

La detención preventiva carcelaria. Sustituible por la vigilancia electrónica*

FREDY ALONSO MAZO CHAVARRÍA**

Resumen

La presente investigación se desarrolla en el plano normativo, hace énfasis en identificar los *finés, clases, procedencia y requisitos* de las medidas de aseguramiento. Se estudia la vigilancia electrónica, sus tipologías, características técnicas, su ámbito de cubrimiento espacial, y su regulación administrativa en Colombia. Además se muestra la doble función que cumple, tanto como pena y como medida de aseguramiento, y su autonomía en ambos escenarios. Se desarrolla el tema de la detención preventiva carcelaria y se establece que puede sustituirse por la vigilancia electrónica, para ello se propone la interpretación semántica de los artículos 313 y 315 de nuestro código de procedimiento penal de la ley 906 de 2004 actualmente vigente dando una mirada a los artículos 250 de la Constitución Nacional, los artículos 2, 295, 296, 307 a 312 y 316 ley 906 de 2004 entre otras normas y fuentes.

* Estas líneas son el extracto del trabajo de investigación adelantado por el autor como requisito de grado de la Maestría en Derecho Penal, modalidad investigativa, de la universidad EAFIT –Colombia- cohorte 2013. La asesoría académica del trabajo estuvo a cargo del profesor Juan Carlos Álvarez Álvarez. Se han realizado algunas correcciones y se ha complementado en algunos puntos a efectos de adecuarlo para esta publicación.

** Abogado Penalista y especialista en derecho administrativo de la Universidad de Medellín –Colombia-, especialista en derecho penal y Magíster en derecho penal, modalidad investigación, de la Universidad EAFIT –Colombia-; formación complementaria en la Universidad Nacional de Rosario –República Argentina- y en la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid –España-. Docente en la corporación universitaria Lasallista –Colombia- y litigante en el área del Derecho Penal. E-mail: fredymazo1@yahoo.es

Abstract

This research analyzes the purposes, classes, origin and requirements of the prison custody. This paper also addresses the electronic surveillance and its administrative regulation in Colombia. The possibility of replacing the custody by electronic surveillance is also discussed, based on the interpretation of articles 313 and 315 of our criminal law procedure and article 250 of the Constitution.

Palabras clave

Medidas aseguramiento, vigilancia electrónica, detención preventiva.

Key words

Custody, electronic surveillance, detention.

Sumario

1. Introducción. 1.1 Punto de partida. 1.2 El procedimiento. 2. Las medidas de aseguramiento en Colombia. Su evolución normativa y el surgimiento de la vigilancia electrónica. 3. El mecanismo de vigilancia electrónica. 3.1 Tipologías, principales características técnicas, su ámbito de cubrimiento espacial, y la regulación administrativa en Colombia. 3.2 Su autonomía como pena y como medida de aseguramiento. 3.2.1 Su autonomía como pena. 3.2.2 Su autonomía como medida de aseguramiento. 4. La detención preventiva carcelaria. 4.1 Interpretación en el derecho internacional. 4.2 Su mirada en una línea de la doctrina. 4.3 Su duración y otros aspectos. 5. La vigilancia electrónica como medida sustitutiva de la detención preventiva carcelaria en Colombia. 5.1 Generalidades. 5.2 Verificación, en Colombia, de los fines, clases, procedencia y requisitos -generales y específicos-. 5.2.1 Fines. 5.2.2 Clases. 5.2.3 Procedencia. 5.2.3.1 La interpretación del artículo 315 y la medida de aseguramiento de vigilancia electrónica. 5.2.3.2 La interpretación del artículo 313 y la detención preventiva carcelaria. 5.2.4 Requisitos. 5.2.4.1 Requisitos generales. 5.2.4.2 Requisitos específicos. 6. Respuesta a la pregunta inicial.

1. Introducción

1.1 Punto de partida

Para iniciar este trabajo podemos formularnos el siguiente interrogante: *¿Puede, en Colombia, la detención preventiva carcelaria ser sustituida por la vigilancia electrónica?*

La imposición de la medida de aseguramiento presupone la verificación de diversos aspectos—cuatro en total-, el primero de los cuales se refiere a los *finés*, el segundo las *clases*, el tercero la *procedencia* y, el cuarto y último el de los *requisitos* —*generales y/o específicos*-. Estos se deben de recorrer en esa cronología independiente del orden o ubicación que el legislador hace al respecto. Se entiende que este debe ser el orden, dado que cuando se pretende imponer una medida de aseguramiento, lo primero que se piensa es: i) Con qué fin se va a imponer; ii) luego se busca las medidas de aseguramiento disponibles; iii) luego se recorre el camino de determinar si de esas clases de medidas de aseguramiento disponibles, para el caso concreto, procede una de ellas en particular y; iv) verificar si esa medida de aseguramiento cumple los requisitos —*generales y/o específicos* para imponerse.

Nuestra práctica profesional nos permite afirmar que ese es el ejercicio que muchas veces se hace y en esos casos nuestro aporte va dirigido a delimitar más y mejor este ejercicio. Para los casos en que no se hace de esta manera, se pretende dar las pautas para que en lo sucesivo se haga de esta forma. Nos motiva la elaboración de estas líneas, el hecho de que cuando el ejercicio se hace de la forma acabada de indicar, en ocasiones los resultados aparecen de una forma tan ligera y con unas interpretaciones tan erróneas que hiere a los ojos y que, en nuestro concepto, es menester corregir para evitar que se siga arrasando con el principio de legalidad y las garantías de los procesados; y ni que decir de los resultados cuando el ejercicio no se hace en la forma que se acaba de mencionar, omitiendo alguno de los requisitos insalvables ora por vía de interpretación, ora por vía de omisión legislativa.

1.2 El procedimiento

En cuanto a los *finés*:

a) Si no hay fin que satisfacer. En este escenario no se puede avanzar en la tarea de imponer medida de aseguramiento alguna por ser el primer requisito de este procedimiento, la no existencia de un fin que satisfacer ocurre por tres razones a saber: i) El legislador no los estableció, ii) El legislador estableció fines para satisfacer con las medidas de aseguramiento pero acto seguido no los reguló expresa

y claramente detallando cuándo se entiende que ciertas situaciones dan frente a determinado fin, o sea no desarrollaron normativamente los fines. Colombia tiene legislación sobre los fines pero algunos de ellos carecen de la regulación acabada de mencionar y; iii) Existen fines en la legislación y a la postre están debidamente regulados, pero para el caso concreto hay una realidad procesal contraria al fin, o sea, no hay necesidad de satisfacer ningún fin, como por ejemplo con el riesgo de no comparecencia al proceso, en donde esté demostrado que el procesado fue el que se presentó voluntariamente, fue incluso el que dio la noticia criminal, siempre ha atendido los llamados y citaciones, ha participado activamente en el proceso etc. Salta a la vista que aunque exista este fin en la legislación y esté debidamente regulado o desarrollado legislativamente, la realidad procesal es contraria al fin y la satisfacción de éste pierde sentido.

b) Si hay por lo menos un fin que satisfacer. En este caso se puede avanzar en el siguiente paso del procedimiento para imponer alguna medida de aseguramiento.

En cuanto a las *clases*:

c) Si no existe en el ordenamiento jurídico clase alguna de medida de aseguramiento. Muy escaso este escenario, pero de darse no se puede continuar con este procedimiento ya que si el legislador ha establecido y regulado unos fines para satisfacer con las medidas de aseguramiento pero acto seguido no establece las clases de éstas que se tendrán disponibles.

d) Si existe una o varias clases de medidas de aseguramiento en el ordenamiento jurídico. En este evento lo único que hay que hacer es identificarlas y continuar con este procedimiento, teniendo en cuenta que sólo se podrán imponer las medidas de aseguramiento que ofrezca el ordenamiento jurídico y no otras.

En cuanto a la *procedencia*:

e) Si no existe regulación sobre la procedencia de forma específica. Esto es, no existe norma que diga que para este o aquel delito en particular procede esta o aquella medida de aseguramiento de forma específica, como cuando se dice que en el delito de homicidio cometido contra un niño, niña o adolescentes sólo es procedente la medida de aseguramiento de detención preventiva carcelaria, excluyendo de esta forma la posibilidad de imponer otra clase de medida de aseguramiento. Así entonces, en estos eventos donde se carece de la regulación sobre la procedencia de forma específica, se procede a entender que puede proceder cualquiera de las clases de medidas de aseguramiento que ofrece de manera general la legislación, quedando a salvo el principio de legalidad por cuanto se estaría imponiendo una medida de aseguramiento que ofrece el ordenamiento jurídico.

f) Si existe regulación sobre la procedencia de forma específica. En este caso hay que determinar dos caminos posibles a saber: i) Si la procedencia se regula de forma rígida, en cuyo caso debe tenerse en cuenta solamente lo que la norma rígidamente estatuye y por ende considerar, como medida de aseguramiento, la clase o las clases de medida que haya ordenado imperiosa y taxativamente la norma para esos casos concretos y, ii) si la procedencia se regula de forma flexible, en ese caso la enunciación que se hace sirve como criterio orientador, de valoración etc., pero nunca como criterio obligatorio como es obvio, dada su flexibilidad en el lenguaje utilizado por el legislador.

En cuanto a los *requisitos –generales y/o específicos-*

g) Si no existen requisitos. La omisión legislativa en cuanto a requisitos -ya sean generales y/o específicos- es insalvable y no pudiera seguirse con este procedimiento, ello por cuanto es deber del legislador no sólo establecer fines para las medidas de aseguramiento, determinar las clases de las mismas, sino también asignarle por lo menos requisitos para su imposición, no hacerlo se torna en el desconocimiento del principio de legalidad entre otros y dejaría al arbitrio judicial su regulación, lo que llevaría a una inseguridad jurídica que no se puede tolerar en el estado de cosas en las que nos encontramos hoy.

h) Si existen requisitos. En este caso se debe proceder a su cumplimiento ya que si no se cumplen se trunca la posibilidad de continuar con este procedimiento. Si además de existir estos requisitos, se cumplen a cabalidad, se abre paso a terminar con este procedimiento imponiendo la medida escogida y que cumplió con todo este ritual garantista.

2. Las medidas de aseguramiento en Colombia. Su evolución normativa y el surgimiento de la vigilancia electrónica

Trazaremos el año de 1936 para dar la mirada desde allí, ello por cuanto para esa época el derecho penal en Colombia estaba sufriendo cambios normativos relevantes como veremos. Para empezar digamos que en Colombia existía un procedimiento penal que hacía parte de la legislación común, o sea, el procedimiento penal constituía un libro dentro de un código general que regulaba los procesos o procedimientos, civiles, penales y otros aspectos. Ese código estaba regido por la ley 105 de 1931 y se denominaba el código judicial.

Luego llega la ley 94 de 1938 y entre otros el artículo 379 hablaban de la temática en estudio. Ahora, después de este código vino un ramillete de normas sobre la misma materia –al punto que no nos fue posible enlistarlas-, lo que generó

una dispersión tal que obligó al gobierno nacional a unificar el tema y para ello se expidió el decreto 1345 del 4 de agosto de 1970; los artículos 427 y 429 y otros hablaban del tema que nos convoca.

En 1971 se expide el decreto 409 “por el cual se introducen reformas al código de procedimiento penal y se codifican todas sus normas”. En relación con la detención preventiva, los artículos 437 y 439 y otros se refirieron al tema que estamos estudiando.

Ya para el año 1981, aparece un nuevo código de procedimiento penal mediante el decreto 181 de ese año y se deroga parcialmente el decreto 409 de 1971. Son de interés para este tema, los contenidos de los artículos 324 a 334. Es en éste código donde por primera vez se utilizan los conceptos de “medidas de aseguramiento” e “inferencia razonable”. Este decreto tiene una corta vigencia, ello por cuanto llega la ley 2ª de 1982, lo deroga y revive al antiguo código del decreto 409 de 1971, al revivirlo quedan vigentes las medidas de aseguramiento que allí se establecían.

Viene luego el decreto 050 de 1987 y deroga la ley 2ª de 1982. Este decreto hablaba de las medidas de aseguramiento en los artículos 414, 416, 419, 421 entre otros. El citado decreto rigió hasta 1991, año en el cual se expidió el decreto 2700 que derogó el anterior. En los artículos 388 y siguientes del nuevo estatuto, se reguló lo atinente a las medidas de aseguramiento.

El decreto 2700 de 1991 rige hasta la entrada en vigencia de la ley 600 de 2000 y en lo referido a las medidas de aseguramiento, los artículos 355 y siguientes regulan el tema que aquí interesa.

Ya para el año 2004, surge un nuevo código de procedimiento penal que introduce el sistema penal acusatorio a través de la ley 906 de 2004.

En relación con las medidas de aseguramiento, el nuevo código de la ley 906 de 2004 en su artículo 307 establece las *clases* de medidas de aseguramiento y dentro de ellas se introduce, por primera vez en el ordenamiento jurídico colombiano, la vigilancia electrónica como una de ellas; en el artículo 308 se establecen los *requisitos*, pero verdaderamente consagra tanto éstos como los *finés*. En los artículos siguientes se regulan otros aspectos de las medidas de aseguramiento, definiendo qué se entiende por conceptos como: obstrucción de la justicia, peligro para la comunidad, peligro para la víctima, no comparecencia y la *procedencia* de la detención preventiva y las medidas de aseguramiento no privativas de la libertad etc. Otros artículos se refieren a la temática de las medidas de aseguramiento pero no será en este capítulo que se estudiarán.

Al igual que en la legislación anterior, la ley 906 de 2004 también utiliza el concepto de *medidas de aseguramiento*. No obstante, las novedades podemos

resumirlas, entre otras, en que en este nuevo código de procedimiento penal, se crean nuevas medidas de aseguramiento para ajustar once (11) en total; se desarrollan normativamente cada uno de los conceptos relacionados con las medidas de aseguramiento; se reemplaza la exigencia de los dos indicios por el de inferencia razonable; no hay inclusión de un listado detallado de delitos en los cuales expresamente se dice que procede la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva carcelaria aunque se regula su procedencia para determinados casos, entre otros aspectos.

En cuanto a la verificación que se propone, lo dejaremos para un capítulo posterior y por tanto allí se aclararán los conceptos de: *Fines, clases, procedencia y, requisitos*.

De todas formas, un resumen, caracterización y conclusiones del recorrido que hicimos, puede ser, por ejemplo, concluir que el concepto *medida de aseguramiento* sólo aparece con el código de procedimiento penal consagrado en el decreto 181 de 1981 y se va a retomar y mantener así hasta la legislación actualmente vigente. No obstante, antes se consagraba materialmente aunque no se le asignara dicho nombre.

Así mismo, se extrae que la detención preventiva, en establecimiento de reclusión, ha tenido predominio en la regulación normativa de las medidas de aseguramiento. También encontramos que la detención preventiva ha sido una constante en todos los códigos de procedimiento penal que ha tenido Colombia en las últimas décadas, aunque en veces llevó nombres como detención o privación de la libertad.

Adicionalmente, un dato a tener en cuenta es que la inclusión de un listado de delitos en los cuales expresamente se indica que procede la imposición de la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, apareció por primera vez en el código de procedimiento penal expedido con el decreto 050 de 1987 y dicho listado desaparece en el último código de procedimiento penal actualmente vigente de la ley 906 de 2004.

Igualmente es importante anotar que la medida de aseguramiento, consistente en detención domiciliaria, sólo surge con el código de procedimiento penal expedido con el decreto 2700 de 1991 y dicha figura se mantendrá hasta nuestros días.

Así mismo, resulta relevante anotar que sólo a partir del código de procedimiento penal de la ley 600 de 2000, es que se estatuye la necesidad de satisfacer unos *finés*, para la imposición de las medidas de aseguramiento.

Por último, ha de tenerse en cuenta que, en la ley 906 de 2004, se amplió de manera muy significativa el número de medidas de aseguramiento. En suma, es

amplio el ramillete de análisis y conclusiones que se pueden extraer del anterior rastreo normativo, pero como nuestro objeto es el *mecanismo de vigilancia electrónica*, para las normas procesales en estudio, tenemos que este mecanismo se introduce en Colombia, como medida de aseguramiento, a partir de la ley 906 de 2004. En este código de procedimiento penal se dice que la medida consistente en *la obligación de someterse a un mecanismo de vigilancia electrónica*, es una medida de aseguramiento no privativa de la libertad. De esta medida se ocuparan los apartados siguientes.

Entonces, de los *fines*, en Colombia, sólo se viene hablando en los últimos códigos de procedimiento penal, lo que significa que en el pasado se impusieron medidas de aseguramiento sin este requisito base. En algunos códigos estudiados tampoco relacionaban la *procedencia*. En cuanto a los *requisitos*, algunas legislaciones establecían sólo los generales, otras sólo los específicos, unas pocas establecían ambos, pero se resalta que todas tenían requisitos para esta clase de medidas.

3. El mecanismo de vigilancia electrónica

3.1 Tipologías, principales características técnicas, su ámbito de cubrimiento espacial, y la regulación administrativa en Colombia

Se puede afirmar que la vigilancia electrónica se ejerce a través de los monitores electrónicos y de estos, los más usados en el ámbito punitivo son los brazaletes que pueden colocarse en el pie o en la mano. Se trata de monitores que utilizan la línea del teléfono para el envío de los datos. Dentro de este sistema de monitoreo se distinguen dos formas básicas, a saber, una forma pasiva (programmed contact) y una activa (continuously signalling).¹

Escobar Marulanda los describe así:

La forma pasiva consiste fundamentalmente en un ordenador central que realiza, de forma indiscriminada y periódica, llamadas telefónicas al sitio en el que debe permanecer la persona sujeta a control. Esta persona está obligada a contestar la llamada y confirmar su identidad mediante un mensaje que está grabado en su brazaletes, el cual debe introducir en una caja especial para enviar la señal.

La forma activa consiste en un equipo conformado por tres piezas: un transmisor, un receptor y un ordenador central. El transmisor está ubicado en un brazaletes que se coloca

1 ESCOBAR MARULANDA, GONZALO, "Los monitores electrónicos (¿puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel?)", en Cid Moliné, José / Larrauri Pijoan, Elena (Coordinadores), *Penas alternativas a la prisión*, Barcelona, Bosch Casa Editorial S.A., 1997, p. 202.

en la muñeca o en el tobillo de la persona monitorizada y que envía constantemente señales, en una zona y una frecuencia determinadas a un receptor que está conectado a la línea de teléfonos (que no puede tener conectado un contestador automático o un aparato celular). El receptor está, a su vez, conectado con el ordenador central que recibe y archiva los datos y le advierte inmediatamente al operador si una persona está ausente durante el periodo de monitorización. Este sistema permite monitorizar a una persona en una zona determinada (la distancia dependerá de la cobertura del sistema) y durante todo el tiempo del monitoreo².

Es entonces claro que, para el caso de este monitoreo activo: “En este sistema el desarrollo de la telefonía celular y otras tecnologías marcarán las posibilidades futuras. En teoría, con la tecnología actual podría pensarse en el desarrollo de un transmisor (microchip) implantado en alguna parte del cuerpo de la persona monitorizada que emitiría las señales propias del cuerpo, y por tanto inimitables, al receptor central vía satélite. Esto eliminaría las barreras espaciales y permitiría que la persona monitorizada pueda desplazarse por cualquier parte. ...”³.

Sobre las posibilidades, ventajas y desventajas de ambos sistemas, el citado autor explica:

Los operadores del monitoreo consideran que el sistema pasivo, en relación con el activo, tiene entre sus desventajas que no permite ningún desplazamiento de la persona monitorizada, ya que exige fijar un lugar específico en el que debe permanecer el teléfono de la persona controlada, igualmente, no permite un monitoreo de forma continua ya que requiere que se haga en diferentes espacios de tiempo (llamadas telefónicas), determinados al azar; asimismo, se destaca un marcado carácter intrusivo, no solo para la persona sometida al monitor sino también para las personas que conviven con ella, ya que todas tendrán que soportar las constantes llamadas a diferentes y frecuentes horas del día y de la noche; y por último, y esto ocurre también con el sistema activo, requiere una línea de teléfono permanentemente libre.

Como se ve, la vigilancia electrónica no es que sea del todo inocente, ello por cuanto también atenta contra los derechos del procesado y también es un medio intrusivo incluso para las personas que viven con el sometido a vigilancia electrónica, quienes terminan afectados con esta medida. Tanto la detención preventiva carcelaria como la vigilancia electrónica son medidas de aseguramiento

2 Ibíd. p. 202.

3 Pie de página 6 de la página 202 en ESCOBAR MARULANDA, GONZALO, “Los monitores electrónicos...”, op. cit.

con altos grados de afectación en los derechos de quien está sometido a ellas, pero de dos males el menor y parece que la vigilancia electrónica también es un mal.

Este autor también agrega:

Con todo, las posibilidades técnicas permiten monitorizar no sólo a personas que deben permanecer en un determinado lugar durante un determinado período de tiempo, sino también monitorizar constantemente una persona que se desplaza libremente, sin límite espacial⁴.

En esa misma dirección Morales nos brinda su clasificación, cuando refiriéndose a los tipos de aplicaciones tecnológicas utilizadas y respecto al tipo denominado "*radio frecuencia*" dice:

Constituye la tecnología más utilizada a nivel comparado de monitoreo y se utiliza fundamentalmente para el control de las reclusiones domiciliarias.

Para su aplicación, el infractor debe portar todo el tiempo, ya sea en su muñeca o en el tobillo, un dispositivo con la forma de un brazaletes, que no puede ser removido por él. Este dispositivo, que debe ser recargado periódicamente con batería, transmite señales de radio frecuencia dos o más veces por minuto, a una unidad de monitoreo localizada en el mismo domicilio.

La unidad de monitoreo es adjuntada a la línea telefónica, y es la encargada de recibir las señales de radio frecuencia emitidas por el brazaletes. Ésta, a su vez, envía un mensaje a través de la línea telefónica a una computadora central, ya sea cuando deja de recibir la radio frecuencia o cuando vuelve a recibirla. Dependiendo del lugar, algunos dispositivos pueden ser programados para detectar la presencia del sujeto en radios de 12 hasta 120 metros, en atención al tipo de equipamiento utilizado⁵.

Ya en el escenario del tipo denominado el "*contacto programado*" se sostiene:

Esta tecnología no supone que el sujeto porte un dispositivo, sino que sea contactado o deba reportarse telefónicamente. En concreto, supone la existencia de una computadora central que recibe llamadas telefónicas o efectúa llamadas al infractor en una o más locaciones. Estas llamadas pueden ser realizadas de manera aleatoria o en base a una agenda programada.

4 Ibíd. p. 203.

5 MORALES, ANA MARÍA, "Vigilancia en la modernidad tardía: El monitoreo telemático de infractores", en *Revista electrónica política criminal*, número 16, artículo 3, pp. 408-471, Chile, Universidad de Talca, 2013, p. 417.

Existen distintas tecnologías que permiten verificar que es el infractor el que está dando respuesta al llamado, ya sea mediante la verificación de voz, la verificación a través de video, o la introducción de un dispositivo en el receptor que se encuentra en su domicilio⁶.

En cuanto al tipo denominado "*rastreo satelital*", se dice:

El rastreo satelital permite realizar un seguimiento de los traslados del infractor, y conocer su ubicación en tiempo casi real. La tecnología de rastreo satelital o GPS (*Global Positioning technologies*) fue originalmente diseñada para usos militares, sin embargo en la actualidad se utiliza para una serie de otras aplicaciones, incluyendo el seguimiento de vehículos de transporte.

Se nos ofrecen otros tipos como por ejemplo el de "*detección de alcohol a distancia*" y se describe de la siguiente forma:

El equipo remoto de detección de alcohol, puede servir –dependiendo de la tecnología–, para indicar si un individuo ha consumido alcohol o para determinar el nivel de alcohol en la sangre que éste tuviere al momento de tomar la prueba⁷.

Otro medio es el denominado "*detección a distancia del consumo de drogas*", se explica de la siguiente forma:

Al igual que en el caso anterior, para efectos del control del consumo de estupefacientes, se instalan en el domicilio dispositivos tendientes a medir la cantidad de estas sustancias en la orina del infractor, en los cuales éste debe verter una muestra. De la misma forma que los dispositivos anteriormente analizados, existen sistemas tecnológicos que permiten dar fidelidad acerca de la identidad del sujeto que está proveyendo la muestra. Posteriormente, esta información es enviada de manera telefónica⁸.

Finalmente el medio denominado "*sistema de notificación/alerta a la víctima*", se nos comparte de la siguiente manera:

El sistema de notificación o alerta de la víctima es particularmente utilizado en la experiencia comparada, en casos de violencia intrafamiliar, para efectos de controlar las condiciones de alejamiento impuestas a un imputado o condenado por delitos de esa naturaleza. Para llevarla a cabo, es posible la utilización de tecnología de control a través

6 Ibíd, p. 418.

7 Ibíd, p. 421.

8 Ibíd, p. 422.

de la radio frecuencia o del mecanismo de rastreo satelital, la que es usada tanto en el infractor como en la víctima, mediante lo que se ha denominado sistema de monitoreo electrónico "bilateral"⁹.

Ya en otro escenario, el de la regulación administrativa en Colombia, este mecanismo de vigilancia electrónica ha merecido regulación en la siguiente forma:

El decreto nacional 2636 de 2004 desarrolló, en parte, el acto legislativo número 03 de 2002, aquí se introdujeron algunas reformas al código penitenciario y carcelario –ley 65 de 1993-. Este decreto fue el que le asignó al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (I.N.P. E.C.), en el artículo 3º que modificó el artículo 14 de la ley 65 de 1993, el control de las medidas de aseguramiento y del mecanismo de seguridad electrónica. Además adicionó, mediante el artículo 9º, el artículo 29B al código penitenciario o ley 65 de 1993 y en el cual incorporó la seguridad electrónica como pena sustitutiva de prisión.

Otra norma es el decreto nacional 177 de 2008. En esta oportunidad se reglamentaron los artículos 27 y 50 de la ley 1142 de 2007. Lo relevante de esta norma es que introduce autónomamente el sistema de vigilancia electrónica como pena sustitutiva de la pena de prisión en unos supuestos diferentes a los del decreto anterior. Igualmente, es relevante por cuanto es el primero que habla de las modalidades del mecanismo de vigilancia electrónica así:

Artículo 3º. Modalidades. Son mecanismos de vigilancia electrónica como sustitutivos de la pena de prisión o de la detención preventiva, el seguimiento pasivo RF, el seguimiento activo GPS y el reconocimiento de voz.

Seguidamente define cada uno de ellos¹⁰.

A su turno, otra norma es el decreto nacional 1316 de 2009, por el cual se modifica el decreto 177 de enero 24 de 2008, se reglamenta el artículo 31 de la ley 1142 de 2007 y se adoptan otras disposiciones.

Otra norma administrativa es el decreto nacional 3336 de 2008, por el cual se modifica el decreto 177 del 24 de enero de 2008, que entre otras cosas modificó el régimen de implementación del mecanismo de vigilancia electrónica, en la siguiente forma:

Artículo 2º. Modificar el artículo noveno 9º del decreto 177 de 2008, el cual quedará así: "Artículo 9º. Implementación. Los sistemas de vigilancia electrónica se implementarán en el distrito judicial de Bogotá, iniciando con un plan piloto que se desarrollará entre el 1º de diciembre de 2008 y el 31 de diciembre de 2010.

9 Ibíd, p. 423.

10 Al respecto véase los artículos 4, 5 y 6, de esa disposición administrativa.

El Ministerio del Interior y de Justicia evaluará los resultados del plan piloto y definirá la continuidad del sistema en los demás distritos judiciales, previa viabilidad técnica y presupuestal del Gobierno Nacional.

3.2 Su autonomía como pena y como medida de aseguramiento

3.2.1 Su autonomía como pena

La vigilancia electrónica es utilizada como pena y como medida de aseguramiento, Colombia no es ajena a esta doble función de este mecanismo tal y como se observó en la regulación administrativa acabada, pero en esta oportunidad haremos un rastreo de las penas que en los últimos años se han establecido en la legislación penal común¹¹, ello para mostrar que la vigilancia electrónica tiene asiento como pena, desde cuándo y en qué forma.

Conviene en principio recordar que: “Luego de la independencia, alcanzada para el año 1810, durante un largo periodo subsiguiente, siguió rigiendo en parte la legislación penal española en la Nueva Granada. ...”¹² y en este orden, se tiene que “... El primer código penal de la época de la República fue dictado en el año 1837. A dicho estatuto lo sucedió el código penal de 1873 de la Federación de Estados, (...) Consecuencia obvia de lo anterior es que el nuevo modelo político de corte republicano trajo consigo la necesidad de un nuevo código penal, mismo que fue expedido en el año 1890...” (...)”¹³

Este último código penal tuvo larga duración por cuanto “...rigió los destinos del país hasta el año 1938, cuando entró en vigencia el Código Penal de 1936, aprobado por la ley 95 de este último año.”¹⁴ Se tiene luego que, después de la labor encomendada por el gobierno, una comisión de juristas elaboró un anteproyecto para un nuevo código penal. “Pero este último no fue aprobado por el Congreso, quien delegó dicha facultad en el ejecutivo, expidiéndose así el decreto 100 de 1980 que rigió en materia penal hasta el 24 de julio de 2001, cuando entró a regir el código penal actualmente vigente, valga precisar, la ley 599 de 2000”¹⁵.

11 Al respecto es necesario tener en cuenta que al igual que los códigos de procedimiento penal, coexisten varios códigos penales en donde pueden establecerse conductas penales y penas a imponer, uno de los cuales es el código penal común a todas las personas regulado por la ley 599 de 2000, pero coexisten otros aplicables a otras personas v.gr. el código penal militar entre otros.

12 ARAQUE MORENO, DIEGO, *Introducción al Derecho Penal*, Bogotá D.C., Ibañez, 2014, p. 163.

13 *Ibíd.*, p. 165.

14 *Ibíd.*, p. 166.

15 *Ibíd.* p. 167.

En síntesis, se tiene que desde el génesis de la República, Colombia ha tenido los siguientes códigos penales: i) El de 1837, ii) el de 1873, iii) el de 1890, iv) el de la ley 95 de 1936, v) el del decreto Ley 100 de 1980 y, vi) el actual código penal de la ley 599 de 2000.

Por lo anterior, y dado que estamos dando la mirada desde el año 1936 en adelante, como lo hicimos atrás con las medidas de aseguramiento, traeremos a este trabajo la consagración normativa de los códigos penales de 1936 mediante la ley 95 de ese año, el de 1980 con el decreto—ley 100 de esa anualidad y el del año 2000 mediante la Ley 599 de ese calendario.

Así las cosas, el código penal de 1936, adoptado mediante ley 95 del 24 de abril de 1936, en su título II denominado “sanciones”, más concretamente en sus artículos 41 y siguientes, regulaba todo lo relacionado con las penas y se desprende de esta normatividad que existían dos grupos de penas que eran las principales y las accesorias, pudiendo estas últimas imponerse también como principales. Ahora, resulta relevante, para los efectos de la presente investigación, destacar que en la normatividad reseñada no aparecía la vigilancia electrónica como posible pena.

Ya para el código de 1980, decreto-ley 100 de ese año, en el capítulo I, denominado: “De las penas”, se regulaba lo referido a las penas principales en el artículo 41 y, en el artículo 44 y 59 lo relativo a la duración de todas las penas. El artículo 42 se refería a las “penas accesorias” con vocación de ser penas principales. Los artículos siguientes ampliaban el tema de las penas, pero tampoco aflora por parte alguna, en este código penal, la vigilancia electrónica como pena.

Ya en el actual código penal, ley 599 de 2000, en el artículo 34 se establece:

Las penas que se pueden imponer con arreglo a éste código son principales, sustitutivas y accesorias privativas de otros derechos cuando no obren como principales.

A continuación se regula, en el artículo 35, lo relacionado con las penas principales y acto seguido se regula lo relacionado con las penas sustitutivas y allí se indica que la prisión domiciliaria es sustitutiva de la pena de prisión y el arresto de fin de semana, convertible en arresto ininterrumpido, es sustitutivo de la multa. Los artículos 39 a 42 regulan todo el asunto de la pena de multa, indicándose que es autónoma, o sea que puede imponerse como pena individualmente considerada o como acompañante de la pena de prisión; además regula sus clases y ordenan que, en una de sus modalidades, ha de tenerse en cuenta los grados, el valor de la unidad multa y los ingresos del penado; se fijan los parámetros para la conversión de la multa en arrestos progresivos, entre otros aspectos.

El artículo 43 refiere las penas privativas de otros derechos y los artículos 44 a 51 regulan aspectos de estas penas privativas de otros derechos, entre otros, su duración y en lo que consisten.

En este orden, si la norma en principio habla de penas principales, accesorias y sustitutivas, ¿cuáles son pues las penas sustitutivas, si la norma antecedente dice que estas penas privativas de otros derechos son principales?, pues bien, en este código se conserva la línea de entender que las penas accesorias pueden oficiar como principales acompañantes de otras principales, pero acontece que en esta codificación se hace a la inversa, esto es, no es que primero se establezcan las penas accesorias y a éstas se les dote de facultad para operar como principales, aquí se hace al contrario así: se establece un catálogo de penas principales y a un grupo de ellas –penas privativas de otros derechos- se les caracteriza como accesorias. Veamos:

El artículo 52 aclara este aspecto cuando sostiene, entre otras cosas, que:

Las penas privativas de otros derechos, que pueden imponerse como principales, serán accesorias y las impondrá el juez cuando tengan relación directa con la realización de la conducta punible, por haber abusado de ellos o haber facilitado su comisión, o cuando la restricción del derecho contribuya a la prevención de conductas similares a la que fue objeto de condena.

Por su parte, el artículo 53 regula lo relacionado con el cumplimiento de las penas accesorias y hasta ahí lo pertinente a las clases de penas.

Hasta aquí el resumen de las penas en los diferentes códigos estudiados.

De lo anterior se puede concluir y destacar que, en principio, no figura la vigilancia electrónica como pena de ninguna naturaleza, ni como principal, ni como sustitutiva y tampoco como accesoria. Así entonces, si lo anterior es cierto, como en efecto lo es, entonces: ¿De dónde surge la idea de que la vigilancia electrónica tiene el carácter de pena? Este interrogante es nada más que obvio por cuanto la afirmación de que la vigilancia electrónica puede llegar a ser una pena, genera de lógica de tener que haberla encontrado enunciada en las normas que establecen las penas, pero ésta no apareció por parte alguna.

Ahora, no es que hayamos afirmado algo que no sea cierto, lo que ocurre es que originalmente el código penal de la ley 599 de 2000 no reguló la vigilancia electrónica como una forma de pena autónoma y fue una posterior modificación a dicho código, a través de la ley 1142 de 2007, que introdujo los sistemas de vigilancia electrónica como pena sustitutiva de la pena de prisión, la modificación consistió en adicionar el artículo 38A, creando en dicho artículo la vigilancia electrónica como pena.

Esta norma mereció pronunciamiento de constitucionalidad¹⁶, en donde se declaró condicionalmente exequible bajo el entendido que en caso de demostrarse, ante el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, la insolvencia actual del condenado, el no pago previo de la multa no impedirá la concesión del sustitutivo de la vigilancia electrónica.

Posteriormente, este artículo fue modificado por el artículo 3º de la Ley 1453 de 2011, manteniéndose en esencia, su ámbito de aplicación y requisitos.¹⁷

Según lo anterior, una vez cumplidos los requisitos era procedente la sustitución de la pena de prisión por la de vigilancia electrónica, tornándose así en una nueva forma autónoma de pena en el sentido de que no depende de otra para su ejecución. Al reemplazar o, en términos del legislador, al sustituir la pena de prisión por la vigilancia electrónica, la nueva pena sustituta entra a ocupar el lugar de la otra pena y eso es autonomía.

No obstante, siete años después –contados desde el 2007 cuando se adicionó el artículo 38A y que trajo consigo la vigilancia electrónica como pena- este artículo 38A fue expresamente derogado mediante la ley 1709 de 2014 que en su artículo 107 dijo textualmente, entre otras cosas, lo siguiente:

Deróguese el artículo 38A de la Ley 599 de 2000 modificado por el artículo 3º de la Ley 1453 de 2011.

De esta forma, en apariencia, habría desaparecido la vigilancia electrónica como pena sustitutiva y por ende como pena autónoma, pero dicha desaparición podría ser tan solo aparente, ello dado que si se hace una interpretación sistemática con el código penitenciario actualmente vigente, encontramos lo siguiente: El código penitenciario y carcelario, en el artículo 29B establece que la vigilancia electrónica tiene el carácter de pena sustitutiva de la pena de prisión, este artículo fue adicionado por el artículo 9 del decreto constitucional 2636 de 2004.

Como puede colegirse de lo anterior, la vigilancia electrónica como pena surge desde el año 2004 fruto de una modificación al código penitenciario –ley 65 de 1993- en la que mediante el artículo 9 del decreto 2636 de 2004 se adicionó el artículo 29B. Luego, mediante una modificación al código penal de la ley 599 de 2000, modificación que se concretó mediante la ley 1142 de 2007, se adicionó el artículo 38A al mencionado código penal, y trae una nueva forma para utilizar la vigilancia electrónica como pena.

16 Corte Constitucional, sentencia C-185 del 16 de marzo de 2011, MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

17 Véase el artículo 38A. Modificado por el artículo 3º de la ley 1453 de 2011.

Con ambas normas lo que ocurría era que se le abría la posibilidad al juez, de ejecución de penas, para que de manera autónoma pudiera, si se daban los correspondientes requisitos, ordenar la vigilancia electrónica como sustitución de la pena de prisión.

Ambas normas estaban vigentes y coexistiendo, y regulaban el mismo tema pero de manera diferente o para escenarios o eventos diferentes, esto es, regulaban la facultad del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad para que sustituyera la pena de prisión por la vigilancia electrónica así: El código penal en su artículo 38A -hoy derogado-, hablaba de pena impuesta no superior a 8 años de prisión y otros requisitos adicionales. El código penitenciario en su artículo 29B –en nuestro concepto todavía vigente- habla de pena impuesta no superior a 4 años de prisión y otros requisitos adicionales diferentes a los requisitos adicionales del código penal. O sea, ambos ordenamientos o normatividades estatúan la figura de la vigilancia electrónica como pena con requisito de *quantum* de la pena y otros requisitos adicionales, pero sendos requisitos adicionales eran diferentes en ambas normatividades, se insiste pues, la regulación era del mismo tema pero de forma diferente y para escenarios y requisitos diferentes.

En suma, antes de ser derogado el artículo 38A del código penal, una persona condenada, a pena de prisión, tenía dos posibilidades de que se le sustituyera la pena de prisión por vigilancia electrónica. La primera posibilidad era por la vía del código penitenciario si su pena no superaba los 4 años de prisión y cumplía los demás requisitos adicionales. La segunda posibilidad era por la vía del código penal si la pena superaba los 4 años de prisión pero no los 8 años y cumplía los demás requisitos adicionales. Se podía incluso, en caso de que la pena fuera menor de ocho años y a la vez menor de cuatro años, aplicar cualquiera de las dos normas escogiendo, como es obvio, los requisitos adicionales que pudiera cumplir más fácil el penado, que en ambos casos eran diferentes tanto en el requisito de tiempo como en los demás requisitos como ya se dijo.

Ahora, con la derogatoria de forma expresa del artículo 38A del código penal, nada dijo esta nueva ley respecto al artículo 29B del código penitenciario –ley 65 de 1993- y por tanto pareciera que no lo derogaba.

Entonces, no resulta fácil concluir que haya desaparecido la vigilancia electrónica como mecanismo autónomo en calidad de pena sustitutiva. Sólo se derogó una de las posibilidades de ese mecanismo y desde esta perspectiva entonces podría aun tener asidero como pena autónoma, en calidad de sustitutiva de la pena de prisión en nuestro ordenamiento jurídico penal.

No obstante lo anterior, pudiera generarse la inquietud acerca de la vigencia del artículo 29B del código penitenciario y carcelario dado que podría decirse que el adicionado artículo 38A del código penal, ya referido, habría derogado el artículo 29B del código penitenciario y carcelario de forma tácita o por regulación integral en atención a la ley 153 de 1887 que en su artículo 3^o sostiene:

Estimase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regula íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería.

Sin embargo, este es un aspecto de hermenéutica jurídica que escapa al objeto de este trabajo y queda como una inquietud para un futuro análisis en otro trabajo, pero no obstante no sobra anotar que consideramos que la vigilancia electrónica está vigente en Colombia, como pena sustituta de la prisión y que su fundamento normativo se encuentra intacto en el artículo 29B de la ley 65 de 1993- código penitenciario y carcelario-. Además no sobra aclarar que ese decreto 2636 fue expedido por el Presidente de la República en virtud de facultades extraordinarias que le confirió el inciso 2^o del artículo 4^o transitorio del acto legislativo 03 del 19 de diciembre de 2002; entonces dicho decreto 2636 tiene fuerza material de ley por ser un decreto dictado en virtud de acto legislativo y en eso ya hasta la Corte Constitucional se ha pronunciado¹⁸.

Argumentos que adicionalmente pueden servir para sostener la vigencia de la vigilancia electrónica como pena, consagrada en nuestro concepto actualmente en el artículo 29B de la ley 65 de 1993 o código penitenciario y carcelario, pueden ser por ejemplo el principio de favorabilidad penal consagrado en la Constitución Nacional en el artículo 29 en los siguientes términos: "... En materia penal, la ley permisiva o favorable (...), se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable."

Igualmente principios como el de *la libertad*, consagrado en el artículo 2^o de nuestro código de procedimiento penal de la ley 906 de 2004, que por demás es una norma rectora y por tanto norma superior a la ley según el artículo 26 de esa misma codificación que estatuye que "...Las normas rectoras son obligatorias y prevalecen sobre cualquier otra disposición de este código. Serán utilizadas como fundamento de interpretación."

Adicionalmente, "(...) existe todavía otro argumento fuerte de derecho positivo para sustentar el valor preeminente de las normas rectoras. Él se refiere a que todas ellas ostentan raigambre supra-legal, ya que son reiteración o desarrollo de cánones

18 Entre otras, ver la sentencia C-461 de 2011, Magistrado Ponente Juan Carlos Henao Pérez.

constitucionales e internacionales positivos y tienen por ende un valor superior al de las simples leyes..."¹⁹.

Pero también puede sumarse a lo anterior, los principios legales de la *excepcionalidad de la privación o restricción de la libertad*, el principio de la *interpretación restrictiva* y de *aplicación necesaria, adecuada, proporcional y razonable*, consagrados en el artículo 295 de la ley 906 de 2004.

Al margen de la discusión anterior, para determinar si la vigilancia electrónica tiene naturaleza de pena, es claro que en la actualidad, por lo menos, tiene la naturaleza de pena, pero de *pena acompañante*. En efecto, veamos como el artículo 38 de nuestro actual código penal –ley 599 de 2000, artículo modificado por el artículo 22 de la Ley 1709 de 2014- establece la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión y los artículos 38B a 38G - adicionados por la ley acababa de mencionar, regulan todo lo relacionado con esta institución.

A propósito de la vigilancia electrónica como pena, los nuevos artículos adicionados mencionaron el tema en el artículo 38D, que se refiere a la ejecución de la prisión domiciliaria, y dice entre otras cosas, que: "El juez podrá ordenar, si así lo considera necesario, que la prisión domiciliaria se acompañe de un mecanismo de vigilancia electrónica." y a renglón seguido dice que: "El juez podrá autorizar al condenado a trabajar y estudiar fuera de su lugar de residencia o morada, pero en este caso se controlará el cumplimiento de la medida mediante un mecanismo de vigilancia electrónica."

De estas nuevas adiciones normativas recientes, se tiene entonces que la vigilancia electrónica es además pena acompañante o sumatoria de la pena de prisión domiciliaria.

Así las cosas, se considera que se ha demostrado que la vigilancia electrónica sí tiene asiento en nuestro ordenamiento jurídico-penal, en la temática de las penas así: i) pena sustitutiva de la pena de prisión –todavía vigente en nuestro concepto como ya se explicó- y, ii) pena acompañante o sumatoria de la pena sustitutiva de la pena de prisión domiciliaria.

3.2.2 Su autonomía como medida de aseguramiento

Ya se explicó que la vigilancia electrónica surgió como medida de aseguramiento a partir la ley 906 de 2004, concretamente es el artículo 307 de dicha codificación el que establece que las medidas de aseguramiento se dividen en dos grandes grupos: i) Las privativas de la libertad y ii) las no privativas de la libertad.

19 FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN, *Derecho penal, parte general. Principios y categorías dogmáticas*, Bogotá, Ibáñez, 2011, pp. 132 y 133.

La vigilancia electrónica encabeza el listado de las nueve medidas de aseguramiento que conforman el grupo de las medidas de aseguramiento no privativas de la libertad. Prescribe, entre otras cosas el mencionado artículo 307, lo siguiente: “*Son medidas de aseguramiento: (...) B. No privativas de la libertad. 1. La obligación de someterse a un mecanismo de vigilancia electrónica...*”

De la norma transcrita se puede deducir que la vigilancia electrónica es una medida autónoma dentro del género de medidas de aseguramiento y no sólo eso, sino que su autonomía también se predica dentro de su grupo de medidas de aseguramiento no privativas de la libertad y ello se corrobora al ver cómo el legislador reguló la forma como el juez puede aplicarlas de acuerdo con el inciso final de citado artículo 307 que estatuye:

El juez podrá imponer una o varias de estas medidas de aseguramiento, conjunta o indistintamente, según el caso, adoptando las precauciones necesarias para asegurar su cumplimiento. Si se tratare de una persona de notoria insolvencia, no podrá el juez imponer caución prendaria.

Como se observa, la norma faculta al juez para imponer *una o varias* medidas de aseguramiento *conjunta o indistintamente*. Cuando se habla de “*imponer una o varias*” implica que se pueden imponer una o varias de ambos grupos de medidas de aseguramiento ya sea de las denominadas “privativas de la libertad” o de las denominadas “no privativas de la libertad”. Cuando se habla de “*conjunta*”, ello hace referencia a medidas de aseguramiento de ambos grupos o conjuntos –cada grupo es sinónimo de conjunto-, y cuando habla que de “*indistintamente*”, se refiere a varias de un mismo grupo.

En otro orden, la medida de aseguramiento de vigilancia electrónica, también opera como sumatoria o acompañante de la detención domiciliaria cuando sustituye la detención preventiva. Para ello observemos al aparte respectivo del artículo 314 de la ley 906 de 2004—modificado por el artículo 27 de la Ley 1142 de 2007- que regula lo relacionado con la sustitución de la detención preventiva por la detención domiciliaria y que dice:

(...) En todos los eventos el beneficiario suscribirá un acta en la cual se compromete a permanecer en el lugar o lugares indicados, a no cambiar de residencia sin previa autorización, a concurrir ante las autoridades cuando fuere requerido y, adicionalmente, podrá imponer la obligación de someterse a los mecanismos de control y vigilancia electrónica o de una persona o institución determinada, según lo disponga el juez. (...).

Este es pues el resumen de la doble naturaleza de la vigilancia electrónica – tanto como pena y como medida de aseguramiento-.

4. La detención preventiva carcelaria

4.1 Interpretación en el derecho internacional

La normatividad internacional y la interpretación de estas normas, dan cuenta de que la libertad es la regla general y la privación de la misma la excepción, v. gr. el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Guerrero Peralta resalta que esta norma internacional "...en su artículo 9º establece la regla de libertad y la excepción del encarcelamiento preventivo, con todas las garantías que corresponden a tal medida (legalidad, debido proceso, motivación de la medida, información al detenido, audiencia judicial, recurso, reparación, plazo razonable, entre otras). Para lo que ahora nos interesa, la misma disposición establece. "La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales, y en su caso, para la ejecución del fallo"²⁰.

Normas como estas han sido interpretadas por organismos internacionales al punto que se entiende que "La hermenéutica de esta disposición por parte del Comité de Derechos Humanos se cifra en dos aspectos: en primer lugar se reconocen internacionalmente las razones tradicionales para detener que se encuentran en el derecho penal comparado, esto es, posibilidad de fuga, alteración probatoria y reincidencia. En segundo lugar, además de los supuestos de legalidad anteriores el Comité agrega que la medida debe ser "razonable" en toda circunstancia y "necesaria", Así, el Comité determina que la "necesidad" es una parte implícita del carácter excepcional de la medida de detención contemplado en el párrafo 3 del artículo 9º del Pacto y por lo tanto condiciona y obliga a justificar cualquier detención preventiva"²¹.

Sin ahondar más en estos aspectos de carácter internacional, digamos adicionalmente que la interpretación de las disposiciones internacionales, lleva a las autoridades de este orden a entender que es posible acudir a medidas sustitutivas diferentes a la detención preventiva carcelaria. El ejemplo que se puede mostrar es cuando se ha tenido la oportunidad de estudiar el tema del riesgo de fuga, pues como nos lo muestra el autor en cita, allí:

20 GUERRERO PERALTA, OSCAR JULIÁN, *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal*, Bogotá, Nueva Jurídica, segunda edición, 2007, p. 474.

21 *Ibíd.*

... la Comisión Interamericana de Derechos Humanos enfatiza en la necesidad de tomar en cuenta todas las características personales del acusado cuando afirma: "la Comisión observa que si ésta es la (la fuga) (sic) es la única razón para la continuación de esta medida restrictiva de la libertad, las autoridades judiciales pueden solicitar las medidas necesarias para asegurar que el acusado comparecerá, tales como fianza, o en casos extremos la prohibición de salir del país²².

4.2 Su mirada en una línea de la doctrina

No cabe la menor duda sobre los constantes cuestionamientos a la medida de aseguramiento de detención preventiva carcelaria, ello nos abre paso a interpretaciones y ejercicios que se proponen en esta investigación cuyo fin principal es demostrar que sí es posible sustituir la detención preventiva carcelaria por medidas menos gravosas como la vigilancia electrónica, entre otras. En esta oportunidad abordaremos la línea doctrinal que da cuenta de las críticas a esta institución del derecho procesal penal, obvio que no pretendemos invocar a todos los autores que han hablado del tema ya que solo acudiremos a unos pocos. En especial, mostraremos que hay soporte en esta fuente del derecho para fundamentar la interpretación que en este trabajo se propone.

Pasando a cumplir el referido propósito, es bueno empezar por revisar lo que la doctrina opina sobre si la detención preventiva carcelaria tiene naturaleza de pena o no. Al respecto, sobre este tópico da cuenta incluso la filosofía desde hace varios siglos. Para ello basta dar una ligera mirada a los clásicos de esa ciencia para encontrar pronunciamientos al respecto. En ese escenario el filósofo Thomas Hobbes (Inglaterra. 1588-1679) fue uno de los que se refirió al tema en los siguientes términos:

Prisión. Prisión existe cuando un hombre queda privado de libertad por la autoridad pública, privación que puede ocurrir de dos diversas maneras; una de ellas consiste en la custodia y vigilancia de un hombre acusado, la otra en infligir una penalidad a un condenado. La primera no es pena, porque nadie se supone que ha de ser castigado antes de ser judicialmente oído y declarado culpable. Por consiguiente, cualquier daño que se cause a un hombre, antes de que su causa sea oída en el sentido de sufrir encadenamiento o privación, más allá de lo que resulta necesario para asegurar su custodia, va contra la ley de naturaleza²³.

22 Ibíd. p. 477

23 Thomas Hobbes, *El Leviatán*, disponible en: http://eltalondeaquiles.pucp.edu.pe/sites/eltalondeaquiles.pucp.edu.pe/files/Hobbes_-_Leviatan.pdf. Consultado 12 de septiembre de 2014, p. 129.

O sea, Hobbes entendía que una detención preventiva carcelaria no era pena, pero a la postre entendía también que su abuso atentaba contra la ley de naturaleza pero la consentía para custodiar y vigilar al acusado.

Ya en el escenario del derecho penal y más concretamente del derecho penal de nuestro sistema continental europeo, Cesare Beccaría (Italia. 1738-1794), uno de los más importantes clásicos, entendía que la prisión, con carácter preventivo, era una pena. Al respecto dijo que: "... siendo una especie de pena la privación de la libertad no puede preceder a la sentencia, sino en cuanto la necesidad obliga. La cárcel es sólo la simple custodia de un ciudadano hasta tanto que sea declarado reo; y esta custodia, siendo por su naturaleza penosa, debe durar el menos tiempo posible y debe ser la menos dura que se pueda. (...) La estrechez de la cárcel no puede ser más que la necesaria, o para impedir la fuga o para que no se oculten las pruebas de los delitos."²⁴. Este autor contrariaba a Hobbes al considerar que la privación de la libertad –antes o después de la sentencia- era para él una especie de pena y la contrariedad era más evidente cuando afirmaba que "... se arrojan confundidos en una misma caverna los acusados y los convictos; porque la prisión es más bien un castigo que una custodia del reo;..."²⁵. O sea, Hobbes entendía que la detención preventiva carcelaria era la custodia y vigilancia del procesado, y Beccaría toma distancia de ese concepto y dice que más que eso, en lo que se torna es en un castigo para ese procesado. De todas formas Beccaría la consentía, en aquella época, para los casos en que la necesidad obligara, introduciendo de esta forma el principio de necesidad en la detención preventiva pero estaba de acuerdo con ella para impedir la fuga y el ocultamiento de pruebas y en todos los casos con una duración lo menos posible.

Dejando así, simplemente anunciada la discusión de si la detención preventiva carcelaria es pena o no y anotando que en nuestro concepto lo es, con lo que nos sumamos a Beccaría, pasemos a mirar las características que debe ostentar la detención preventiva carcelaria. En ese escenario es otro clásico de nuestro derecho penal, Francesco Carrara (Italia. 1805-1888), quien delinea la temática ya que "... en el texto de su famoso *Programa de Derecho Criminal*, predicaba la justificación del encarcelamiento preventivo como una medida subordinada a las "necesidades del procedimiento" y recalca los rasgos que desde entonces la caracterizaban: plazo razonable, utilizable en los delitos de mayor gravedad y

24 AGUDELO BETANCUR, NODIER, *Cesare Beccaría. De los delitos y de las penas. Edición latinoamericana. Estudio preliminar de Nodier Agudelo Betancur*, Bogotá D.C., Nuevo Foro, 1998, p. 47.

25 *Ibíd.* p. 71.

sustituible por otras medidas menos graves con miras a la realización de la justicia, la verdad y la defensa social.”²⁶

Como se ve, también Carrara ratifica el principio de necesidad y la duración del tiempo menos posible que mencionaba Beccaría. Además hablaba de *sostituire* el encarcelamiento preventivo por *otras medidas menos graves*, y reservar dicha institución para *los delitos de mayor gravedad*. No resulta difícil concluir que hoy no se escucha este clamor.

Ya más en la actualidad, en una de sus obras, “...Hassemer habla de que “... Quien lucha contra la criminalidad en forma prematura, es decir, antes de la sentencia basada en autoridad de cosa juzgada, por medio de la prisión preventiva, no respeta el principio de inocencia, le quita valor al procedimiento principal y lesiona sin fundamento jurídico a una persona”²⁷. Así entonces, el irrespeto al principio de inocencia, la lesión al procesado y la desnaturalización del proceso penal, son las características que Hassemer le anota a la detención preventiva carcelaria.

Por su parte Ferrajoli es tajante en la crítica a la prisión preventiva carcelaria y sobre lo que para él es sostiene:

...la función de la prisión preventiva, puesto que implica una presunción legal absoluta de peligrosidad, poco importa si de tipo procesal (peligro de fuga o de obstaculización de las pruebas) o penal (peligro de nuevos delitos futuros por parte del imputado en libertad). Y sobre todo es claro que tal presunción absoluta de peligrosidad -al derivarse (no de la prueba, sino) de suficientes indicios de culpabilidad-, es decir, del mismo tipo de indicios requeridos para formular la imputación equivale por completo a una presunción de culpabilidad del imputado²⁸.

En cuanto a la necesidad, peligro de fuga, y alteración de las pruebas, empieza por la necesidad y luego por las otras dos, dice que la necesidad se desvanece por

...la manifiesta incompatibilidad, reconocida por la doctrina más avisada, entre el principio de presunción de inocencia (o incluso sólo de no culpabilidad) y las finalidades de prevención y de defensa social, (...)

Quedan las otras dos finalidades: la del peligro de alteración de las pruebas y la del peligro de fuga del imputado, ya indicadas por Beccaría y reconocidas como únicas justificaciones por la doctrina y la jurisprudencia más avanzadas. Es cierto

26 GUERRERO PERALTA, OSCAR JULIÁN, *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal...* op. cit., p. 469.

27 Ibíd., p. 470

28 FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995, p. 554.

que ambos argumentos asignan al instituto finalidades estrictamente cautelares y procesales. Pero ¿es este motivo suficiente para considerarlos fundados?²⁹

Más específicamente, en cuanto a la necesidad de impedir la alteración de las pruebas, este autor sostiene que esta no debe confundirse con la de interrogar al imputado y de todas formas al respecto sostiene:

...después del interrogatorio (...), la prisión del imputado pierde toda justificación. «Desde que el individuo, en esa forma aislado, ha prestado su testimonio», dice Bentham, «las puertas de su prisión deben ser abiertas a todos aquellos a quienes desee consultar. (...)

Sus declaraciones se encuentran ya consignadas por escrito y no puede negarlas. Las informaciones que pueda recibir de sus cómplices no serían suficientes para alterar esencialmente su relato fundamental». Pero entonces -debemos preguntarnos-, si llegados a este punto las posibilidades del imputado de alterar las pruebas quedan excluidas o al menos sustancialmente reducidas, ¿por qué no hacer cesar no sólo su estado de aislamiento sino también el de prisión? ¿Por qué no abrir las puertas de la cárcel para hacerlo salir en vez de sólo para hacer entrar a sus conocidos y parientes? Excluida la función de conservación de las pruebas, la prolongación de la detención no puede tener otro efecto (por no decir otro fin) que el de situar al imputado en una condición de sujeción, obstaculizarle la defensa, obligarle eventualmente a la confesión y acaso permitir que otros sujetos -la acusación, el actor civil u otros interesados- manipulen las pruebas³⁰.

En cuanto al peligro de fuga, sostiene el autor en cita que:

Todavía más infundado es el segundo motivo que para Beccaria justificaría la prisión preventiva: el peligro de fuga del imputado. Aceptando que la fuga temida podría producirse, una vez admitida la presentación coactiva ante el juez, sólo después del interrogatorio, es fácil advertir también en este caso la circularidad de la argumentación. El peligro de fuga, de hecho, está provocado predominantemente, más que por el temor a la pena, por el miedo a la prisión preventiva³¹.

La propuesta final de Ferrajoli se centra en tener procesos penales sin detención preventiva carcelaria, al menos hasta la sentencia de primera instancia, y al respecto dice:

Así pues, esa contradicción en los términos que es la cárcel sin juicio podría eliminarse, al menos hasta la conclusión del juicio en primera instancia. (...) Es cierto que, sobre todo para algunos delitos graves, existe el peligro de que, incluso después del primer

29 Ibidem.

30 Ibid, pp. 557-559.

31 Ibidem.

interrogatorio y de las primeras comprobaciones, el imputado altere las pruebas. Pero ningún valor o principio puede satisfacerse sin costes. Y éste es un coste que el sistema penal debe estar dispuesto a pagar, si quiere salvaguardar su razón de ser³².

Ya en nuestro medio, encontramos a Julio B.J. Maier, quien nos ofrece su mirada al respecto y sostiene que:

se rescata en el Derecho Romano de la última época imperial el brocárdico "*Satius esse impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnari*" (es preferible dejar impune al culpable de un hecho punible que perjudicar a un inocente)³³.

O sea, en la confrontación entre certeza y duda, al momento de tomar la decisión de imponer alguna medida de aseguramiento durante el proceso penal, bien caería recordar esta máxima.

Avanza este autor en las repercusiones que genera el principio de inocencia en complementación o confrontación con el principio del *in dubio pro reo*, sosteniendo que:

De este modo, la afirmación a la que nos conduce el principio, en su aplicación a la interpretación jurídica, varía según que la regla interpretada guíe a la reacción penal (interpretación restrictiva) o la rechace (interpretación extensiva), y se debe formular así: frente a dos posibilidades interpretativas razonablemente fundadas, elegir la menos gravosa para el enjuiciado, operación que no siempre da por resultado la interpretación restrictiva³⁴.

Para desembocar en la excepcionalidad de la medida de detención preventiva carcelaria, los escenarios en que las acepta, y la necesidad de explorar otras medidas de aseguramiento sustitutivas de ésta, sostiene Maier que:

Con ello queda demostrado que la posibilidad jurídica de encarcelar preventivamente, en nuestro derecho, queda reducida a casos de absoluta necesidad para proteger los fines que el mismo procedimiento persigue y, aún dentro de ellos, sólo cuando al mismo resultado no se pueda arribar por otra medida no privativa de libertad, menos perjudicial para el imputado³⁵.

Ya más específicamente en nuestro país, Londoño Berrío es uno de los autores colombianos que con rigor trata el tema de las medidas coercitivas durante el

32 Ibíd, p. 559.

33 MAIER, JULIO B.J., *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, 2ª Edición, 1ª Reimpresión, Buenos Aires Argentina, Editores del puerto s.r.l, 1999, p. 492.

34 Ibíd, p. 503.

35 Ibíd, pp. 522-523.

proceso penal y dentro de estas la detención preventiva, la que resume con las letras DP y en lo sucesivo ha de entenderse así en lo que se citarán a continuación.

Inicia este tratadista recordándonos que la detención preventiva tiene, al igual como lo hemos entendido del derecho penal, la naturaleza de *última ratio*, para decirnos que:

con fundamento en la jerarquía constitucional que ostentan los postulados de la dignidad humana, la presunción de inocencia y la libertad personal, también resulta relevante que en forma expresa y categórica se afirme el carácter de *última ratio* de la DP. por lo que no podrá imponerse, cuando existan otros medios menos gravosos para estos derechos y que sean idóneos para cumplir con las finalidades de la medida; así mismo, procede su revocatoria, cuando las finalidades aducidas para su imposición han perdido vigencia³⁶.

El autor es bastante crítico con la facilidad con que se deduce el peligro de fuga, la afectación probatoria, entre otros fenómenos que dan paso a la detención preventiva y arriba diciendo que:

Así mismo, incluso en los supuestos estrictamente procesales que pretenden justificar la DP –v.gr. el peligro de fuga o la posibilidad de afectar la prueba-, la privación de la libertad se impone por lo que el imputado posiblemente hará, lo que es inferido de lo que posiblemente hizo, con lo cual con sus efectos prácticos no difieren en forma sustancial de las consecuencias del peligrosismo, rechazado radicalmente en otra oportunidad por la misma Corte Constitucional³⁷.

Este autor también se suma a considerar que la medida de aseguramiento ha tenido obstáculos relacionados con su vinculación con los mínimos de las penas de los delitos y sostiene en esa dirección que:

Es una constante en la legislación procesal prescribir la procedencia de la DP cuando el delito imputado tiene prevista una pena mínima privativa de la libertad. (...) no se puede estar de acuerdo con que sea la perversión de los tratos punitivos diferenciados la que termine definiendo la “razonabilidad” de las causas de la detención preventiva y la procedencia o no de la libertad provisional³⁸.

Sotomayor Acosta, nos acerca a la realidad procesal de la detención preventiva, en cuanto principal objeto del proceso penal. Al respecto sostiene:

36 LONDOÑO BERRIO, HERNANDO LEÓN, “La detención preventiva en las jurisprudencias de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia. Reflexiones a propósito de la sentencia C-774 de 2001”, en *Nuevo Foro Penal*, Nro. 65, Medellín, EAFIT. 2003, p. 193.

37 *Ibíd.*, p. 210.

38 *Ibíd.*, pp. 213-215.

pareciera que ahora el objetivo de la persecución penal no fuera ya (o al menos no sólo) la imposición de una pena por el delito cometido, sino procesar a quien se cree que lo ha cometido. Tal hecho se manifiesta principalmente a través de un predominio de la detención preventiva como objetivo concreto de la persecución penal, que la está convirtiendo en un equivalente funcional de las medidas de seguridad predelictuales, con un claro predominio de las nociones de peligrosidad y defensa social³⁹.

Además nos muestra la incidencia que genera la detención preventiva carcelaria en los mínimos de las penas así:

está provocando a su vez, de manera indirecta, un generalizado y desmesurado incremento del mínimo de las penas, toda vez que los dos códigos de procedimiento penal vigentes (leyes 600/2001 y 906/2004), hacen depender la procedencia de la detención preventiva de que el delito imputado tenga una pena mínima igual o superior a los 4 años de prisión⁴⁰.

Guerrero Peralta sostiene que la presunción de inocencia y el derecho a no declarar, ambos de consagración constitucional, deslegitiman la detención preventiva carcelaria, al respecto dice:

las argumentaciones de mínimo sacrificio o tolerancia pasiva del imputado a la detención no resultan para nada convincentes desde las aristas constitucionales de la presunción de inocencia. (...) Incluso, la garantía del derecho a no declarar como medio legítimo de defensa haría innecesaria la comparecencia del imputado al proceso⁴¹.

Otros trabajos académicos se suman a esta temática.⁴² Y autores como Cruz Bolívar quien sostiene que "...la privación de la libertad idealmente concebida solo sería viable con fundamento en la sentencia condenatoria ejecutoriada..."⁴³, muestra el ideal que él cree.

Sandoval Fernández y Villar Delgado, empiezan desarrollando el tema de la detención preventiva, sosteniendo que ésta es posible para evitar el riesgo de no comparecencia cuando dicen que:

39 SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO, "Las recientes reformas penales en Colombia: un ejemplo de irracionalidad legislativa", en *Nuevo Foro Penal*, Nro. 71, Medellín, EAFIT. 2007, p. 38.

40 *Ibíd.*

41 GUERRERO PERALTA, OSCAR JULIÁN, *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal*, op. cit. p. 473.

42 Por ejemplo: FRANCO BUSTAMANTE, GLADIS IRENE, *El concepto de peligrosidad como fundamento de la detención preventiva bajo la vigencia de la ley 906 de 2004: Análisis jurisprudencial ¿Garantismo o autoritarismo? ¿Restricción o expansión?*, Universidad EAFIT, Medellín, Colombia, 2012.

43 CRUZ BOLÍVAR, LEONARDO FABIÁN, "Fundamentos de la detención preventiva en el procedimiento penal colombiano", en *Revista Derecho Penal y Criminología*, número 95, 2012, p. 71.

La DP no está instituida para cumplir fines materiales de la pena (por ejemplo: el peligro de reincidencia; protección de la comunidad) sino, cuándo más, servir al fin procesal de la comparecencia⁴⁴.

También se refieren a su excepcionalidad y a las medidas alternativas cuándo sostienen que:

Reconocemos que en la práctica la DP constituye una pena anticipada y niega la presunción de inocencia. Por consiguiente, su uso debe limitarse a casos excepcionales (de allí medidas alternativas), para que opere el trato como inocente, mientras se admita (...) la coexistencia entre la prisión provisional y la presunción de inocencia. Todo ello frente a la imposibilidad de proscribirla en un Estado que cada vez tiende más a su expansión.⁴⁵

En cuanto a las posibilidades de un proceso penal sin detención preventiva, sostienen que:

lo ideal sería respeto a la presunción de inocencia que no hubiera detención preventiva; en esa perspectiva, la privación de libertad solo podría ser factible una vez proferida y ejecutoriada la sentencia condenatoria⁴⁶.

Corolario hasta aquí tenemos:

Hobbes entendía que la detención preventiva carcelaria no es pena, la admite para la custodia y vigilancia del reo y entiende que su abuso viola la ley de naturaleza. *Beccaría* entiende que es una pena, introduce el principio de necesidad en su aplicación, en un principio se acerca a Hobbes en cuanto considerarla como custodia de un ciudadano pero termina por apartarse de ese concepto; considera que debe durar el menos tiempo posible y lo menos dura que se pueda, y termina por avalarla para impedir: i) la fuga, y ii) que no se oculten las pruebas. *Carrara* ratifica el principio de necesidad e igualmente la duración menos tiempo posible, ambos mencionados por Beccaría, aunque Carrara llama a este último plazo razonable. Está de acuerdo con su aplicación para los delitos de mayor gravedad y, considera que debe tener la característica de ser sustituible por otras medidas menos graves. *Hassemer* la caracteriza diciendo que es: i) un irrespeto al principio de inocencia, ii) una lesión al procesado, y iii) una desnaturalización del proceso penal.

44 SANDOVAL FERNÁNDEZ JAIME, y DEL VILLAR DELGADO, DONALDO DANILO, *Responsabilidad Penal y Detención Preventiva, el proceso penal en Colombia –Ley 906 de 2004*, Barranquilla, Universidad del Norte y Grupo Ibañez, 2013, p. 133.

45 *Ibíd.*, p. 210.

46 *Ibíd.*, p. 194.

Ferrajoli por su parte la considera como una absoluta y total presunción de: i) peligrosidad -procesal y penal- y ii) culpabilidad. También la entiende como una fuente de deslegitimación del Estado y del derecho. Habla de la posibilidad de sustituirla por medios menos gravosos. Este autor habla de la necesidad de la detención preventiva, pero no como principio como lo mencionaban Beccaría y Carrara sino como herramienta del proceso penal y de todas formas termina por reinterpretar, para el contexto de hoy, a Beccaría en cuanto al peligro de fuga y alteración de las pruebas, sosteniendo, para estos dos aspectos y la necesidad de que él habla, que: La prisión preventiva ya no es necesaria, ni tampoco sirve para atacar el peligro de alteración de las pruebas ni del de fuga. Termina por proponer un proceso penal sin detención preventiva carcelaria, por lo menos hasta la sentencia de primera instancia.

Maier es partidario de que se puede imponer detención preventiva carcelaria cuando exista *peligro de fuga* y *peligro de entorpecimiento probatorio*, pero, *sí y solo sí*, al mismo resultado no se pueda arribar por otra medida no privativa de libertad, menos perjudicial para el imputado. Nos indica que cuando nos encontremos frente a dos posibilidades interpretativas, razonablemente fundadas, se debe elegir la menos gravosa para el enjuiciado. *Londoño Berrio* nos indica que la detención preventiva carcelaria debe tener la característica de *última ratio*, además sostiene que no podrá imponerse, cuando existan otros medios menos gravosos y que sean idóneos para cumplir con las finalidades de la medida. Deja ver que no se puede ser tan apacibles al momento de aceptar los argumentos del riesgo de fuga y afectación probatoria con lo que termina por aceptarlos. No comparte la regla de que sea procedente esta medida, en algunos casos, dependiendo de los mínimos de las penas ofrecidas por los tipos penales.

Sotomayor Acosta nos comparte su concepto de desnaturalización del proceso penal en cuanto al giro o cambio de su objetivo, que ya no es el de imponer una pena sino el de imponer una medida de aseguramiento de detención preventiva carcelaria, y la incidencia de esta figura en el aumento de los mínimos de las penas en la mayoría de los delitos con el propósito de hacerla procedente. *Guerrero Peralta* sostiene que los derechos constitucionales de presunción de inocencia y el derecho a no declarar, sirven para poner en tela de juicio la detención preventiva carcelaria. *Cruz Bolívar* es del pensar que la privación de la libertad solo es viable con fundamento en la sentencia condenatoria ejecutoriada. *Sandoval Fernández y Villar Delgado*, creen que lo ideal fuera que no existiera detención preventiva carcelaria y que por ende la privación de la libertad solo podría ser factible una vez proferida y ejecutoriada

la sentencia condenatoria, pero sucumben a ese ideal y aceptan que la detención preventiva carcelaria se imponga para cumplir el fin de comparecencia al proceso. Afirman que de aplicarse es para casos excepcionales y que deben existir medidas alternativas. Finalmente comparten la idea de la imposibilidad de proscribirla dada su expansión.

Terminamos este aparte sentando nuestra posición al respecto así: Consideramos que los procesos penales; por regla general, por cualquier delito y desde el principio hasta el fin; deben adelantarse sin medida de aseguramiento de detención preventiva carcelaria y, que la vigilancia electrónica puede y además debe sustituir esta medida sola o acompañada de otras medidas de aseguramiento distintas a la detención preventiva carcelaria. Es que incluso otras medidas de aseguramiento no privativas de la libertad, distintas a la vigilancia electrónica, también pueden y además deben sustituir la detención preventiva carcelaria.

Entendemos por el proceso penal hasta el fin, la sentencia debidamente ejecutoriada ya sea esta de primera, segunda o única instancia, lo importante es que esté ejecutoriada. Ello por cuanto hasta en el trámite de primera y segunda instancia se da el riesgo de que una persona sea condenada en primera y absuelta en segunda y pasar meses o años sin que se defina la última y esos riesgos no debe cargarlos el procesado.

Para lo anterior se requiere un Estado que se tome en serio la persecución penal y que logre la captura de los condenados que se avadan. Aceptar que es difícil o hasta imposible capturar a una persona condenada, es aceptar la incompetencia suma del Estado, es renunciar a las tecnologías que hoy tenemos y, desconocer que estamos en un mundo globalizado para todo y el derecho penal, en ese punto, también lo está. Imponerle a una persona una detención preventiva carcelaria mientras se define si ha cometido un delito o es inocente, es trasladarle a él la incompetencia estatal. Si Beccaría existiera hoy, con los avances tecnológicos que tenemos, de seguro cambiaría su posición en este punto.

A quienes les gusta el Estado fuerte, esa es una forma de demostrarlo, logrando la captura de los condenados evadidos, pero antes logrando procesos garantistas y ágiles y, posteriormente la efectividad de las condenas que sea de paso considerar no se necesitan largas penas sino la efectividad de las mismas, no se necesita mucha amenaza de pena sino que la impunidad sea poca. Cuando se detiene para investigar no se muestra un Estado fuerte para lo penal, sino un Estado débil en lo principal y de paso se aniquilan derechos de los procesados y aflora la fuente inagotable de deslegitimación del poder público y por ende del Estado y por ahí mismo del derecho en su conjunto, como también lo indica Ferrajoli al decir que:

todo arresto sin juicio ofende el sentimiento común de la justicia, al ser percibido como un acto de fuerza y de arbitrio. No existe, en efecto, ninguna resolución judicial y tal vez ningún acto de poder público que suscite tanto miedo e inseguridad y socave tanto la confianza en el derecho como el encarcelamiento de un ciudadano sin proceso, en ocasiones durante años⁴⁷.

De todas formas, creemos que sólo pudiera pensarse la vigencia de la detención preventiva carcelaria, para dos eventos así: i) Para los casos de incumplimiento reiterado y grave de los compromisos adquiridos con la imposición de otra medida de aseguramiento y, ii) Reincidencia grave en la comisión de delitos también graves y de la misma naturaleza. En estos casos, si cobraría aplicación práctica la orden legal de que la detención preventiva carcelaria sea la excepción y no la regla general.

4.3 Su duración y otros aspectos

Sobre este particular en el derecho comparado, encontramos que:

el siglo XX puede atribuirse la paternidad de esta evolución. La actual Constitución Española de 1978 (art. 17, párr. 4), obliga a la ley a fijar el plazo máximo de duración del encarcelamiento preventivo; conforme a esa disposición la ley fija en seis meses la duración máxima del encarcelamiento preventivo cuando se impute un hecho cuya pena sea igual o inferior a prisión menor, y en dieciocho meses para los demás casos; aunque se puede ordenar, por excepción, su prolongación hasta treinta meses y, en casos aún más excepcionales, hasta la mitad de la pena impuesta en la sentencia, cuando ella hubiere sido recurrida. La Constitución y la ley procesal penal Italiana limitan también el encarcelamiento preventivo, a través de un sistema complejo que aquí sólo puede ser presentado en sus rasgos fundamentales. La duración del encarcelamiento preventivo depende de la combinación de dos circunstancias: Por un lado, el estado procesal de la imputación y, dentro de cada estadio, el plazo varía según el máximo de la pena amenazada por la ley penal para el delito imputado. Los plazos pueden ser suspendidos o prorrogados bajo determinadas circunstancias. También renacen cuando el procedimiento regresa a una fase anterior⁴⁸.

En Colombia, el código procesal penal común –ley 906 de 2004- no contemplaba originalmente plazo al respecto, como tampoco lo hacían los códigos procesales del pasado. La duración de la detención preventiva carcelaria estaba más que difusa ya que dependía de muchos aspectos dentro de ellos la configuración una causal de

47 FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal...* op. cit., pp. 555-556.

48 MAIER, JULIO B.J., *Derecho Procesal Penal...* op. cit., pp. 529-530.

libertad por vencimiento de términos, los aportes de la jurisprudencia en Colombia que hacía algunos intentos para que judicialmente se limitara temporalmente la detención preventiva y se ofrecía como criterio para este límite, la razonabilidad, la proporcionalidad y la justicia. Al respecto decía:

Estima la Corte, sin embargo, que es necesario precisar que en relación con el cómputo de la detención preventiva (artículo 406 del Decreto 2700 de 1991 y artículo 361 de la ley 600 de 2000), es un deber ineludible de las autoridades judiciales en cada caso, evitar que la medida se prolongue más allá de un lapso razonable⁴⁹

Seguidamente sostenía la Corte, en esa misma providencia, que:

Ahora bien, el término razonable, proporcional y justo, debe ser valorado por las autoridades judiciales en cada caso, siguiendo los siguientes parámetros: la efectividad de la duración (amoldar la detención a sus objetivos), el tiempo actual de detención, su duración en relación con la ofensa, los efectos de la conducta punible, los efectos materiales y morales para con el sindicado, la conducta del inculpado, las dificultades de la instrucción, la forma como se ha tramitado, la conducta de las autoridades judiciales, entre otras. Mediante esta consagración no taxativa, la Corte pretende garantizar la presunción de inocencia y el derecho a la libertad personal ante el vacío legal⁵⁰.

Recientemente se expidió en Colombia la ley 1760 del 06 de julio de 2015 que modifica parcialmente la ley 906 de 2004 en relación con las medidas de aseguramiento relativas a la libertad y, aunque con una vigencia diferida, limitó en un año, como regla general, la duración de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad dentro de ellas la detención preventiva carcelaria y de paso la detención domiciliaria. Se dijo que dicho término puede prorrogarse hasta por el mismo término inicial cuando el proceso se surta ante la justicia penal especializada, o sean tres (3) o más los acusados contra quienes estuviere vigente la detención preventiva, o se trate de investigación o juicio de actos de corrupción de los que trata la Ley 1474 de 2011. Pero lo más importante es que ordena que *las medidas de aseguramiento privativas de la libertad solo pueden imponerse cuando quien las solicita pruebe, ante el Juez de Control de Garantías, que las no privativas de la libertad resultan insuficientes para garantizar el cumplimiento de los fines de la medida de aseguramiento*⁵¹. Colombia se acaba de poner a tono con el derecho comparado e incluso de forma más allá

49 Corte Constitucional, Sentencia C-774 de 2001, Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil.

50 Ibídem.

51 Al respecto ver el artículo 1º de la ley 1760 del 06 de julio de 2015 que adiciona dos párrafos al artículo 307 de la ley 906 de 2004.

del simple límite temporal de la duración de la detención preventiva carcelaria. Esta ley fue promovida por el Ministerio de Justicia y la Fiscalía General de la Nación de Colombia y al respecto el 28 de octubre de 2014, la fiscalía en mención emitió un boletín refiriéndose al tema⁵².

Finalmente, otro aspecto de la detención preventiva carcelaria es que, no sobra resaltar lo importante que resultaría minimizar el uso de la detención preventiva carcelaria para contribuir al mejoramiento de la situación carcelaria, pues es claro que si se acogen las interpretaciones que se proponen, sustituyendo la imposición de medidas de aseguramiento consistente en detención preventiva carcelaria por la vigilancia electrónica u otras, la situación en las cárceles del país tendría una inmensa mejoría, ello por cuanto no tendríamos tantos procesados en las cárceles, al limitar su utilización sólo para condenados. De esta forma mejoraría la calidad de vida de los que estén allí. Esta investigación, indirectamente aporta parte de la solución a la situación carcelaria que ha sido cuestionada desde hace varias décadas, entre otras, de la siguiente manera:

Existe un relativo consenso en que uno de los principales factores que inciden en la sobrepoblación penitenciaria, y en todos sus males derivados, es el abuso en la utilización de la detención preventiva. Cerca de la mitad de las personas que se encuentran detenidas en las prisiones latinoamericanas están a la espera de juicio y, por ello, siguen siendo jurídicamente inocentes. En el caso colombiano, por ejemplo, 12.729 personas presas, es decir, el 53% de la población sindicada ha pasado más de seis meses aguardando la sentencia judicial que decida su responsabilidad penal. El 31% de los sindicados han pasado más de un año en esta misma situación⁵³.

Más recientemente se ha dicho:

argumento insuperable para contrastar esas conclusiones funcionales a la compatibilidad establecida por la Corte Constitucional son las cárceles colombianas, que según la Defensoría del Pueblo son meros “depósitos de personas”, donde el hacinamiento, las condiciones de insalubridad, infraestructura de las edificaciones, condiciones infrahumanas y respeto a la dignidad de los reclusos, deficiencias en servicios públicos y asistenciales, así como precariedades de toda índole, constituyen afectaciones flagrantes

52 Véase, Boletín del 28 de octubre de 2014, de la Fiscalía General de la Nación de la República de Colombia, disponible en <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/>, consultada el 5 de noviembre de 2014.

53 ARIZA, LIBARDO JOSÉ, y ITURRALDE, MANUEL, *Los muros de la infamia: Prisiones en Colombia y en América Latina*, Bogotá, Universidad de los Andes -Facultad de Derecho, Cijus ediciones Uniandes, 2012, pp. 88-90.

a todo conjunto de los más elementales derechos fundamentales de los internos, sin que exista diferencia material entre quienes son condenados y procesados.

Casualmente, según estadísticas del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), a marzo de 2010, una población total de 78801, los sindicados son 24865 y los sentenciados 53936, y ello sin contar las cárceles distritales y estaciones de policía; lo que quiere decir que el 31.55% de la población carcelaria, según estos datos, corresponde a presos sin condena; situación carcelaria que ha despertado interés de organismos nacionales e internacionales⁵⁴.

Mucho más podríamos decir de la situación carcelaria y su relación con la detención preventiva⁵⁵, pero ese es tema que escapa al objeto principal de este trabajo.

También escapa a nuestro objeto de estudio hoy, la temática de la responsabilidad económica del Estado por la detención preventiva carcelaria aunque, no sobra recordar que el Estado Colombiano no respondía patrimonialmente por las detenciones preventivas cuando la persona era absuelta al terminar el proceso. Sólo hace unas pocas décadas se empezó a aceptar dicha posibilidad fruto de trabajos doctrinales como los de Gómez Cardona⁵⁶ y que luego se convirtieron en la base para construir lo que hoy es toda una realidad y la jurisprudencia, desde sus inicios⁵⁷, se ha adentrado en delimitar esta institución hasta el punto que ya, casi treinta años después, la jurisprudencia está más

54 SANDOVAL FERNÁNDEZ, JAIME, y Donaldo, DEL VILLAR DELGADO, DANILO, *Responsabilidad Penal y Detención Preventiva, el proceso penal en Colombia –Ley 906 de 2004,...* op. cit., p. 135.

55 La situación es tan evidente que todavía se encuentran sentencias que aluden a la difícil situación carcelaria. Véase por ejemplo la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín sala sexta de decisión laboral, proferida en marzo cuatro de dos mil trece, cuya referencia fue una acción de tutela de primera instancia, accionante: Elias de J. Monsalve Lopera, entidad accionada: Instituto Nacional Penitenciario Carcelario – INPEC – y otros y radicado: 050012205000- 201300130.

56 GÓMEZ CARDONA, EFRAÍN, *La responsabilidad del Estado en la Constitución de 1991*, Medellín, Biblioteca Jurídica DIKÉ, 1995.

57 Para rememorar tenemos que una de las primeras providencias judiciales sobre el tema, sino la primera, tuvo lugar cuando "... En julio 30 de 1.985 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca decidió, dentro del expediente Nro. 84-D-1652, el caso de LUIS JORGE RUEDA MONTALVO contra la Nación." (Efraín Gómez Cardona, *La responsabilidad del Estado en la Constitución de 1991*, op. cit., p. 261). En esa providencia hito, se dijo: "6º) Pero el autor que mayor espacio dedica a la responsabilidad judicial, lo es el Dr. EFRAÍN GÓMEZ CARDONA, cuya obra "Responsabilidad del Estado y actividad judicial" ya hemos citado anteriormente (publicada por la Universidad Autónoma Latinoamericana en Medellín a finales de 1984). ..." (Ibíd. p. 262.) y más adelante se dijo: "Existe pues, fundamento legal suficiente para afirmar la responsabilidad del Estado, por los perjuicios que se cause en la prestación de cualquiera de los servicios públicos, con mayor razón si se trata del más importante y esencial de los mismos como es la administración de justicia, mediante la cual, las autoridades deben garantizar y proteger a los asociados, no sólo la libertad, el honor y la seguridad, sino también los bienes que les pertenecen. ..." (Ibíd. p. 263.). De esta forma, "...el tribunal abre la puerta, por primera vez en Colombia que sepamos, a la posibilidad de que el Estado responda por la actividad judicial." (Ibíd.).

que decantada e incluso unificada⁵⁸. Mucho se podrá estudiar al respecto pero el límite en el objeto trazado nos lo impide.

58 Hoy, casi treinta (30) años después, como se dijo, la jurisprudencia está más que decantada e incluso unificada, en reciente fallo, el Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, sala plena, Consejero Ponente Dr. Hernán Andrade Rincón (E), el 28 de Agosto de 2014 bajo proceso Radicado número 68001-23-31-000-2002-02548-01(36149), actor: JOSE DELGADO SANGUINO Y OTROS, demandado: DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL y referencia: APELACION SENTENCIA - ACCION DE REPARACION DIRECTA, unificó la jurisprudencia sobre el particular al decir: "Procede la Sala Plena de la Sección Tercera, con el fin de unificar la jurisprudencia en relación con *I*) los parámetros que se deben tener en cuenta para la tasación de los perjuicios morales en casos de privación injusta de la libertad y *II*) los criterios para reconocer indemnización de perjuicios en la modalidad de lucro cesante a la persona que fue privada injustamente de su libertad...

En este sentido, de manera general, se aplica el régimen objetivo de responsabilidad y se impone su declaración en todos los eventos en los cuales el implicado que ha sido privado de la libertad finalmente es absuelto o se precluye la investigación a su favor, cuando en el proceso a que haya dado lugar a su detención o restricción de la libertad se determine que *i*) el hecho no existió, *ii*) el sindicado no lo cometió y/o *iii*) la conducta es atípica."

Otro aspecto que se unifica en esta providencia, es lo referente a perjuicios materiales así: "En este sentido, cuando se trata, por ejemplo, de los asuntos que se refieren a la privación injusta de la libertad, la Sala ha sostenido de manera reiterada -y mediante esta providencia se unifica el criterio- que para la procedencia del reconocimiento de los perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, se requiere que se acredite que la víctima de la referida privación, al momento de la ocurrencia de ese hecho dañoso, es decir cuando fue detenida, se encontraba en edad productiva." Sigue en esta dirección la alta corporación judicial sosteniendo que "No obstante, en las mencionadas piezas procesales no existe indicación alguna acerca de la suma que el señor Delgado Sanguino podía obtener con ocasión de la labor económica realizada —aunque se hubiera manifestado en la demanda que se dedicaba a actividades de construcción y de comercio informal devengando \$600.000 mensuales aproximadamente —, razón por la cual, de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, hay lugar a aplicar la presunción según la cual toda persona que se encuentre en edad productiva devenga, por lo menos, el salario mínimo legal vigente, monto que será tenido en cuenta por la Subsección para liquidar el lucro cesante. A esa suma se le debe adicionar el 25% por concepto de prestaciones sociales.

De igual forma, en la liquidación debe agregarse el factor prestacional correspondiente para determinar el ingreso base y sumar al lapso durante el cual el señor Delgado Sanguino estuvo privado de la libertad, el tiempo que se presume una persona tarda en conseguir trabajo con posterioridad a su salida de la cárcel." (Se omiten las notas al pie y las negrillas y subrayas).

En cuanto a la responsabilidad del Estado en esta dirección, se reconoce incluso cuando la persona actúa bajo una causal que lo exime de responsabilidad penal. Así lo ha dicho el Consejo de Estado: "(...) Encuentra igualmente acreditado la Sala que dicha detención fue injusta, en consideración a que, como se explicó, al señor Higueta le fue precluida la investigación adelantada en su contra, mediante providencias del 11 de mayo y del 26 de diciembre de 1994. En efecto, (...) respecto de los delitos de omisión de informe y favorecimiento, se afirmó que el acusado actuó bajo una causal eximente de responsabilidad como es el estado de necesidad, que excluye la culpabilidad del acusado, lo que permite concluir que la privación fue injusta y que la víctima debe ser indemnizada con fundamento en lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Política" (Sentencia de 20 de febrero de 2008, expediente: 15.980).

Suficientemente clara esta providencia y nos muestra el estado actual de la jurisprudencia colombiana al respecto.

En fin, la responsabilidad económica del Estado, por medidas de aseguramiento consistente en detención preventiva, está más que clara si la persona termina absuelta y en dicha responsabilidad se reconocen y pagan perjuicios como el daño moral y material, ambos en sus diferentes formas.

La idea no puede ser seguir deteniendo preventivamente y seguir pagando económicamente los perjuicios que se causen vía responsabilidad del Estado con cargo a los impuestos que pagamos los ciudadanos, la idea mejor debe ser no causar más esos perjuicios y ahí se genera respeto a los derechos de las personas procesadas, se moderniza la aplicación de las medidas de aseguramiento y de paso se genera un importante ahorro por el no pago de indemnizaciones, cuyos recursos se pueden destinar a mejorar el servicio de justicia y los métodos, medios, y recursos para combatir la criminalidad más eficientemente, perseguir a los condenados evadidos o para inversión social como educación como herramienta para prevenir la comisión de delitos, entre otros aspectos más necesarios que estar deteniendo personas que luego resultaran declaradas inocentes o absueltas por las diferentes vías penales. Eso hoy ni económicamente es rentable para los Estados.

5. La vigilancia electrónica como medida sustitutiva de la detención preventiva carcelaria en Colombia

5.1 Generalidades

Con miras a demostrar que, en Colombia, la medida de vigilancia electrónica, en ocasiones acompañada de otra medida no privativa de la libertad, puede sustituir la medida de detención preventiva carcelaria, en este capítulo se procederá a hacer un análisis comparativo entre la vigilancia electrónica y la detención preventiva carcelaria.

Igualmente retomaremos lo propuesto al inicio de este trabajo, esto es, verificar la existencia de los *finés*, las *clases*, la *procedencia* y, *requisitos* –generales y específicos-, de las medidas de aseguramiento actualmente vigentes en Colombia. Sólo diremos lo que dice la ley, de ella no nos apartaremos, lo máximo que se hará es reorganizar sus contenidos literales y ahondar en ellos solo hasta el punto que necesitamos para este propósito.

Se pretende concretar la interpretación correcta, desde el punto de vista semántico, de los artículos que regulan la procedencia, esto es, los artículos 313 y 315 del código de procedimiento penal –ley 906 de 2004- o en su defecto que se entienda como una interpretación alternativa y para lo cual sirven a este propósito los artículos 250 de la Constitución Nacional, 2, 295, 296, 307 a 312 y 316 del mencionado código de procedimiento penal.

5.2 Verificación, en Colombia, de los fines, clases, procedencia y requisitos - generales y específicos

5.2.1 Fines

Al respecto son los artículos 250 constitucional, 2, 296 y 308 de la ley 906 de 2004 los que regulan la materia. Veamos:

El artículo 250 de la Constitución Nacional -artículo modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo No. 3 de 2002- sostiene, entre otras cosas, que:

En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá: 1. Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas. (...).

Esta norma constitucional refiere unos fines constitucionales de *asegurar*: i) La comparecencia de los imputados al proceso penal, ii) la conservación de la prueba, y iii) la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas.

El artículo 2º ley 906 de 2004 -modificado por el artículo 1º de la Ley 1142 de 2007- se refiere a la libertad así:

El juez de control de garantías, previa solicitud de la Fiscalía General de la Nación, ordenará la restricción de la libertad del imputado (...) para garantizar su comparecencia o la preservación de la prueba o la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas.

De la norma anterior se desprende con nitidez que la libertad solo se puede restringir cuando resulte necesario, razonable y proporcional para *garantizar*: i) La comparecencia, ii) La preservación de la prueba, iii) la protección de la comunidad, y iii) la protección de las víctimas.

El artículo 296 refiere las finalidades de la restricción a la libertad, así:

La libertad personal podrá ser afectada dentro de la actuación (...) para evitar la obstrucción de la justicia, o para asegurar la comparecencia del imputado al proceso, la protección de la comunidad y de las víctimas, o para el cumplimiento de la pena.

Esta norma muestra el *fin de evitar*: La obstrucción de la justicia; o para *asegurar*: i) la comparecencia del imputado al proceso, ii) la protección de la comunidad, iii) la protección de las víctimas, o iv) el cumplimiento de la pena.

El artículo 308, adicionado con un párrafo por la reciente ley 1760 de 2015, establece, entre otras cosas:

El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento (...), siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos: 1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia. 2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima. 3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.

Esta norma habla de *requisitos* para desarrollar unos numerales cuando precisamente lo que hace en esos mismos numerales es desarrollar *finés* y como esa es la materialidad entonces hemos de entender que esos numerales de ese artículo son *finés*. No obstante este artículo también trae consigo *requisitos*, por demás generales como más adelante veremos.

En cuanto a los *finés* dice con nitidez que son el de: a) *Evitar* que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia, b) cuando el imputado *constituya* un peligro para: i) La seguridad de la sociedad, o ii) la seguridad de la víctima y; c) que *resulte* probable que el imputado: i) No comparecerá al proceso o, ii) no cumplirá la sentencia.

Entonces, los *finés* los podemos resumir de la siguiente manera:

Constitucionales.

Asegurar: i) La comparecencia de los imputados al proceso penal, ii) la conservación de la prueba, y iii) la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas. (Artículo 250 de la Constitución Nacional)

Legales.

Garantizar: i) La comparecencia, ii) La preservación de la prueba, iii) la protección de la comunidad, y iii) la protección de las víctimas. (Artículo 2, ley 906 de 2004).

Igualmente evitar la obstrucción de la justicia; o asegurar: i) la comparecencia del imputado al proceso, ii) la protección de la comunidad, iii) la protección de las víctimas, o iv) el cumplimiento de la pena. (Artículo 296, ley 906 de 2004).

También: a) *Evitar* que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia, b) cuando el imputado *constituya* un peligro para: i) La seguridad de la sociedad, o ii) la seguridad de la víctima y; c) cuando *resulte* probable que el imputado: i) No comparecerá al proceso o, ii) no cumplirá la sentencia. (Artículo 308, ley 906 de 2004).

El problema radica en que nuestra ley procesal penal sólo tornó en obligatorios los fines del artículo 308, ello por cuanto fue a los únicos que dotó de la característica de requisitos especiales para proceder a imponer una medida de aseguramiento no

privativa de la libertad o una detención preventiva carcelaria según las disposiciones de los artículos 313 y 315 *ibidem* y lo cual se verá en los renglones siguientes.

Por tanto, los *fin*es que son aplicables formalmente son: a) *Evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia*, b) *cuando el imputado constituya un peligro para: i) La seguridad de la sociedad, o ii) la seguridad de la víctima y; c) cuando resulte probable que el imputado: i) No comparecerá al proceso o, ii) no cumplirá la sentencia*. (Artículo 308, ley 906 de 2004).

Adicionalmente, estos *fin*es son los únicos que tienen desarrollo legal en artículos de la ley 906 de 2004 así: Obstrucción de la justicia artículo 309, peligro para la comunidad artículo 310, peligro para la víctima artículo 311 y, no comparecencia artículo 312. Finalmente, los verbos que se utilizan son el de *evitar*, *constituir* seguida del peligro, *resultar* seguida de probable.

La anterior situación diferencia estos *fin*es con los demás de los artículos 250 constitucional, 2 y 296 de la ley 906 de 2004, que utilizan verbos como *garantizar* y *asegurar* y que por no regularse su desarrollo como requisitos de imposición, en una medida de aseguramiento, se quedan en un simple ideal normativo, en una norma general y abstracta sin aplicación concreta, sólo sirven como criterios de valoración; dicho de otro modo, en los artículos referidos se habla de unos *fin*es pero no se desarrollan en la ley y ello los convierte en un simple criterio o pauta y no en normas que puedan aplicarse obligatoriamente o *per se*. Por ningún motivo puede entenderse que los verbos *garantizar* y *asegurar*, pueden ser sinónimos de los de *evitar*, *constituir* y *resultar*, ya que un *fin* que utilice uno de estos verbos, se satisface de una forma que es muy diferente a la forma de satisfacer un *fin* que utilice otro de estos verbos; o sea, las obligaciones son diferentes dependiendo del verbo que se utilice y ese juego semántico es necesario tenerlo claro al momento de saber cuál es el *fin* que se debe satisfacer.

El vacío en mención no puede ser llenado por el intérprete a su arbitrio y mucho menos en detrimento de los intereses y derechos del procesado, o sea, así como los artículos 309 a 312 regularon o desarrollaron expresamente los *fin*es del artículo 308, es claro que no existe regulación para los otros *fin*es consagrados en los artículos 250 constitucional, 2 y 296 de la ley 906 de 2004 y por ello no puede entenderse y de paso no puede permitirse que, por vía de interpretación extensiva o analógica, algún interprete regule o desarrolle lo que el legislador no ha regulado o desarrollado.

No sobra anotar, que el legislador le había dado cierta aplicabilidad práctica a los *fin*es del artículo 250 constitucional, ello cuando desarrolló el *fin* de *peligro para la comunidad* en el artículo 310 de la ley 906 de 2004, allí esos *fin*es constitucionales eran invocados como criterio para valorar ese peligro para la comunidad, pero para

nada más, este artículo 310 ya referido nos mostraba que un fin que carezca de regulación y desarrollo legal, se convierte, a lo sumo, en un simple criterio de valoración. Sucede que con la modificación que acaba de introducir la nueva ley 1760 de 2015, en la cual con su artículo 3º modifica este artículo 310, desapareció el efecto un poco práctico de los fines constitucionales de la detención preventiva; o sea, antes de la ley 1760 de 2015 los fines constitucionales de la detención preventiva, consagrados en el artículo 250 ya mencionado, tenían cierta aplicación más o menos práctica por cuanto se invocaban expresamente, pero esta nueva ley 1760 ya no los invoca para nada. Se insiste entonces, que los únicos fines aplicables rigurosamente, que tiene el código de procedimiento penal en estudio, son los mencionados en su artículo 308 por ser éstos los únicos que se desarrollaron por el mismo legislador en los artículos 309 a 312 *ibidem*.

Colombia entonces, sólo hace poco y afortunadamente hoy, cumple con el requisito insalvable de consagrar los fines de las medidas de aseguramiento –artículo 308–, pero a la vez cumple con el requisito adicional que le da vida a esos fines y es el desarrollo legal de los mismos –artículos 309 a 312–.

5.2.2 Clases

El artículo 307, del código de procedimiento sometido a estudio y adicionado con dos párrafos por la reciente ley 1760 de 2015, es el que regula el tema entre otras cosas, así:

Medidas de aseguramiento. Son medidas de aseguramiento:

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

B. No privativas de la libertad. 1. La obligación de someterse a un mecanismo de vigilancia electrónica. 2. La obligación de someterse a la vigilancia de una persona o institución determinada. 3. La obligación de presentarse periódicamente o cuando sea requerido ante el juez o ante la autoridad que él designe. 4. La obligación de observar buena conducta individual, familiar y social, con especificación de la misma y su relación con el hecho. 5. La prohibición de salir del país, del lugar en el cual reside o del ámbito territorial que fije el juez. 6. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o lugares. 7. La prohibición de comunicarse con determinadas personas o con las víctimas, siempre que no se afecte el derecho a la defensa. 8. La prestación de una caución real adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, entrega de bienes o la fianza de una o más personas idóneas. 9. La prohibición de salir del lugar de habitación entre las 6:00 p. m. y las 6:00 a.m.

El juez podrá imponer una o varias de estas medidas de aseguramiento, conjunta o indistintamente, según el caso, adoptando las precauciones necesarias para asegurar su cumplimiento. Si se tratare de una persona de notoria insolvencia, no podrá el juez imponer caución prendaria.

Como se ve, esta norma establece dos grupos de medidas de aseguramiento, las privativas de la libertad y las no privativas de la libertad. La detención preventiva se contempla de dos formas que son: i) Detención preventiva carcelaria, y ii) detención preventiva domiciliaria y ambas se encuentran en el grupo denominadas medidas de aseguramiento *privativas de la libertad*. La vigilancia electrónica se encuentra en el grupo de las medidas de aseguramiento *no privativas de la libertad*.

Colombia pues, es prolija no sólo en tener regulación de las clases de medidas de aseguramiento, sino además en tener un amplio ramillete de posibilidades en esas clases. Ha cumplido en el pasado, y hoy también lo hace, con este requisito insalvable de establecer las clases de medida de aseguramiento disponibles para el operador jurídico.

Ahora téngase en cuenta que, según el recién adicionado segundo párrafo del artículo 307 de la ley 906 de 2004, *las medidas de aseguramiento privativas de la libertad solo pueden imponerse cuando quien las solicita pruebe, ante el Juez de Control de Garantías, que las no privativas de la libertad resultan insuficientes para garantizar el cumplimiento de los fines de la medida de aseguramiento*⁵⁹. O sea, que en orden a imponerse primero hay que buscar la forma de imponer las no privativas de la libertad según la nueva orden del legislador en la reciente ley 1760 de 2015 que las transformó en principales y las privativas de la libertad las convirtió en subsidiarias.

5.2.3 Procedencia

Colombia tiene regulación de la procedencia en los artículos 315 y 313 que se refieren al tema así:

El artículo 315, modificado por el artículo 28 de la Ley 1142 de 2007, sostiene:

Medidas de aseguramiento no privativas de la libertad. Cuando se proceda por delitos cuya pena principal no sea privativa de la libertad, o por delitos querellables, o cuando el mínimo de la pena señalada en la ley sea inferior a cuatro (4) años (...), se podrá imponer una o varias de las medidas señaladas en el artículo 307 literal b), (...).

Este artículo regula la procedencia de las medidas de aseguramiento no privativas de la libertad.

59 Al respecto ver el artículo 1º de la ley 1760 del 06 de Julio de 2015 que adiciona dos párrafos al artículo 307 de la ley 906 de 2004.

El artículo 313, modificado por el artículo 60 de la Ley 1453 de 2011, estatuye: Procedencia de la detención preventiva. (...), procederá la detención preventiva en establecimiento carcelario, en los siguientes casos: 1. En los delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados. 2. En los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro (4) años. 3. En los delitos a que se refiere el Título VIII del Libro II del Código Penal, cuando la defraudación sobrepase la cuantía de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes. 4. Cuando la persona haya sido capturada por conducta constitutiva de delito o contravención, dentro del lapso de los tres años anteriores, contados a partir de la nueva captura o imputación, siempre que no se haya producido la preclusión o absolución en el caso precedente.

Este artículo regula la procedencia de la detención preventiva carcelarias.

Ahora, nuestra propuesta de reinterpretación basada en la semántica, trata de la corrección de una interpretación equivocada que ha reinado en la generalidad, de forma casi unánime, de los artículos 313 y 315 anteriores o, en su defecto, la proposición de una nueva interpretación alternativa para generar como mínimo varias interpretaciones posibles sobre un mismo tema de derecho. La solución final es cuál interpretación escoger y en esa dirección creemos debe ser la que más favorezca a los intereses garantistas del procesado.

Pero peor aún, consideramos que no es que existan varias interpretaciones posibles con la nueva que se va a proponer, es que creemos que la interpretación correcta es la que este trabajo va a desarrollar en sentido contrario a la prevalente y general, que creemos es equivocada si observamos el sentido semántico de las palabras y que es lo que debe hacerse al momento de interpretar.

Retomando el rastreo normativo, especialmente los artículos 313 y 315, de esas normas se extrae a primera vista la interpretación general y prevalente, tanto en la doctrina y la jurisprudencia nacional, en el sentido de que las normas anteriores están ordenando para determinados delitos unas determinadas medidas de aseguramiento, esto es, que se obliga a imponer medidas privativas de la libertad, como la detención preventiva carcelaria, para determinados y ciertos delitos y que para otros delitos se estatuyen medidas no privativas de la libertad, como la vigilancia electrónica.

La interpretación general ha llevado a concluir que las medidas de aseguramiento estatuidas en los dos artículos mencionados -313 y 315- son excluyentes las unas de las otras, a menos que la ley permita su acumulación y, por tanto, donde se ordena imponer una medida de aseguramiento privativa de la libertad, no es posible imponer una medida de aseguramiento no privativa de la misma y viceversa.

Ejemplo de lo anterior es que se entiende, general y prevalentemente, que cuando la ley ordena imponer la medida de aseguramiento de detención preventiva

carcelaria, es imposible pensar en que ésta sea sustituida por otra no privativa de la libertad como la vigilancia electrónica, ello por cuanto la sustitución es taxativa y solo se puede sustituir en los casos que la ley expresa e inequívocamente lo permita y con los requisitos que ella indica, como cuando se permite sustituir esta medida por la detención domiciliaria y que en nuestro caso sólo en ese escenario es posible y no en otro.

En suma, lo que prevalece y se acepta, es que si la ley ordena imponer medida de aseguramiento de detención preventiva carcelaria, esa orden es clara, expresa e inequívoca y no da lugar a interpretaciones diferentes. Pues bien, en lo sucesivo pretendemos demostrar que en un plano normativo de *lege lata*, sin necesidad de propuestas en sede de *lege ferenda*, la estructura de las normas, actualmente vigentes y acabadas de referir, puede llevarnos a una reinterpretación donde la semántica y los principios constitucionales y legales juegan un papel preponderante y el resultado, como veremos, se aparta de la generalidad y la prevalencia mencionada.

De todas formas nos alejaremos de lo que se ha denominado la voluntad del legislador o lo que quiso hacer el legislador, aquí nos estaremos a lo que finalmente hizo y dijo el legislador y se verá que las vicisitudes del principio de legalidad de que habla Álvarez Álvarez⁶⁰ a veces ocurren, como en este caso, fruto del consenso generalizado o la unanimidad interpretativa que pone a decir a una norma lo que no dice o por lo menos no la deja decir todo lo que puede decir.

5.2.3.1 La interpretación del artículo 315 y la medida de aseguramiento de vigilancia electrónica que se propone

Ya hemos anotado que la vigilancia electrónica está dentro de las medidas de aseguramiento no privativas de la libertad y anotamos también que el artículo 315 de la ley 906 de 2004 es el que regula los escenarios en los que son procedentes las medidas de aseguramiento no privativas de la libertad.

A primera vista pareciera que la medida de aseguramiento de vigilancia electrónica sólo se puede imponer en los casos establecidos en este artículo 315, quedando su aplicación reducida prácticamente a unas pocas posibilidades, ello dado que "...el legislador penal colombiano ha optado por el camino más fácil: ha aumentado la pena mínima de los delitos hasta el tope exigido por la ley procesal

60 ÁLVAREZ ÁLVAREZ, JUAN CARLOS, "Las vicisitudes del principio de legalidad a propósito de la persecución penal de crímenes contra la humanidad", en Diego Araque (Coordinador académico), *Estudios de Derecho penal. Libro homenaje a Juan Fernandez Carrasquilla*, Medellín, sello editorial Universidad de Medellín, 2012, pp. 59-82.

para imponer la medida cautelar...⁶¹ de la detención preventiva carcelaria. Dicho de otro modo, como las penas en la actualidad, en su gran mayoría, superan los cuatro años de prisión, los delitos querellables son pocos al igual que los delitos cuya pena principal no es privativa de la libertad, entonces serían mínimas las posibilidades de utilizar las demás medidas de aseguramiento no privativas de la libertad y de paso la vigilancia electrónica.

Lo anterior no es del todo así, ello por cuanto la norma lo que menciona es que es posible imponer esta medida de aseguramiento en procesos donde se discuta la comisión de delitos que cumplan alternativamente alguna de las siguientes características: i) Cuya pena principal no sea privativa de la libertad, o ii) Por delitos querellables, o iii) Cuando el mínimo de la pena señalada en la ley sea inferior a cuatro (4) años.

No se puede dejar de lado el hecho de que la norma indica literalmente que: "... se *podrá* imponer una o varias de las medidas señaladas en el artículo 307 literal b), siempre que sean razonables y proporcionadas para el cumplimiento de las finalidades previstas."

Dado que la norma lo que dice es que "*se podrá imponer*", lo que está diciendo es que no es una orden categórica, pues si así fuera hubiese dicho "*se tendrá que imponer*" o "*se deberá imponer*" y eso no es lo que se lee. La palabra "podrá" viene del verbo "*poder*"⁶² y éste se acerca más a una facultad que a un deber u obligación inexcusable o imperiosa. Así entonces, el mencionado verbo, permite una interpretación conforme a las normas que regulan la restricción a la libertad en el ordenamiento jurídico colombiano, que imponen de manera imperativa el deber de interpretar las normas teniendo en cuenta la *afirmación a la libertad*, en virtud de la cual la restricción a la misma es excepcional y la libertad la regla general, la interpretación debe ser restrictiva, la aplicación debe ser necesaria, proporcional y razonable.

Siendo así las cosas, como en efecto consideramos que lo son, lo que debe entenderse es que la norma está prescribiendo, en sentido inverso, que en los supuestos anteriores –del artículo 315–, no se pueden imponer medida de aseguramiento privativas de la libertad, dentro de ellas la detención preventiva carcelaria, salvo excepción expresa, y por tanto en tales eventos sólo tendrían cabida las medidas no privativas de la libertad; es como cuando algo es negro y se hace

61 SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO, *Las recientes reformas penales en Colombia: un ejemplo de irracionalidad legislativa*, op. cit., p. 38.

62 Poder: Tener expedita la facultad o potencia de hacer algo. Véase diccionario de la RAE, <http://www.rae.es/recursos/diccionarios/drae>, edición 22ª, de acuerdo con información disponible en esta página consultada en noviembre 26 de 2014.

tal afirmación, con ello se está diciendo, al unísono, dos cosas como mínimo: i) Que ese algo es negro y, ii) A la inversa se está diciendo que ese algo, en comparación con su antagónico, no es blanco. Esta interpretación y/o lenguaje a la inversa, cabe, generalmente por no decir siempre, en todas las interpretaciones; pero en materia penal, las interpretaciones son restrictivas y deben ser en favor de mejorar garantías y no en su contra como ya es sabido.

Pero en su dirección original también está indicando que esas medida de aseguramiento, no privativas de la libertad dentro de ellas la vigilancia electrónica, se pueden imponer no sólo en los eventos ya mencionados del artículo 315, sino que también se pueden imponer en otros escenarios diferentes a los allí mencionados. O sea, es entender que los eventos del artículo 315 son enunciativos y no excluyentes. De esta forma el campo de aplicación, de estas medidas, es más amplio de lo que a primera vista se aprecia.

Más aún, ni siquiera en los eventos de incumplimiento de las obligaciones derivadas de la imposición de una medida de aseguramiento no privativa de la libertad, se torna inexorable la imposición de la detención preventiva carcelaria. En efecto, en estos eventos, según el artículo 316 del Código de Procedimiento Penal, las consecuencias del incumpliendo se regulan así:

Artículo 316. Incumplimiento. -modificado por el artículo 29 de la Ley 1142 de 2007-. (...)

El incumplimiento de las obligaciones impuestas, inherentes a la medida de aseguramiento no privativa de la libertad a que estuviere sometido el imputado o acusado, generará la sustitución de la medida de aseguramiento por otra, de reclusión en el lugar de residencia, o no privativa de la libertad, dependiendo de la gravedad del incumplimiento. En caso de un nuevo incumplimiento se procederá de conformidad con el inciso anterior.

De manera que según la norma transcrita, si el procesado incumpliere las obligaciones que se le imponen, fruto de una medida de aseguramiento no privativa de la libertad, por haber incumplido se le imponen otras medidas de aseguramiento igualmente no privativas de la libertad y dependiendo de la gravedad del incumplimiento, no del delito, se puede imponer la medida de detención domiciliaria. Si el incumplimiento ocurre en una segunda oportunidad, sólo en ese caso se puede abrir paso a medidas de aseguramiento más gravosas, como la detención preventiva carcelaria que se torna, legalmente aquí y en este caso, en *última ratio* o último recurso. Se nota que el legislador quiere construir un proceso penal de oportunidades en cuanto a las medidas de aseguramiento se refiere y se toleran ciertos incumplimientos en este tema como se vio.

Entonces, cuando se trate de los delitos mencionados en el artículo 315 se derivan las siguientes consecuencias: i) Sólo se podrá imponer medidas de

aseguramiento no privativas de la libertad dentro de ellas la vigilancia electrónica; ii) A la inversa es claro que no se pueden imponer medidas de aseguramiento privativas de la libertad, dentro de ellas la detención preventiva carcelaria; iii) No solamente se pueden imponer medidas de aseguramiento no privativas de la libertad en esos escenarios, sino que no están excluidas para que se impongan en otros escenarios; iv) cuando se incumplan las obligaciones luego de impuesta la medida de aseguramiento no privativa de la libertad, como por ejemplo la vigilancia electrónica, se puede agravar la situación del incumplido pero empezando por imponer otras medidas de aseguramiento igualmente no privativas de la libertad e incluso dependiendo de la gravedad del incumplimiento, no del delito, se puede imponer la detención preventiva domiciliaria y; v) si el incumplimiento ocurre por segunda vez, se puede imponer, como *última ratio* o último recurso, la detención preventiva carcelaria.

Así las cosas la procedencia, que está regulando este artículo, es clara, se trata de procedencia positiva dado que regula los casos concretos en los que procede medida de aseguramiento no privativa de la libertad, dentro de ellas la vigilancia electrónica, pero regula procedencia negativa para las medidas de aseguramiento privativas de la libertad, dentro de ellas la detención preventiva carcelaria.

Además, se entiende con claridad que el listado de delitos que ofrece, es un listado simplemente enunciativo y no taxativo u obligatorio, es pues una simple posibilidad. En concreto, la procedencia es, para este caso, flexible y no rígida por cuanto no se utilizó un lenguaje imperativo, utilizó la palabra se “podrá” que es un lenguaje diferente que denota margen de movilidad como el de simple posibilidad. En este caso la enunciación que se hace sirve como criterio orientador, de valoración etc., pero nunca como criterio obligatorio como es obvio, dada su flexibilidad en el lenguaje utilizado por el legislador tal y como lo indicamos al comienzo de este trabajo.

5.2.3.2 La interpretación que se propone del artículo 313 y la detención preventiva carcelaria

Ya anotamos que es el artículo 313 de la ley 906 de 2004 el que establece los casos en que es procedente la detención preventiva carcelaria y en dicho artículo la palabra que se utiliza es “*procederá*”, que viene del verbo “*proceder*”. Por proceder se entiende que algo se deriva de otra cosa; también como ejecutar o hacer una cosa que es precedida de otra⁶³.

63 **Proceder:** “6. Pasar a poner en ejecución algo a lo cual precedieron algunas diligencias (...) 7. Continuar en la ejecución de algunas cosas que piden tracto sucesivo. Véase diccionario de la RAE op. cit.

Para este caso, pudiera entenderse que si: Hay *finés* que satisfacer; la detención preventiva carcelaria es una de las *clases* de medidas de aseguramiento disponibles en el ordenamiento jurídico y; ésta medida está dentro de las que *procede* para el caso concreto y, acto seguido se cumplen los requisitos –generales o específicos–, entonces lo que se deriva o lo que ha de llevarse a cabo es la detención preventiva carcelaria por estar precedida del cumplimiento de estos aspectos, por ser *procedente*, por proceder la detención preventiva. Con todo esto la decisión estaría, en apariencia, bien tomada.

Ahora, podemos atrevernos a concluir que lo anterior no es del todo así, ello por cuanto si esa es la interpretación entonces la medida de aseguramiento, de detención carcelaria, más que *proceder* en esos casos, a lo que estamos llevando la norma es a que diga que se *debe*, o se *ordena* imponer la detención preventiva carcelaria. Como eso no es lo que dice literalmente la norma, lo que se está entendiendo deja por fuera el criterio rector de la interpretación restrictiva, la generalidad de la libertad y la excepcionalidad de su restricción. Todo esto como desarrollo de la *afirmación de la libertad* y en consecuencia, al no dar la orden inequívoca o imperativa, lo que se abre paso es permitir interpretaciones más beneficiosas al procesado y de eso si no puede haber duda.

En este orden, claro queda que en este escenario no se puede hacer interpretación a la inversa por ser contraria a principios como la favorabilidad, garantías del procesado, prohibición de analogía en contra, etc. O sea, aquí no podemos entender que cuando la norma está diciendo que para determinados delitos procede la detención preventiva carcelaria, entonces que a la inversa está diciendo que no proceden otras o que las únicas que proceden son esas y no otras como en el caso de cuando algo es negro y se hace tal afirmación; ello por cuanto como se dijo, en materia penal, las interpretaciones son restrictivas y deben ser en favor de mejorar garantías y no en su contra como ya es sabido. Creemos que lo que está ocurriendo en la interpretación generalizada y casi unánime, es que se está haciendo interpretación a la inversa con esta norma y si ello es así, estas líneas cobran pertinencia para contribuir a la interpretación correcta de la misma.

Cuando el artículo 313 habla de que en determinados eventos es procedente la detención preventiva carcelaria, lo que está diciendo es que en principio procede esa medida pero no está diciendo que sea esa exclusivamente o que no pueda proceder otra, o sea, tampoco es que sea un listado excluyente de otras ya que es un listado simplemente enunciativo. En todo caso debe estar precedida, su imposición, de la necesidad de satisfacer uno o varios fines y seguida del cumplimiento de los

requisitos generales y/o específicos. Esa es la interpretación correcta y eso es distinto a lo que en la generalidad se entiende.

Esta interpretación se ve reforzada por el artículo 199 de la ley 1098, la cual prescribe, entre otras cosas, lo siguiente:

Artículo 199. Beneficios y mecanismos sustitutos. Cuando se trate de los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, se aplicarán las siguientes reglas:

1. Si hubiere mérito para proferir medida de aseguramiento en los casos del artículo 306 de la Ley 906 de 2004, esta consistirá siempre en detención en establecimiento de reclusión. No serán aplicables en estos delitos las medidas no privativas de la libertad previstas en los artículos 307, literal b), y 315 de la Ley 906 de 2004.

En esta norma quiso el legislador establecer que la única *clase* de medida de aseguramiento posible, en los escenarios mencionados en este artículo, fuera la detención preventiva carcelaria. En efecto, si para estos delitos cometidos contra niños, niñas y adolescentes, el legislador hizo la expresa previsión de que solo procedería la medida carcelaria, es obvio que en los demás casos esa orden no está dada. No obstante, hasta para imponer esta única clase de medida de aseguramiento en estos casos de niños, niñas y adolescentes, también se debe agotar el procedimiento de *finés, clases, procedencia y requisitos* –generales y/o específicos–.

Así las cosas, lo que está ocurriendo es que en esta oportunidad el legislador está ordenando la imposición sólo de la medida de aseguramiento de detención preventiva carcelaria, en el caso de que se cumplan las disposiciones del artículo 306, e igualmente de forma clara, expresa e inequívoca está excluyendo la aplicación de las medidas no privativas de la libertad, pero esto es para este caso excepcional y no es para la generalidad de los casos penales, ello por cuanto si eso fuera lo que el legislador hubiese querido decir lo hubiese dicho, como lo dijo en este caso de menores de edad y sino generalizó el legislador, no le es dable al interprete hacerlo ya que quienes así proceden están transformando una excepción en una regla general y ese es el yerro interpretativo que pretendemos corregir con estas líneas.

De todas formas, lo que nos está indicando este verbo *proceder* es que la detención preventiva carcelaria es algo que se deriva de otra cosa y de la cosa que se deriva es de la necesidad de satisfacer uno o varios *finés* y luego debe darse el cumplimiento de los *requisitos* generales y/o específicos. También se entiende este

verbo como ejecutar o hacer una cosa que es precedida de otra, entonces fácil es concluir que la detención preventiva carcelaria, para imponerse o ejecutarse, debe estar precedida de algo y ese algo es la necesidad de satisfacer uno o varios *finés* y luego seguida del cumplimiento de los *requisitos* generales y/o específicos.

En palabras de la Real Academia Española, proceder significa “pasar a poner en ejecución algo a lo cual precedieron algunas diligencias (...)”; pues bien, en este lenguaje, si vamos a pasar a poner en ejecución la detención preventiva carcelaria, las diligencias que le deben preceder son la identificación del fin a satisfacer y donde también juegan un papel posterior el cumplimiento de los requisitos generales y/o específicos.

También sostiene la Real Academia Española, que proceder significa “*continuar en la ejecución de algunas cosas que piden tracto sucesivo*” y en esa arista hemos de entender que para imponer la detención preventiva carcelaria, es porque con ello se está continuando en la ejecución del procedimiento que proponemos de *finés, clases, procedencia y requisitos –generales y/o específicos*; aspectos éstos que piden tracto sucesivo.

Piden tracto sucesivo por cuanto primero se deben identificar los fines, luego las clases de medidas de aseguramiento disponibles en el ordenamiento jurídico, luego determinar la procedencia de la medida de aseguramiento que se pretende imponer y, por último se deben cumplir los requisitos -generales y específicos- que las normas indican. Nítido el tracto sucesivo que pide la definición de la palabra en estudio, así como el procedimiento que nos muestra la ley y que aquí sólo estamos resaltando y organizando.

Nuevamente *la procedencia*, que está regulando este artículo, trata de procedencia positiva dado que regula los casos concretos en los que procede medida de aseguramiento de detención preventiva carcelaria. La procedencia negativa, para esta medida, la reguló el artículo 315 como se anotó en los párrafos anteriores.

Además, también se entiende con claridad que el listado de delitos que ofrece, este artículo 313, es un listado simplemente enunciativo y no taxativo u obligatorio, es pues una simple posibilidad. Nuevamente en concreto la procedencia es, para este caso, flexible y no rígida por cuanto no se utilizó un lenguaje imperativo, utilizó la palabra “procederá” que es un lenguaje diferente que denota margen de movilidad y por tanto la enunciación que se hace sirve como criterio orientador, de valoración etc., pero no como criterio obligatorio como es obvio, dada su flexibilidad en el lenguaje utilizado por el legislador tal y como se ha indicado reiteradamente en este trabajo.

Para terminar este punto, supongamos que todo lo dicho, hasta ahora, no ha logrado convencer lo suficiente para sumarse a estas líneas y que nuestro esfuerzo por mostrar la verdadera interpretación de los artículos 313 y 315 no se logra del todo y se sigue entendiendo que esos artículos son excluyentes el uno del otro, y que cuando esas normas refieren las palabras “se podrá” o “procederá”, lo que hay que entender es que es una orden taxativa e imperiosa y que no es posible entenderlos de otra manera. En este caso, si se debe por lo menos reconocer que nuestros argumentos erosionan lo tradicional y que estas líneas, mínimamente, ofrecen una interpretación alternativa y eso ya sería suficiente y satisfactorio.

5.2.4 Requisitos

Colombia tiene regulación de requisitos tanto generales como específicos. Veamos:

5.2.4.1 Requisitos generales

En este escenario son los artículos 2, 295 y 308 los que regulan el asunto así:

El artículo 2º ley 906 de 2004 -modificado por el artículo 1º de la Ley 1142 de 2007- estatuye:

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

De la norma anterior se desprende con nitidez los requisitos de que: La libertad solo se puede restringir cuando la medida resulte necesaria, razonable y proporcional para el cumplimiento de los fines.

Artículo 295. Refiere el principio de “*la afirmación de la libertad*” así:

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

Ahora, *restringir* significa reducir a menores límites y *privar* significa despojar a alguien de algo que poseía, obviamente la diferencia salta a la vista⁶⁴. De ahí se deduce que no solo cuando se vaya a privar de la libertad se deben cumplir estos requisitos, sino también cuando simplemente se vaya a restringir la misma. Lo anterior en virtud de la diferenciación que nuestra legislación hace de las medidas de aseguramiento por cuanto agrupa unas en “privativas de la libertad” y otras en “no privativas de la libertad”. Ahora, si esta distinción quiere mostrar que hay unas medidas que privan y otras que no privan de la libertad, lo cierto es que todas la restringen y de ahí estos requisitos porque, como se insiste, unas y otras restringen la libertad aunque sólo algunas priven de ella.

Entonces los requisitos generales de esta norma son que: La *privación o restricción* de la libertad tiene el carácter de *excepcional* y la interpretación de estas normas debe ser una *interpretación restrictiva* y su aplicación debe ser *necesaria, adecuada, proporcional y razonable*.

El artículo 308 establece otros requisitos generales en los siguientes términos:

El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga,

El requisito que trae este aparte normativo es *la inferencia razonable* de que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga.

Colombia pues, es bastante generosa en cuanto a requisitos generales para imponer cualquier medida de aseguramiento y eso, formalmente, es un avance normativo. Aunque no los llame requisitos generales, lo cierto es que materialmente lo son porque además se aplican a cualquier medida de aseguramiento que se pretenda imponer.

5.2.4.2 Requisitos específicos

Para la imposición de la detención preventiva carcelaria.

Para esta temática es el artículo 313, modificado por el artículo 60 de la Ley 1453 de 2011, el que regula el tema así:

64 Según el diccionario de la RAE cit. los significados son los siguientes: *restringir*: reducir a menores límites y *privar*: Despojar a alguien de algo que poseía.

Procedencia de la detención preventiva. Satisfechos los requisitos señalados en el artículo 308, procederá la detención preventiva en establecimiento carcelario, en los siguientes casos: (...)

Como ya se aclaró que el artículo 308 contempla tanto requisitos generales como fines, pero el legislador los llama a todos requisitos, entonces se entiende con claridad que para imponer una medida de aseguramiento, consistente en detención preventiva carcelaria, deben cumplirse los fines y requisitos generales del artículo 308. O sea, se presenta una argumentación circular así: Los únicos fines que deben cumplirse son los del artículo 308, artículo que a su vez trae consigo requisitos generales que deben cumplirse siempre en cualquier evento junto con otros requisitos generales de otras normas, pero a su vez estos requisitos generales y estos fines del artículo 308 se tornan en requisitos específicos para la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva carcelaria según el artículo 313 *ibídem*. Esto arroja que, en cuanto a los requisitos específicos lo que hizo esta norma fue redundar.

Para la imposición de medidas de aseguramiento no privativas de la libertad.

El tema está regulado en el artículo 315, modificado por el artículo 28 de la Ley 1142 de 2007, así:

Medidas de aseguramiento no privativas de la libertad. (...), satisfechos los requisitos del artículo 308, (...) se podrá imponer una o varias de las medidas señaladas en el artículo 307 literal b), siempre que sean razonables y proporcionadas para el cumplimiento de las finalidades previstas.

Este escenario genera la argumentación circular acaba de mencionar, con el agregado de que, en este caso, se podrá imponer una o varias de estas medidas, siempre que sean razonables y proporcionadas para el cumplimiento de las finalidades previstas.

Requisitos en concreto.

Entonces, dada la argumentación circular y redundante de los requisitos específicos, es claro que, en Colombia, los requisitos que se deben cumplir son los siguientes:

La libertad solo se puede restringir, con una medida de aseguramiento, cuando ésta sea *necesaria, razonable y proporcional* para los fines. (Artículo 2, ley 906 de 2004); pero además la *privación o restricción* de la libertad tiene el carácter de *excepcional* y la interpretación de estas normas debe ser una *interpretación restrictiva* y su aplicación debe ser *necesaria, adecuada, proporcional y razonable*. (Artículo 295, ley 906 de 2004) y; finalmente debe mostrarse la inferencia razonable de que

el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga (Artículo 308, ley 906 de 2004). Ver también los artículos 313 y 315).

Para cumplir con estos requisitos basta con tener en cuenta el significado semántico de cada una de las palabras, ello para concluir que no es tan fácil su cumplimiento dado que las palabras: *necesaria, razonable, proporcional excepcional, interpretación restrictiva, adecuada e, inferencia razonable* son de grueso calibre y demasiado garantistas para los procesados y ello debe tenerse claro, respetarse y actuarse de conformidad con ello, que es lo que en veces no ocurre.

De todas formas, para su interpretación se pueden utilizar múltiples herramientas argumentativas, adicionales a la semántica, para entender el verdadero sentido y especialmente el alcance de esas palabras que son la médula espinal de los *requisitos*. Por ejemplo las palabras *adecuada, necesaria, y, proporcional*, nos llevan casi directamente a una herramienta argumentativa como lo es el test de proporcionalidad o principio de proporcionalidad; ello por cuanto la palabra *adecuada* se acerca al tema del juicio de idoneidad, la palabra *necesaria* al juicio de necesidad y la palabra *proporcional* al juicio de proporcionalidad en sentido estricto y al principio de proporcionalidad en general. Así entonces, de este principio se ha hablado mucho y en materia penal son varios los autores que se han referido a él, por ejemplo: Lopera Mesa tiene muchos trabajos sobre el particular, uno de los cuales es el denominado: Posibilidades y límites del principio de proporcionalidad como instrumento de control del legislador penal⁶⁵; también lo han hecho Arias Holguín⁶⁶ para quebrar penas establecidas en los diferentes delitos y abrir la posibilidad de imponer penas inferiores a las establecidas por el legislador; igualmente Cruz Bolívar⁶⁷ para la aplicación del principio de proporcionalidad en la detención preventiva carcelaria y, recientemente los autores Sotomayor Acosta y Álvarez Álvarez⁶⁸ en su aplicación

65 LOPERA MESA, GLORIA PATRICIA, "Posibilidades y límites del principio de proporcionalidad como instrumento de control del legislador penal", en Santiago Mir Puig y Joan J. Queralt Jiménez (Directores); Silvia Fernández Bautista (Coordinadora), *Constitución y principios del derecho penal: algunas bases constitucionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

66 ARIAS HOLGUÍN, DIANA PATRICIA, "Proporcionalidad, pena y principio de legalidad". Informe final de la investigación "El principio de proporcionalidad en el control de la constitucionalidad de las normas que regulan la imposición e individualización de la pena en el ordenamiento colombiano". Financiada por el Comité para el Desarrollo de la Investigación –CODI– de la Universidad de Antioquia en la convocatoria de proyectos de menor cuantía para el año 2009. En *Revista de derecho*, universidad del norte, 38, 2012, pp. 142-171.

67 CRUZ BOLÍVAR, LEONARDO FABIÁN, *Fundamentos de la detención preventiva en el procedimiento penal colombiano*,... op. cit., pp. 69-100.

68 SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO, y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, JUAN CARLOS, "El homicidio imprudente agravado por la embriaguez o el influjo de sustancias que produzcan dependencia física o psíquica", en *Nuevo Foro Penal*, Nro. 83, Medellín, EAFIT. 2015, pp. 128-166.

para agravantes de los tipos penales, en esa oportunidad para el caso del homicidio imprudente, entre otros muchos autores.

No dejamos de recomendar su mirada para esta temática y aquí lo que se hace es un simple acercamiento del tema⁶⁹. Téngase además en cuenta que de

69 Para ilustrar el tema, se procede a hacer una elemental, ligera y superficial aplicación del principio de proporcionalidad en esta temática así:

Partiremos desde los sub-principios de idoneidad, necesidad y, proporcionalidad en sentido estricto y de la base de que se enjuicia la detención preventiva carcelaria así:

a) Sub-principio de idoneidad –juicio de idoneidad-

En este sub-principio, palabras más o palabras menos, lo que se hace es constatar que la detención preventiva carcelaria constituya un medio *adecuado* o *idóneo* para contribuir al logro del fin que con ella se persigue (Gloria Patricia, Lopera Mesa, *Posibilidades y límites del principio de proporcionalidad como instrumento de control del legislador penal*, en... op. cit. p. 113) y al respecto no ahondaremos en este sub-principio y, de la forma ligera y superficial, como estamos haciendo este ejercicio, sostenemos que a primera vista la detención preventiva carcelaria es una medida que constituye un medio idóneo o adecuado para contribuir al logro de cualquiera de los fines de las medidas de aseguramiento ya mencionados. Desembocando a un concepto más práctico, es ligeramente claro que si de someta a detención preventiva carcelaria a una persona para: a) Evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia, b) cuando el imputado constituya un peligro para: i) La seguridad de la sociedad, o ii) la seguridad de la víctima y; c) cuando resulte probable que el imputado: i) No comparecerá al proceso o, ii) no cumplirá la sentencia; dicha medida es *adecuada* o *idónea* para contribuir al logro de cualquiera de esos fines.

Lo que sigue es enfrentar, la detención preventiva carcelaria, con el juicio de necesidad y el juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Procedamos.

b) Sub-principio de necesidad –juicio de necesidad-

Este sub-principio nos lleva a la comparación entre la detención preventiva carcelaria y otras medidas de aseguramiento alternativas y, atendiendo a sus parámetros de idoneidad para cumplir el fin que se pretende satisfacer y su menor lesión a los derechos fundamentales del procesado.

La detención preventiva carcelaria se torna en necesaria cuando no exista una medida de aseguramiento que, siendo igualmente idónea, al mismo tiempo resulte más benigna desde la perspectiva de los derechos fundamentales del procesado (Ibíd. p. 115) y, se torna en innecesaria a la inversa, esto es, cuando exista otra medida de aseguramiento igualmente idónea y al mismo tiempo resulte más benigna para los derechos fundamentales del procesado. Para esta temática, resultará claro que la vigilancia electrónica, sola o acompañada de otra medida de aseguramiento no privativa de la libertad, es igualmente idónea que la detención preventiva carcelaria para cumplir cualquiera de los fines de: a) Evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia, b) cuando el imputado constituya un peligro para: i) La seguridad de la sociedad, o ii) la seguridad de la víctima y; c) cuando resulte probable que el imputado: i) No comparecerá al proceso o, ii) no cumplirá la sentencia y, al mismo tiempo resulta más benigna para los derechos fundamentales del procesado como la libertad, la presunción de inocencia, la dignidad humana etc., muy a pesar de que las medidas de aseguramiento no privativas de la libertad, dentro de ellas la vigilancia electrónica, también restringen los derechos del procesado, como la libertad, pero ello lo hace en menor medida que la detención preventiva carcelaria y por ello resulta más benigno.

Entonces, desde ya anotamos que quien escribe estos renglones considera que, en este juicio o sub-principio de necesidad, no hay salvación alguna para esta medida de aseguramiento. Aquí sí es donde sucumbe. Veamos nuestra elaboración:

Supongamos pues, que nos encontramos en un caso investigable de oficio o cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro (4) años, que son escenarios en los que procede medida de aseguramiento de detención preventiva carcelaria, más aún, supongamos que es un homicidio agravado cuya pena está muy lejos de los cuatro años de que habla la norma, o supongamos que es un caso de los delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados, o que es uno de los delitos a que se refiere el Título VIII del Libro II del Código Penal, cuando la defraudación sobrepase la cuantía de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes, o que el procesado ha sido capturado por conducta constitutiva de delito o contravención, dentro del lapso de los tres años anteriores, contados a partir de la nueva captura o imputación, siempre que no se haya producido la preclusión o absolución en el caso precedente. O sea, es procedente la detención preventiva carcelaria según las voces del artículo 313 estudiado.

Como es *procedente*, ayudemos un poco más, supongamos que en efecto tenemos previamente un *fin* que satisfacer, que esta medida está dentro de las *clases* que detenta nuestro ordenamiento jurídico como en efecto lo es y, que posteriormente nos corresponde solamente verificar el cumplimiento de los *requisitos*, uno de los cuales es que la medida de aseguramiento de detención preventiva carcelaria sea necesaria. Entonces, para desvirtuar ese requisito y probar que prácticamente siempre termina siendo innecesaria, simplemente introducimos la variable de que esos fines se pueden satisfacer solamente con la vigilancia electrónica o acompañándola con otras medidas de aseguramiento no privativas de la libertad y ello se puede hacer en la misma forma que el sub-principio de necesidad o juicio de necesidad desarrollado dentro del test o principio de proporcionalidad.

La consecuencia en todo caso, es que debe preferirse la medida o las medidas de aseguramiento menos gravosas, máxime que su incumplimiento da lugar a su revocatoria y a la imposición de nuevas medidas de aseguramiento. Debemos abrir la mente a la buena fe que nuestra Constitución Nacional pregona y por ende confiar en el procesado que no ha sido vencido en juicio y se le debe presumir inocente hasta que no se termine el proceso demostrando lo contrario. Veamos con más detalle el asunto que proponemos:

Lo que sigue es satisfacer por lo menos uno de los siguientes fines optativos y tratar de hacerlo con la vigilancia electrónica a saber: a) Evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia, b) cuando el imputado constituya un peligro para: i) La seguridad de la sociedad, o ii) la seguridad de la víctima y; c) cuando resulte probable que el imputado: i) No comparecerá al proceso o, ii) no cumplirá la sentencia. Para ello

El artículo 309 es el que refiere el requisito de obstrucción de la justicia así:

“Artículo 309. Obstrucción de la justicia. Se entenderá que la imposición de la medida de aseguramiento es indispensable para evitar la obstrucción de la justicia, cuando existan motivos graves y fundados que permitan inferir que el imputado podrá destruir, modificar, dirigir, impedir, ocultar o falsificar elementos de prueba; o se considere que inducirá a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente; o cuando impida o dificulte la realización de las diligencias o la labor de los funcionarios y demás intervinientes en la actuación.”

Podemos entonces decir que para evitar que el procesado incurra en los supuestos de esta norma, bastaría o se cumpliría dicho fin con imponer la vigilancia electrónica, que nos permite ubicar al procesado; si se quiere se le puede adicionar la medida de “La obligación de someterse a la vigilancia de una persona o institución determinada”, pues esa persona o institución nos puede ayudar en impedir o por lo menos informar, cuando se presenten las situaciones mencionadas en este fin y así revocar estas medidas e imponer otra u otras más gravosas.

Igualmente se le puede adicionar “La prohibición de salir del país, del lugar en el cual reside o del ámbito territorial que fije el juez”, en cuyo caso puede protegerse las pruebas que se encuentren

fuera de ese rango territorial de movilidad impuesto; se le puede también adicionar la medida de “La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o lugares”, y ahí se protegerán las pruebas que se encuentren en determinado lugar. También incluso se puede explorar la posibilidad de imponer “La prohibición de comunicarse con determinadas personas o con las víctimas” que impide que se induzca a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente, e incluso la medida de “La prohibición de salir del lugar de habitación entre las 6:00 p. m. y las 6:00 a.m.” nos puede prestar este servicio, si ello contribuye a que no se destruya, modifique, dirija, impida, oculte o falsifique elementos de prueba; o se induzca a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.

En cuanto al peligro para la comunidad, es el artículo 310 el que regula la materia así:

“Artículo 310. Peligro para la comunidad. <Artículo modificado por el artículo 65 problema, hacemos nuestras las palabras de Cruz Bolívar y afirmamos que: “Para tomar posición frente a este problema es necesario tener en cuenta que debido a que se encuentra en juego la mayor o menor intensidad en la afectación de un derecho fundamental, situación altamente trascendente para el orden del Estado, el juez sí tiene la facultad autónoma de no ceñirse estrictamente a la petición del ente acusador,...” (Ibídem)

Para lo anterior, debe tenerse en cuenta que “Precisamente, en el principio de proporcionalidad, en el ámbito del subprincipio de necesidad, se plantea que el juez tiene un abanico de posibilidades entre las cuales debe prevalecer la más benigna que permita cumplir los demás fines constitucionales sin afectar severamente el principio acusatorio.” (Ibíd. p. 84)

c) Sub-principio de proporcionalidad en sentido estricto –juicio de proporcionalidad-

Por no haberse superado el juicio de necesidad, sobra hacer el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, pero hagamos algunas ligeras referencias a él así:

Entonces, determinada la idoneidad y necesidad de la medida de aseguramiento de detención preventiva, la aplicación del principio de proporcionalidad culmina con el juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Este último consiste en una ponderación en la que toman parte, por un lado los principios iusfundamentales afectados por la detención preventiva carcelaria y, por otro, los principios que ordenan la protección de aquellos bienes jurídicos que respaldan la utilización de dicha medida. Se trata de establecer si el grado de afectación de los primeros se ve compensado por el grado de satisfacción de los segundos. Para lo anterior y acogiendo la formulación del juicio de ponderación propuesta por Robert Alexy, para determinar el peso que ha de asignarse a cada uno de los principios en juego es preciso atender a tres variables: en primer término, el grado de afectación / satisfacción que para ellos se deriva de la medida de aseguramiento de detención carcelaria enjuiciada; en segundo lugar, su peso abstracto, esto es, la importancia material de los derechos fundamentales afectados y de los bienes jurídicos protegidos; finalmente, la seguridad de las premisas empíricas que sustenten los argumentos a favor y en contra. (Gloria Patricia, Lopera Mesa, *Posibilidades y límites del principio de proporcionalidad como instrumento de control del legislador penal*, en... op. cit. pp. 116 y 117).

Se puede argumentar que el grado de afectación no se compensa con el grado de satisfacción y en fin, pueden ser variados los argumentos que se pueden mencionar para demostrar que los principios iusfundamentales afectados con la detención preventiva carcelaria, no satisfacen en grado directamente proporcional o al menos considerable, a los principios que ordenan la protección de aquellos bienes jurídicos que respaldan su imposición y ello hace desproporcionada la medida de aseguramiento de detención preventiva. No se supera el juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

proporcionalidad, en la temática que venimos estudiando, hablan los artículos 2, 295 y 315; o sea, consideramos que el test o el principio de proporcionalidad es aplicable sólo en este punto, el de los requisitos, y no en otro. En ese caso, el principio de proporcionalidad, haría parte de este procedimiento que proponemos, aunque no es indispensable, pero obvio que sirve de herramienta argumentativa para clarificar el cumplimiento de los *requisitos* como se dijo.

Es que este trabajo no es un trabajo del principio de proporcionalidad, sino que es un trabajo, al que nos atrevemos a caracterizar de inédito, que en el plano normativo y con la herramienta de la semántica, ofrece una reinterpretación de unos artículos y, se ofrece de igual forma un procedimiento que surge de las mismas normas a las que se les reorganizan sus conceptos y contenidos. Ahí radica una inmensa diferencia con el principio de proporcionalidad que en suma termina siendo, para este caso, una importante y valiosa herramienta argumentativa que ayuda a los propósitos de estas páginas, pero no es la única como también se indicó. No obstante, se ofreció un elemental y ligero desarrollo de él en el antepenúltimo pie de página de este trabajo como se vio.

6. Respuesta a la pregunta inicial

Podemos recordar el interrogante inicial que nos formulamos en los siguientes términos: *¿Puede, en Colombia, la detención preventiva carcelaria ser sustituida por la vigilancia electrónica?* La respuesta está más que clara y es la *gran* conclusión que podemos anotar de toda esta investigación así:

En Colombia, la detención preventiva carcelaria, sí puede ser sustituible por la vigilancia electrónica y la puede sustituir sola o acompañada de otras medidas de aseguramiento igualmente no privativas de la libertad.

Es que incluso la detención preventiva carcelaria puede y además debe, como primer recurso, ser sustituida por cualquier otra medida de aseguramiento no privativa de la libertad si con una o varias de estas se cumplen los fines. Esto dado lo principal que resultan ser las medidas de aseguramiento no privativas de la libertad y lo subsidiarias que resultan ser las medidas de aseguramiento privativas de la libertad.

Para finalizar, es claro que en concreto es posible argumentar más y mejor este sub-principio pero, se insiste, por no haberse superado el juicio de necesidad, sobra hacer el juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Además nuestra posición es que la medida de detención preventiva carcelaria, pasada por el cedazo del principio de proporcionalidad, no supera el filtro de la necesidad y en ello fue que ampliamos como se vio.

De esta forma se recoge, explica e interpreta la normatividad colombiana respecto a los *finés, clases, procedencia y requisitos*- en la temática de las medidas de aseguramiento.

Espero haber aportado algunos nuevos criterios en la inagotable temática de las medidas de aseguramiento y especialmente la referida a la detención preventiva carcelaria y si ello es así, termino haciendo más las palabras de Hobbes:

...estoy a punto de creer que mi labor resulta tan inútil como el Estado de Platón, porque también él opina que es imposible acabar con los desórdenes del Estado (...), mientras los soberanos no sean filósofos. Sin embargo, cuando considero que la ciencia de la justicia natural es la única ciencia necesaria para los soberanos, y para sus principales ministros, y que no es necesario abrumarlos con las Ciencias matemáticas (como Platón pretendía) sino darles buenas leyes para estimular a los hombres al estudio de ellas; y que ni Platón ni ningún otro filósofo ha establecido y probado de modo suficiente o posible todos los teoremas de doctrina moral, para que los hombres aprendan cómo gobernar (...), yo recobro cierta esperanza de que más pronto o más tarde, estos escritos míos caerán en manos de un soberano que los examinará por sí mismo (ya que son cortos, y a juicio mío claros), sin la ayuda de ningún intérprete interesado o envidioso; que ejercitando la plena soberanía, y protegiendo la enseñanza pública de tales principios, convertirá esta verdad de la especulación en utilidad de la práctica⁷⁰.

70 Thomas Hobbes, *El leviatán*, op. cit., p. 149.

Bibliografía

- AGUDELO BETANCUR, NODIER, *Cesare Becaría. De los delitos y de las penas. Edición latinoamericana. Estudio preliminar de Nodier Agudelo Betancur*, Bogotá D.C., Nuevo Foro, 1998.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, JUAN CARLOS, *Las vicisitudes del principio de legalidad a propósito de la persecución penal de crímenes contra la humanidad*, en Diego Araque (Coordinador académico), *Estudios de Derecho penal. Libro homenaje a Juan Fernandez Carrasquilla*, Medellín, sello editorial Universidad de Medellín, 2012.
- ARAQUE MORENO, DIEGO, *Introducción al Derecho Penal*, Bogotá D.C., Ibañez, 2014.
- ARIAS HOLGUÍN, DIANA PATRICIA, *Proporcionalidad, pena y principio de legalidad*. Informe final de la investigación "El principio de proporcionalidad en el control de la constitucionalidad de las normas que regulan la imposición e individualización de la pena en el ordenamiento colombiano". Financiada por el Comité para el Desarrollo de la Investigación –CODI– de la Universidad de Antioquia en la convocatoria de proyectos de menor cuantía para el año 2009, en *Revista de derecho*, Barranquilla, universidad del norte, 38: 142-171, 2012.
- ARIZA, LIBARDO JOSÉ, ITURRALDE, MANUEL, *Los muros de la infamia: Prisiones en Colombia y en América Latina*, Bogotá, Universidad de los Andes -Facultad de Derecho, Cijus ediciones Uniandes, 2012.
- CRUZ BOLÍVAR, LEONARDO FABIÁN, *Fundamentos de la detención preventiva en el procedimiento penal colombiano*, en *Revista Derecho Penal y Criminología* número 95, 2012.
- ESCOBAR MARULANDA, GONZALO, *Los monitores electrónicos (¿puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel?)*, en Cid Moliné, José / Larrauri Pijoan, Elena (Coordinadores), *Penas alternativas a la prisión*, Barcelona, Bosch Casa Editorial S.A., 1997.
- FERRAJOLI, LUIGI. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN. *Derecho penal, parte general. Principios y categorías dogmáticas*, Bogotá, Ibañez, 2011.
- FRANCO BUSTAMANTE, GLADIS IRENE. *El concepto de peligrosidad como fundamento de la detención preventiva bajo la vigencia de la ley 906 de 2004: Análisis jurisprudencial ¿Garantismo o autoritarismo? ¿Restricción o expansión?*, Medellín, Universidad EAFIT, Colombia, 2012.
- GÓMEZ CARDONA, EFRAÍN. *La responsabilidad del Estado en la Constitución de 1991*, Medellín, Biblioteca Jurídica DIKÉ, 1995.

- GUERRERO PERALTA, OSCAR JULIÁN, *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal*, Bogotá, Nueva Jurídica, segunda edición, 2007.
- HOBBS, THOMAS. *El leviatán*, disponible en: http://eltalondeaquiles.pucp.edu.pe/sites/eltalondeaquiles.pucp.edu.pe/files/Hobbes_-_Leviatan.pdf. Consultado 12 de septiembre de 2014.
- LONDOÑO BERRIO, HERNANDO LEÓN, *La detención preventiva en las jurisprudencias de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia. Reflexiones a propósito de la sentencia C-774 de 2001*, en Nuevo Foro Penal (Medellín). Nro. 65. EAFIT. 2003.
- LOPERA MESA, GLORIA PATRICIA, *Posibilidades y límites del principio de proporcionalidad como instrumento de control del legislador penal*, en Santiago Mir Puig y Joan J. Queralt Jiménez (Directores); Silvia Fernández Bautista (Coordinadora), *Constitución y principios del derecho penal: algunas bases constitucionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.
- MAIER, JULIO B.J. *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, 2ª Edición, 1ª Reimpresión, Buenos Aires Argentina, Editores del puerto s.r.l, 1999.
- MORALES, ANA MARÍA, *Vigilancia en la modernidad tardía: El monitoreo telemático de infractores*, en revista electrónica política criminal, volumen 8, número 16, artículo 3, pp. 408-471, Chile, Universidad de Talca, 2013.
- SANDOVAL FERNÁNDEZ, JAIME y DEL VILLAR DELGADO, DONALDO DANILO. *Responsabilidad Penal y Detención Preventiva, el proceso penal en Colombia –Ley 906 de 2004*, Barranquilla, Universidad del Norte y Grupo Ibañez, 2013.
- SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO, *Las recientes reformas penales en Colombia: un ejemplo de irracionalidad legislativa*, en Nuevo Foro Penal (Medellín). Nro. 71. EAFIT. 2007.
- SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, JUAN CARLOS, *El homicidio imprudente agravado por la embriaguez o el influjo de sustancias que produzcan dependencia física o psíquica*, en Nuevo Foro Penal (Medellín). No. 83. EAFIT. 2015, pp. 128-166.

Jurisprudencia

- Corte Constitucional, sentencia C-185 del 16 de marzo de 2011, MP. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional, sentencia C-774 de 2001, Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional, sentencia C-461 de 2011, Magistrado Ponente Dr. Juan Carlos Henao Pérez.

Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, sala plena, Consejero Ponente Dr. Hernán Andrade Rincón (E), el 28 de agosto de 2014, radicado número 68001-23-31-000-2002-02548-01(36149), actor: José Delgado Sanguino y otros, demandado: Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y referencia: Apelación sentencia – Acción de reparación directa.

Tribunal Superior de Medellín sala sexta de decisión laboral, proferida en marzo cuatro de dos mil trece, cuya referencia fue una acción de tutela de primera instancia, accionante: Elías de J. Monsalve Lopera, entidad accionada: Instituto Nacional Penitenciario Carcelario –INPEC– y otros y RADICADO: 050012205000-201300130.

Otros

Boletín del 28 de octubre de 2014, de la Fiscalía General de la Nación de la República de Colombia, disponible en <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/>, consultada el 5 de noviembre de 2014.

Diccionario de la RAE, disponible en <http://www.rae.es/recursos/diccionarios/drae>, edición 22^a, de acuerdo con información disponible en esta página consultada en noviembre 26 de 2014.