisión preventiva solo puede fundamentarse en los fines de impedir la fuga y evitar el entorpecimiento de la investigación.

Ante dicha incompatibilidad, es preciso anunciar que el Control de Convencionalidad no implica optar por aplicar la normativa o jurisprudencia convencional y dejar de aplicar la nacional, sino que además sugiere conciliar el derecho interno con el convencional, a través de una interpretación convencional de la norma interna. Es decir, que solo en los casos donde la interpretación permita evidenciar una incompatibilidad absoluta, el Control de Convencionalidad se aplicada para declarar la invalidez de la misma. (Ferrer, 2010, Pág. 73 )

En línea con lo anterior, para poder armonizar la causal de implantación de la prisión preventiva develada en el peligro para la comunidad con las disposiciones internacionales vigentes en el sistema interamericano, se requiere de tener en cuenta el precedente de la Corte IDH en el caso “Norin Catriman Vs Chile”, donde se afirmó que la causal de peligro para la comunidad para que resulte conforme con la Convención Americana deberá interpretarse en el sentido de perseguir exclusivamente una finalidad procesal, es decir, que busque evitar que el imputado se fugue u obstaculice la acción judicial.

En la jurisprudencia de la Corte Constitucional, a través de la Sentencia C-469 de 2016, se cuestionó no solo la constitucionalidad el peligro para la comunidad como un argumento para la imposición de la prisión preventiva, sino además, su no adecuación a los artículos 7 (numeral 2,3 y 5 y 8 (numeral 1 y 2) de la Convención Americana.

Un argumento usual en las decisiones de la Corte, cuando se le reclama el ejercicio del Control de Convencionalidad, en orden a sostener esa adecuación constitucional que no convencional de la norma, es la libertad de configuración legislativa “no solo para personalizar

conductas, sino también para elaborar modelos de procesamiento acordes con la política criminal que pretenda promover, con los momentos y requerimientos de tipo histórico y político y las razones de convivencia pública que crea aconsejable atender. (Corte Constitucional, 2016, Sentencia C-469, párr. 23)

Entre ellos se incluye el diseño de medidas cautelares de carácter personal, facultad que, en todo caso, como se ha visto, encuentra sus límites en los principios protegidos por la Constitución y en la razonabilidad en la afectación de los derechos en el marco del proceso penal.

Sin embargo, en lo que se refiere al cargo formulado por el demandante, es, la posible inconformidad de buena parte de la norma (numerales 2 a 7 y el aparte atenuante a la probable vinculación con organización criminal del artículo 1° del artículo 310 de la Ley 906 de 2004) con la CADH, lo que de suyo implicaba el ejercicio del Control de Convencionalidad difuso por cuenta del más alto tribunal en materia constitucional, se limita a considerar que:

“dada la difusión de disposiciones sobre derechos humanos que presupone el bloque de constitucionalidad y la importancia que adquiere la interpretación de la CADH que realiza en particular la Corte IDH, deben procurarse interpretaciones conciliadoras y armónicas entre sus textos, que tiendan a ampliar el ámbito de protección de los derechos a mantener la idea de unidad que subyace a este estándar normativo”. (Corte Constitucional, 2016, Sentencia C-469, párr. 23)

Enseguida opta de las herramientas ofrecidas para la interpretación de los derechos fundamentales contenidos en la Carta Fundamental y su alcance en el Sistema Interamericano, por aquellas que puedan apoyar el ineludible reconocimiento de la Constitución como norma de normas, y deja de lado otras como el ejercicio del control de convencionalidad y la aplicación del principio *pro homine*.

Una decisión en este sentido implicaba que, desde la perspectiva convencional:

El derecho que se integra por el camino deberá hacerlo en la plenitud en que lo reconoce la CADH; esto es también con la interpretación que de él hagan los organismos que se erigen en sus intérpretes auténticos

El control de constitucionalidad comportará de manera ineludible un control de convencionalidad.

En el evento de existir contradicción entre la legislación interna y la convencional, ha de darse aplicación a la cláusula de favorabilidad en la interpretación de los derechos humanos.

Sin embargo, no solo a través de un salvamento de voto se plantea la necesidad que ese tribunal asuma el control de convencionalidad difuso, el que, de haberse aplicado en ese caso, determinaba la inexecutable de las normas que regulan dicho fin, al resultar contrarias a la CADH, tal como las reglas sobre la interpretación de los derechos contiene el Pacto de San José, según las que “ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a) Permitir a alguno de los Estados partes, grupo o personas, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la Convención o limitarlos en mayor medida que lo prevista en ellas. (Convención Americana de Derechos Humanos, 1969)

Bajo el balance jurídico presentado, es preciso coludir que no basta con satisfacer la dimensión positiva de los derechos, que implica para los Estados adelantar las acciones necesarias que garanticen su ejercicio pleno, sino que, además, frente a su dimensión negativa, se imponen deberes de contención, como evitar promulgar normas que lo impidan, o que se supriman o modifiquen las que los protegen. (Corte Constitucional, Sentencia C-391 de 1993)

De ahí que las restricciones impuestas al derecho a la libertad por vía legal, al consagrar como un fin de la detención preventiva el peligro para la comunidad, desconocen, no solo el deber de respeto a la libertad, sino también incursionan en el ámbito que se pretende contener, cual es la ampliación de criterios que habiliten una medida restrictiva. En otras palabras, abren paso a la arbitrariedad en su restricción.

Hay argumentos para afirmar que esto es algo que deben tener claro los jueces de control de garantías: su rol de protectores de los derechos fundamentales susceptibles de limitarse en el proceso penal distaría mucho de ejercerse a plenitud, si no tienen en cuenta que el derecho convencional constituye el ámbito de validez del derecho interno y que ello también es así en un entorno tan delicado como el de la medida de aseguramiento de detención preventiva, en tanto limita del derecho a la libertad personal.

## **Capítulo 4. Aplicabilidad de la excepción de inconveniencia sobre la medida de privación de la libertad preventiva frente a la causal de peligro para la comunidad.**

El derecho internacional fue el primer escenario de reconocimiento y protección de los derechos humanos, enmarcándose en herramientas de poder vinculante para los Estados circunscritos a las mismas, como lo es la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en la Convención Americana de Derecho Humanos, en adelante CADH, donde se adoptan compromisos por parte de cada Estado en materia de la protección de dichos derechos.

En Colombia, las disposiciones de dichas herramientas fueron adoptadas y transcritas en la Constitución Política de 1991, donde además se da prelación a las disposiciones de los Convenios y Tratados que propenden por la protección de los derechos humanos. En este contexto, se reconoce la dignidad humana, el debido proceso y la libertad, como ejes fundamentales del modelo de Estado representativo, pluralista, democrático y social de derecho, como lo es Colombia, a partir de la Carta Magna del 91, expidiéndose nuevos cuerpos normativos sujetos a armonizar con las disposiciones de la norma superior.

En este contexto, nace un nuevo sistema penal acusatorio enmarcado en la Ley 599 del 2000 y la Ley 906 de 2004, y sus respectivas normas complementarias y modificatorias de los últimos veinte años. En el Código de Procedimiento Penal, así como en el Código Penal, el legislador establece las modalidades de las sanciones y su procedimiento para la imposición de las mismas.

En relación con la medida de aseguramiento, el artículo 306 del Código de Procedimiento Penal, modificado por la Ley 1453 de 2011, establece lo pertinente a la solicitud de la imposición de medida de aseguramiento por parte del ente acusador. En el marco del artículo 306 de la Ley 906 de 2004, se ha establecido lo relacionado con la solicitud para la imposición de la medida de aseguramiento, que se encuentra en cabeza del fiscal y quien dirige la misma ante el juez de garantías, indicándose en dicha solicitud la identificación del procesado, así como la conducta punitiva, los elementos de conocimiento que sustentan la medida y su urgencia, para que se estudien y evalúen durante la audiencia permitiéndose que la defensa haga efectiva la controversia sobre el material probatorio y argumentos de la fiscalía. (Ley 906 de 2004, Art. 306)

Así mismo, el artículo 307 clasifica las medidas de aseguramiento, entre privativas de la libertad y no privativas de la libertad, siendo las primeras la detención preventiva en establecimiento de reclusión y la segunda la detención preventiva en la residencia señalada por el imputado, siempre que esa ubicación no obstaculice el juzgamiento. (Ley 906 de 2004, Art. 307)

El artículo 308 de la Ley 906 de 2004, el legislador dispuso que serán requisitos para la imposición de la medida de aseguramiento, primero que la misma evidencia que es necesaria para evitar que el imputado obstruya su responsabilidad ante el aparato judicial; segundo que el imputado constituya un peligro para la seguridad de la sociedad o en su defecto de la víctima de la conducta punitiva; y tercero que resulte probable que el imputado no comparezca al proceso o cumpla con la sentencia judicial. (Ley 906 de 2004, Art. 308)

En el marco del artículo 310, el legislador configuró como condicionamiento para solicitar la medida de aseguramiento bajo el argumento del peligro para la comunidad; primero que el imputado en libertad pueda continuar con la actividad delictiva o se vincule con organizaciones criminales; segundo el número de conductas punitivas que se le imputen, así como la naturaleza de los mismos; tercero el hecho de encontrarse disfrutando de algún subrogado o sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delitos dolosos o preterintencionales; cuarto, que existen sentencias condenatorias vigentes por delitos doloso o preterintencionales; quinto, que la conducta punitiva se haya ejecutado con el uso de armas de fuego o corto punzantes; sexto, que la conducta configure abuso sexual con menor de 14 años y séptimo cuando hagan parte de organizaciones criminales. (Ley 906 de 2004, Art. 310)

Es importante mencionar antes de adentrarnos frente a la aplicabilidad de un Control de Convencionalidad, resaltar unos pronunciamientos de la Corte Constitucional en sentencia C-327 de 2016, que ha utilizado para sostener la idea de repeler un aparente “Supraconstitucionalidad”, en otras palabras, significa que, las interpretaciones de los tratados internacionales prevalecen por encima de la Constitución Política y que tal concepto debe ser rechazado según la Corte.

Dichos pronunciamientos radican en dos puntos, el primero frente a la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al considerarla como criterio de interpretación y no vinculante y segundo, frente al desconocimiento del instrumento del Control de Convencionalidad en Colombia. (Corte Constitucional, Aclaración de voto Sentencia C-327 de 2016)

En esta misma aclaración de voto, la Magistrada, es clara al establecer que Colombia al ser un Estado Parte de la CADH, la función jurisdiccional de la Corte IDH es vinculante para el país, por lo que negar dicho valor vinculante de su jurisprudencia es inconsistente con la razón de ser de la Corte, toda vez que la tarea esencial del tribunal regional es la de mantener y desarrollar la unidad de interpretación en lo referentes a la protección y promoción de los derechos humanos. (Corte Constitucional, Aclaracion de voto Sentencia C-327 de 2016)

Centrándonos nuevamente en el caso de la medida preventiva del peligro para la Comunidad y de conformidad con las disposiciones del legislador, encontramos que las reglas de interpretación y valoración de las circunstancias para solicitar la medida de aseguramiento privativa de la libertad bajo el argumento del peligro para la comunidad, puede entenderse desde diferentes ámbitos, lo cual queda sujeto a la objetividad con la cual el ente acusador argumente la necesidad de aplicar la misma, pero a su vez, resulta que su amplitud, presenta controversia con lo dispuesto en relación con las excepciones para restringir la libertad del ciudadano, tal como lo asegura la CADH en su artículo 7, establece que todas las personas gozan del derecho a la libertad y la seguridad personal, a no ser privado de la libertad física, salvo a que por causales fijadas previamente en las Constituciones Políticas de cada Estado o en las normas internas, se fijen limitaciones al mismo y a que no sean sometidos detenciones o encarcelamientos de forma arbitraria.

El numeral quinto del Artículo 7 de la Convención Americana de los Derechos Humanos establece que todas las personas que sean detenidas o privadas de la libertad en el marco de las causales establecidas en la ley o la Constitución Política de cada Estado, deberá garantizársele un

debido proceso, es decir que se presente sin demoras, ante un juez o autoridad competente, en un plazo razonable o a que regrese a la libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. (Convención Americana de Derechos Humanos, 1969)

Conforme a lo expuesto, es importante citar lo manifestado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en que asegura que la prisión preventiva que restringe la libertad personal del procesado, será invocada siempre y cuando se cumplan con los indicios suficientes de culpabilidad de la persona sometida a un proceso y que sea estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia (...). (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Palamara Iribarne Vs. Chile)

En virtud del cumplimiento de las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos, Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Protocolos Adicionales, se establece la institución del Control de Convencionalidad, en el que todos los jueces nacionales deben realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones internas y dichos criterios internacionales, donde se ha venido realizando aportes a la aceptación de la causal de peligro para la comunidad como una finalidad legítima de la prisión provisional, exaltándose la incompatibilidad de criterios y concluyendo que la causal de peligro para la comunidad solo puede ser utilizada para alcanzar fines de aseguramiento procesal: impedir la fuga o la obstaculización de la investigación. Lo que no parece razonable y estaría fuera de los parámetros interpretativos de la Corte IDH, es que el juez nacional disponga el encarcelamiento

provisional con base en que el inculpatado puede proseguir con la actividad delictiva. (Palacios, 2018)

En revisión de dicha causal por la Corte Constitucional colombiana, mediante Sentencia C-469 de 2016, se concluyó que existe una postura constante y uniforme de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a la detención preventiva, en relación con las causales bajo las cuales procede la misma. Las mismas son: (i) riesgo de fuga; y (ii) obstaculización de la justicia. En consecuencia, de conformidad con estos estándares internacionales, una causal soportada sobre “la protección de la sociedad” resulta inadmisibile. (Corte Constitucional, 2016, Sentencia C-469, párr. 23)

Conforme a los argumentos expuestos, es posible coludir que la Corte IDH, en relación con las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos, exige que las medidas preventivas que limitan el derecho a la libertad, se sujeten a los criterios constitucionales y legales, y que la misma se tenga como excepción cuando haya certeza de la culpabilidad del sujeto, mas no de su peligrosidad o de las posibilidades que este tenga para dilatar las diligencias del proceso.

Bajo dicho contexto, hemos formulado como pregunta de investigación ¿De qué manera puede plantearse la excepción de inconvencionalidad frente a la medida de aseguramiento impuesta con base en la causal de peligro para la sociedad?

Como se ha expuesto, la visión legal de Colombia frente a la detención preventiva encuentra su fundamento en los artículos 2, 295, 296 y 307 a 313 del Código Procedimiento de Penal, siendo el mismo objeto de diferentes modificaciones desde su expedición, expandiéndose su uso, muy a pesar de los principios de proporcionalidad, razonabilidad, gradualidad o excepcionalidad.

Sin embargo, es claro que la justificación legal que se le ha dado a la medida de prevención preventiva no acoge los estándares que fijó el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, en tanto a la causal del peligro para la comunidad, pues como se ha expuesto esta, no comporta un fundamento legal para la imposición de la misma, y aun así el legislador colombiano lleva décadas justificándolo como legal.

De conformidad con el estudio que realizó la Corte Constitucional a través de la Sentencia C-469 de 2016, evidencio esta situación argumentando que:

- i) La libertad de configuración legislativa no es un principio absoluto y encuentra sus límites en la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos, siendo precisamente ese desarrollo el que restringe la legitimidad de los fines de la detención preventiva a la protección del proceso y no aquellos que respondan a fines de la detención preventiva a la protección del proceso y no aquellos que respondan a fines punitivos

- ii) Si bien el art. 250. 1 de la Constitución Política puede sustentar el peligro para la comunidad, no necesariamente debe ser en el ámbito de la detención preventiva, pues también puede apoyar medidas no aflictivas de la libertad
- iii) Su examen partió del desconocimiento del derecho a la libertad personal a partir de su desarrollo en el bloque de constitucionalidad en sentido estricto, lo cual obligaba a examinar el art. 7 de la CADH, con jerarquía constitucional
- iv) La interpretación que de él realizó no aplicó de forma prevalente el principio pro homine
- v) Y a pesar de que el Control de Convencionalidad difuso es otra de las herramientas que la máxima corporación en materia constitucional tiene para ofrecer una interpretación que acoja esos parámetros de interpretación del derecho en comento, optó por evadirlo, tal como lo planteó el salvamento de voto. (Corte Constitucional, 2016, Sentencia C-469, párr. 23)

Al plantear la aplicación del Control de Convencionalidad en relación con la causal de peligro para la comunidad como argumento legal en Colombia para aplicar la detención preventiva, se ha podido establecer que en el marco de dicho control y del principio pro Homine, permiten evidenciar la incompatibilidad de la medida con las reglas establecidas por el SIPPDH.

En línea con lo anterior, encontramos que los jueces de control de garantías, que son los facultados para imponer la medida de detención preventiva bajo la causal del peligro para la comunidad, encuentran un dilema jurídico, debido a que la Constitución Política y el régimen normativo interno, le señalan la autorización para aplicar la misma, y por otro lado, la

jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos y los informes de la Comisión Interamericana de derechos humanos proscriben ese peligro como uno de los fines que motiven esa medida de detención preventiva. (Tribunal Superior de Bogotá, Decision medida de aseguramiento del 21 de Mayo del 2021, 2021)

En un pronunciamiento excepcional y progresista realizado por el Magistrado José Joaquín Urbano, el presente año, se afirmó que al analizar el tema de la causal de peligro para la comunidad como fundamento legal para la imposición de la detención preventiva, la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos como su interprete autorizado y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no es, de cara a la Convención Interamericana de Derechos Humanos, un fin legítimo de la medida de aseguramiento.

Lo anterior, infiere una postura que permite avanzar con lo referente a dar aplicabilidad a los preceptos y principios propios que conforman el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, dando apertura para cuestionar y analizar la imposición de una medida de aseguramiento restrictiva de la libertad argumentada bajo el peligro para la comunidad. Es de suma importancia este precedente al considerarse que se adopta por el único Tribunal de Garantías en Colombia, acobijando unos argumentos que sólidamente dan paso a desvirtuar una causal que riñe y controvierte fuertemente la Convención Americana de derechos humanos y la Jurisprudencia desarrollada por la Corte I.D.H. El Magistrado resalto los siguientes argumentos:

Esta Corte ha dicho que para que la medida privativa de la libertad no se torne arbitraria debe cumplir con los siguientes parámetros: que su finalidad sea compatible con la Convención; que sea idónea para cumplir con el fin perseguido; que sea necesaria, es decir, absolutamente indispensable para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido; que sea estrictamente proporcional de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción de la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida, y cualquier restricción a la libertad que no contemple una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y por lo tanto violará el artículo 7.3 de la Convención.-Continúa-. Asimismo, la Corte reitera que la privación de la libertad del imputado sólo debe tener como fin legítimo el asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia. -Esta parte vale la pena reiterarla-. Asimismo, la Corte reitera que la privación de la libertad del imputado sólo debe tener como fin legítimo el asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia. (Tribunal Superior de Bogotá, Decisión medida de aseguramiento del 21 de Mayo del 2021, 2021)

En esta medida, encontramos posiciones muy centradas frente a la manera en la que debería acogerse la medida de detención preventiva para que su causal de peligro para la comunidad, resulte conforme a los parámetros del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

En posición de (Belalcarzar, 2021), se afirma que:

Aun cuando el efecto de la vinculación al bloque de constitucionalidad en sentido estricto se haga más nítido en ausencia de normas que se ocupen de regular una determinada materia, ello no necesariamente significa que cuando existan normas en otros instrumentos internacionales, solo se acojan desde la perspectiva orientadora o interpretativa. Este es el alcance que la jurisprudencia de la C.C. le ha otorgado a las normas que integran el bloque de constitucionalidad en sentido lato.

En consecuencia, la prevalencia de los derechos humanos no susceptibles de suspensión en estados de excepción, debe aplicarse de manera inequívoca, esto es, en reconocimiento de su jerarquía constitucional. (Pág. 112)

Con fundamento en lo anterior, la libertad personal acogida en el artículo 7 de la Convención, prohíbe que se actúe arbitrariamente frente a la libertad, toda vez que nos encontramos frente a un derecho que no es susceptible de suspensión en estado de excepción, aun a pesar de no encontrarse en el listado de derechos y garantías que ese cuerpo normativo contempla con ese carácter.

Así las cosas, desde la perspectiva convencional y constitucional, el Estado debe asumir el reconocimiento del tratamiento que en mayor medida desarrollo un derecho fundamental y un derecho humano que, conforme lo expuesto, puede hallarse en el Sistema Interamericano.

Bajo la exposición de la Corte IDH los fines que permean la detención preventiva para su armonía con la Convención se enmarca en la salvaguarda del proceso, o al cumplimiento la sentencia.

En este sentido afirma (Belalcarzar, 2021) que:

Solo en esa medida puede evaluarse el cumplimiento de las obligaciones de protección, promoción y respeto de los derechos humanos por los Estados Parte, lo cual evidencia que una decisión que afecte esa prerrogativa puede ser legal desde la óptica interna, pero arbitraria desde el escrutinio que el SIPDH amerite.

Conforme a lo anterior, cuando el ordenamiento interno, consagra un fin adicional para legitimar la medida privativa de la libertad, si bien su imposición puede encontrarse ajustada a la legalidad, podría entenderse incompatible con el SIPDH, no solo por la contradicción con los lineamientos fijados por la Corte IDH o la CIDH, sino por cuanto entraña el desconocimiento de los estándares allí fijados en punto a la prohibición de privación arbitraria de la libertad, cuanto más si de ella no se constata un fin procesal, sino preventivo.

Conforme a la premisa anterior, es preciso establecer que la existencia de las contradicciones entre las normas analizadas, deben encontrar una armonía con lo planteado por la Corte Constitucional, en referencia con el desarrollo jurisprudencial que se la ha dado en bloque de constitucional, donde además, prevalece el principio pro homine, que permitirá la

escogencia del estándar más alto de garantía e incluso el adecuado ejercicio del Control de Convencionalidad.

Al proferirse la Sentencia C-469 de 2016, se evidencia la existencia de un vacío, partiendo de que no se planteó un debate jurídico en relación con la limitación al derecho a la libertad, bajo la prohibición de arbitrariedad, al omitir el sentido y alcance de esa prerrogativa en la CADH.

En síntesis, encontramos que al aplicar el control de convencionalidad, es preciso indicar que la Corte IDH es competente para conocer de los casos que tiene relación con el cumplimiento de compromisos de los Estados Parte, así como también para analizar el debido ejercicio del “Control de Convencionalidad” por el juez nacional cuando existan violaciones al Pacto de San José, lo que permite establecer que en relación con este control, que también debe aplicarse por los jueces, en el marco de sus competencias, para examinar la compatibilidad de los actos y normas nacionales con el corpus iuris interamericano y la jurisprudencia convencional, la medida de detención preventiva resulta aniquiladora del derecho a la presunción de inocencia y la libertad del ciudadano investigado, por cuanto es completamente contraria a las premisas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, es así que la medida deberá analizarse en casos concretos bajo los criterios antes expuestos, y así mismo, establecerse en Colombia un criterio jurisprudencial mucho más preciso, que le permita a los jueces guiar su procedencia en cada caso particular.

En relación con el estudio de inconvencionalidad, es relevante concluir que la medida de detención preventiva resulta incompatible con las disposiciones del SIPPDH, por cuándo debe replantearse en relación con las disposiciones que asume la Convención y la Corte IDH para que resulte legítima y armoniosa con el derecho convencional.

## Conclusiones

La restricción de la libertad personal bajo una medida de aseguramiento sustentada en el peligro futuro de la seguridad de la sociedad desconoce en gran medida otras garantías judiciales que están adheridas a este derecho, como es la presunción de inocencia, el principio de legalidad y el habeas corpus, desconociendo esta medida de aseguramiento la protección permanente que debe tener el derecho a la libertad, porque si bien, es un derecho susceptible de limitarse en un estado de excepción, dicha limitación no es absoluta.

De igual manera esta medida de aseguramiento soslaya las garantías constitucionales que se encuentran contenidas en el artículo 29 de la Constitución Política, y también contravienen la Convención Americana de Derechos Humanos, pues como se ha anunciado en el desarrollo de los anteriores capítulos, la Corte IDH de formar permanente y uniforme en sus excelentísimos pronunciamientos, solo reconoce como causales para solicitar esta medida bajo fines procesales, tales como la obstrucción a la justicia y el peligro de fuga.

Es así, que, solicitar una medida de aseguramiento bajo el argumento de que el imputado representa un peligro futuro para la seguridad de la sociedad, no resulta armónico con el corpus iuris interamericano, pues esta solo persigue fines no procesales, por lo cual la Corte IDH en su jurisprudencia desconoce que se pueda invocar esta medida de aseguramiento que solo persigue fines que caracteriza a una pena mas no a una medida cautelar que envuelven a la medida de aseguramiento preventiva.

De acuerdo lo anterior, es evidente la existencia de una contradicción entre las normas de orden interno, que regulan lo relacionado con el peligro para la comunidad como causal para la implementación de la prisión preventiva y las reglas de interpretación adoptadas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, donde se ha excluido la causal de peligro a la comunidad. Al integrarse el Control de Convencionalidad y el principio de prevalencia del derecho internacional sobre las normas de orden interno, se puede coludir la incompatibilidad entre la disposición interna y las disposiciones de la Convención Americana, donde deberá darse prevalencia a la norma convencional

A partir de lo expuesto, es evidente que, en los casos de imposición de la medida de prisión preventiva, es preciso que los jueces nacionales como auténticos jueces interamericanos dotados de la facultad para ejercer un control de convencionalidad difuso, apliquen el control de garantías, absteniéndose de decretar la misma, bajo el argumento del peligro para la comunidad, en virtud de los argumentos de la Convención Americana sobre Derechos humanos y la interpretación de la Corte IDH.

Así las cosas, es posible proponer la excepción de inconvencionalidad del artículo 310 de la ley 906 de 2004, que justifica la causal del peligro para la comunidad, por su alcance de interpretación en el entendido que predice la continuidad de la actividad delictiva, fundamento que resulta contrario a la jurisprudencia del alto tribunal regional y se traslada al deterioro de las garantías fundamentales del procesado, lo anterior, partiendo de la prevalencia de la interpretación de la Corte IDH, respecto a la argumentación para la imposición de la medida

preventiva de detención, así como a la obligación que tienen todos los Estados parte, de aplicar las disposiciones de la Convención Americana.

Por ende, Los jueces penales por las disposiciones contenidas en el derecho interamericano están facultados para dar prevalencia a la interpretación más favorable en razón de la aplicación efectiva del principio pro homine y apartarse de la interpretación inconvencional de la jurisprudencia interna.

## Referencias

Acto Legislativo 03 de 2002, "Por el cual se reforma la Constitución Nacional". (Congreso de Colombia). Recuperado el Febrero de 2021, de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=6679>

Andreu, F., Antkowiak, T., Ayala, C., Beloff, M., Berroni, J., Caballer, J. L.,... Elizalder, P. (2014). *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*. México: Fundación Konrad Adenauer.

Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de 1991 (Asamblea Nacional Constituyente). Recuperado el Diciembre de 2020, de [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991.htm](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.htm)

Belalcarzar, R. M. (2021). *El peligro para la comunidad. Un fin de la detención preventiva incompatible con el Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos*. Ediciones Nueva Jurídica.

Bernal, C. J., & Montealegre, L. E. (2013). *El proceso penal, estructura y garantías procesales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Congreso de Colombia. Ley 1142 de 2007, Por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana. Recuperado el Diciembre de 2020, de [https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley\\_1142\\_2007.htm](https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_1142_2007.htm)

Congreso de Colombia. Ley 1453 de 2011, Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad.. Recuperado

el Diciembre de 2020, de

[http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1453\\_2011.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1453_2011.html)

Congreso de Colombia. 2000. Ley 599. Por la cual se expide el Código Penal. Recuperado el

Diciembre de 2020, de

[http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0599\\_2000.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html)

Congreso de Colombia. 2000. Ley 600. Art. 3. Recuperado el 2021, de

[http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0600\\_2000.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0600_2000.html)

Congreso de Colombia. 2004. Ley 906, Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.

(C). Recuperado el 2021, de

[http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0906\\_2004.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html)

Convención Americana de Derechos Humanos (Organización de Estados Americanos, OEA).

Recuperado el 2021, de [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm)

[32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm)

Corte Constitucional, Sentencia C 774 de 2001. Recuperado el 2021, de [https://vlex.com.co/vid/-](https://vlex.com.co/vid/-43615014)

[43615014](https://vlex.com.co/vid/-43615014)

Corte Constitucional, Sentencia C-301 de 1993 (Magistrado Ponente: EDUARDO CIFUENTES

MUÑOZ). Recuperado el 2021, de [https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/c-](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/c-301-93.htm)

[301-93.htm](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/c-301-93.htm)

Corte Constitucional, Sentencia C-327 de 1997, Referencia: Expediente D-1527 (Magistrado

Ponente: Dr. FABIO MORÓN DÍAZ.). Recuperado el 2021, de

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-327-97.htm>

Corte Constitucional, Sentencia C-391 de 1993, Ref.: Expediente D-267 (Magistrado Ponente: Dr. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO). Recuperado el 2021, de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=11730>

Corte Constitucional, Sentencia C-395 de 1994, EXPEDIENTE No. D-538 (Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz.). Recuperado el 2021, de <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1994/C-395-94.htm>

Corte Constitucional, Sentencia C-395 de 1994 (Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz.). Recuperado el 2021, de <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1994/C-395-94.htm>

Corte Constitucional, Sentencia C-469 de 2016, Referencia: Expediente D-11214 (Magistrado Ponente: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA). Recuperado el Febrero de 2021, de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-469-16.htm>

Corte Constitucional, Sentencia C-774 de 2011 (Magistrado Ponente: Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL). Recuperado el 2021, de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-774-01.htm>

Corte Constitucional, Sentencia C-730 de 2005. Recuperado el 2021, de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=97250>

Corte Constitucional, Aclaración de voto Sentencia C-327 de 2016, Referencia: expediente D-11058 (Magistrada ponente: GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO). Recuperado el 2021, de <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2016/C-327-16.htm>

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Almonacid Avellano y Otros Vs Chile (2006). Recuperado el 2021, de [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf)

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Acosta Calderón Vs. Ecuador, Sentencia de 24 de junio de 2005 (2005). Recuperado el Diciembre de 2020, de [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_129\\_esp1.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_129_esp1.pdf)

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Norin Catriman Vs Chile”, (2013). Recuperado el 2021, de <https://sentencias.indh.cl/handle/88/5>

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs México. Recuperado el 2021, de [https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha\\_tecnica.cfm?nId\\_Ficha=343](https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=343)

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de personas dominicanas y ahitianas expulsadas Vs República Dominicana (2014). Recuperado el 2021, de [https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_282\\_esp.pdf](https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_282_esp.pdf)

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Gelma Vs Uruguay, Fondo y Reparaciones. (2011). Recuperado el 2021, de [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_221\\_esp1.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf)

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Hilaire, Constatine y Benjamin y otros Vs Trinidad y Tobago. Recuperado el 2021, de [https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha\\_tecnica.cfm?nId\\_Ficha=269](https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=269)

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Myrna Mack Chang Vs Guatemala. (2003). Recuperado el 2021, de [https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha\\_tecnica.cfm?nId\\_Ficha=287](https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=287)

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Palamara Iribarne Vs. Chile, Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Recuperado el Diciembre de 2020, de [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_135\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf)

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-21/14, DERECHOS Y GARANTÍAS DE NIÑAS Y NIÑOS EN EL CONTEXTO DE LA MIGRACIÓN Y/O EN NECESIDAD DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL. Obtenido de <https://www.acnur.org/5b6ca2644.pdf>

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Trabajadores cesados del Congreso Vs Perú. Recuperado el 2021, de [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_158\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf)

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez, Caso Tibi Vs Ecuador (2004). Recuperado el 2021, de [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_114\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf)

Ferrajoli, L. (2014). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta S.A.

Ferrajoli, L. (2014). *Escritos sobre derecho penal. Nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi.

Ferrer, M.-G. E. (2010, Pág. 73). *El control difuso de convencionalidad en el Estado de Constitucional*. México: Colegio Nacional y UNAM.

García, R. S. (2012, Pág. 214). *El control judicial interno de convencionalidad*. México: Fundap.

Giraldo, A. J. (2012). *Metodología y Técnicas de Investigación Jurídica*. Recuperado el 2021, de <https://repositorio.unibague.edu.co/bitstream/20.500.12313/307/1/Jaime%20Giraldo%20C3%81ngel%20I.pdf>

Leyva, M. (s.f.). *LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS: SU EFECTO VINCULANTE EN COLOMBIA*. Universidad Libre. Recuperado el Febrero de 2021, de <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/15406/LAS%20MEDIDAS%20CAUTELARES%20EN%20EL%20SISTEMA%20INTERAMERICANO%20DE%20DERE>

CHOS%20HUMANOS.pdf?sequence=1&isAllowed=y#:~:text=Las%20medidas%20cautelares%20son%20acciones,misma%20aunque%20cambi

Organización de Estados Americanos, OEA. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (O). Recuperado el 2021, de <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>

Organización de Naciones Unidas, ONU 1948. Declaración Universal de los Derechos Humanos (O). Recuperado el 2021, de <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

Magalhaes, G. F. (1995). *Presunción de inocencia y prisión preventiva*. Santiago: Conosur.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 9, Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 (Organización de Naciones Unidas, ONU). Recuperado el 2021, de <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>

Palacios, M. L. (2018). *Detención Preventiva y Control de Convencionalidad. El peligro para la comunidad desde la perspectiva del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Bogotá: Ibáñez.

Presidente de la República de Colombia. Decreto 050 de 1987, Art. 414, CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Recuperado el Febrero de 2021, de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1700897>

Tribunal Constitucional Español, Sentencias No 107 de 1984 y 147 del 2000.

Tribunal Superior de Bogotá, Decisión medida de aseguramiento del 21 de Mayo del 2021 (M.P. José Joaquín Urbano 2021). Recuperado el 2021, de <https://www.youtube.com/watch?v=kHh9PMo4zbE>

Zabaleta, A. (1954; Pág. 81). *La prisión preventiva y la libertad provisionaria*. Buenos Aires.