

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*

Hernando León Londoño Berrío **

"Los horizontes del juez están fijados por las leyes; si el juez comprendiera lo que hay más allá, posiblemente no las podría aplicar con tranquilidad de conciencia. Es conveniente que no se percate de que la función que nuestra sociedad asigna a la justicia, es a menudo la de conservar las injusticias consagradas en los códigos".

Piero Calamandrei

* Este estudio hace parte de uno más amplio sobre las líneas jurisprudenciales de la Corte Constitucional en materia de libertades, orden público y seguridad ciudadana, con motivo de la investigación "LIBERTAD Y ORDEN. Orden público, seguridad y libertades democráticas en una sociedad en conflicto: el caso Medellín 1993-2002", financiada por el CODI de la Universidad de Antioquia, en la que el autor participa como coinvestigador en compañía de los profesores Pablo Emilio Angarita Cañas y Ricardo León Molina López.

** Profesor de Criminología y de Derecho Penal de la Universidad de Antioquia. Integrante del Grupo Interdisciplinario de Investigación sobre Conflictos y Violencias - INER- Universidad de Antioquia.

Con estas reflexiones se busca dar cuenta de los siguientes asuntos: En primer lugar, identificar y describir las novedades más importantes de la sentencia C-774 de 2001 de la Corte Constitucional, respecto de las precedentes de la misma corporación en materia de detención preventiva (DP). En segundo lugar, describir las razones que ha aducido ese organismo para legitimar la DP; cómo ha resuelto los conflictos más relevantes que presenta la misma con principios consustanciales del modelo procesal propio del Estado constitucional de Derecho; qué naturaleza le atribuye; y la legitimidad de las tesis que con relación a estas materias ha prolijado. En tercer lugar, dado que la comprensión cabal de una institución procesal solo es posible conociendo cómo opera en la práctica, se aborda el estudio de los fallos más importantes de la Corte Suprema de Justicia sobre la DP, posteriores a la fecha de la sentencia objeto de comentario, en procura de determinar si esta institución, tal como está consagrada, da pábulo a abusos, arbitrariedades y tratos discriminatorios; así mismo, particular atención se le presta a la novedosa tesis que se abre camino en esta corporación, de conformidad con la cual se pretende fundamentar la detención preventiva en las finalidades de la pena, en especial en la prevención general tanto negativa como positiva (prevención-integración), esta última, columna vertebral de legitimación del derecho penal en el funcionalismo sistémico.

I. ¿Cuáles son las novedades contenidas en la sentencia respecto de sus precedentes?

Si se compara la decisión examinada con las precedentes, se destaca que ella —explícita y categóricamente— prescribe como obligación del funcionario judicial (fiscal o juez), a efectos de imposición o revocación de la medida en el caso concreto, la de valorar tanto los requisitos formales¹ y sustanciales,² como las "finalidades

¹ Ley 600 de 2000, art. 357. "Requisitos. Solamente se tendrá como medida de aseguramiento para los imputables la detención preventiva. Se impondrá cuando aparezcan por lo menos dos indicios graves de responsabilidad con base en pruebas legalmente producidas dentro del proceso. No procederá

constitucionalmente admisibles" de la misma. Por ello, para imponerla y mantenerla es necesario comprobar la existencia de esas tres clases de requisitos. Tal tesis ha sido favorecida por las disposiciones del Código de Procedimiento Penal vigente, que explícitamente menciona los fines que debe cumplir esta medida cautelar.³ Desde luego, las sentencias precedentes⁴ si bien encararon el problema de los fines, lo hicieron para acreditar si las normas procesales en estudio estaban o no en consonancia con ellos, pero sin inferir explícitamente que la decisión judicial relativa a su imposición o revocación conllevaba la obligación de su verificación en cada caso.

Además, 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 *ultima 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 vigencia.

Así las cosas, la sentencia C-774 hace hincapié en un doble aspecto altamente positivo que puede contribuir a la proscripción de prácticas institucionales de la jurisdicción consistentes en la imposición automática de la detención preventiva,⁵ cual es no sólo el de obligar al

la medida de aseguramiento cuando la prueba sea indicativa de que el imputado pudo haber actuado en cualquiera de las causales de ausencia de responsabilidad".

² Ley 600 de 2000, arts. 357 y 365.

³ Ley 600 de 2000, arts. 3 y 356.

⁴ V.gr. sentencias: C-106 de 1994, C-327 de 1997, C-425 de 1997 y C-846 de 1999.

⁵ Ya antes, en la sentencia C-327 de 1997, la Corte Constitucional afirmaba que dada la importancia de los derechos fundamentales afectados con la DP, "no ha de procederse de manera mecánica o automática, como si se tratara de un acto procesal cualquiera" y "procurando siempre la interpretación más favorable a la efectividad del derecho a la libertad individual".

funcionario o intérprete a valorar —al lado de los requisitos formales y sustanciales— los fines que se aducen para su legitimación, sino el de darle prioridad a alternativas procesales a la DP cuando éstas cumplen con las mismas finalidades.

II. La detención preventiva y el modelo procesal del Estado Constitucional de Derecho en la jurisprudencia constitucional

A. La detención preventiva (DP) y la presunción de inocencia (PI): ¿conflicto real o aparente?

1. Sin excepción, en las oportunidades en que la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el conflicto entre la DP y la PI, ha suscrito la tesis según la cual el mismo es inexistente, por cuanto la primera tiene como naturaleza y contenido el ser una medida cautelar provisional de carácter personal y, por tanto, no constitutiva de pena, lo cual deja incólume el principio de PI.⁶ A este argumento, en la providencia comentada, se le suma una "nueva" acepción del concepto PI concibiendo el mismo como "guía de la valoración de las pruebas"; ésto es, que el acusado "no está obligado a presentar prueba alguna que demuestre su inocencia", por cuanto es al Estado a quien le compete demostrar su culpabilidad y que, ante la duda sobre existencia del hecho punible y de la responsabilidad del acusado, "se debe aplicar el principio *in dubio pro reo*".

Para una valoración crítica del concepto de PI que acoge la Corte Constitucional, y la naturaleza que le atribuye, es pertinente aproximarse a las diversas dimensiones que la doctrina procesal ha considerado sobre este principio, entre las cuales se tiene:⁷ i) la que lo concibe como *garantía básica del proceso*; ésto es, un "concepto fundamental en torno

⁶ Cfr. sentencias C-106 de 1994, C-327 de 1997, C-689 de 1996 y C-327 de 1997.

⁷ Vega Torres: 1992, pp. 35 y ss.; Montañez Pardo: 1999, capítulo III, pp. 37-44.

al cual se construye el modelo de proceso penal", cuya legitimidad viene dada por la consagración de garantías para el imputado y que, como derecho, le impone al legislador la prohibición de configurar "normas penales que impliquen una presunción de culpabilidad y conlleven para el acusado la carga de probar su inocencia";⁸ ii) como *regla probatoria del proceso penal*, que le asigna a la acusación la carga de la prueba, obligando a la absolución en caso de que la responsabilidad no se encuentre demostrada, a través de prueba suficiente, legítima, oportuna y válida, a condición de que haya pasado por el tamiz de la contradicción; iii) y como *regla de tratamiento del imputado*, que obliga a partir siempre de la idea de que el imputado es inocente y, en consecuencia, tiene derecho a ser tratado como tal.

2. ¿Qué significa que el sindicado tiene el estatus de inocente y debe ser tratado como tal? Este interrogante es resuelto de diversas maneras por la doctrina constitucional y procesal:

De un lado, hay quienes afirman que *tratar al sindicado como inocente* comporta reducir al mínimo las medidas restrictivas de derechos durante el proceso, en especial las medidas cautelares de carácter personal, condicionando su imposición y mantenimiento al cumplimiento de fines constitucionalmente legítimos, su sustentación en indicios racionales, y el que se respete su carácter de medida excepcional, subsidiaria, necesaria y proporcionada a la consecución de los fines.⁹ Ésta es la concepción que siempre ha prohijado la Corte

⁸ En el plano del Derecho penal sustantivo, la presunción de inocencia cumple una función de límite frente al legislador, que le prohíbe la consagración de normas "que establezcan una responsabilidad basada en hechos presuntos o en presunciones de culpabilidad"; además, también se proyecta en los criterios de *interpretación de las leyes penales*, prescribiendo que "en igualdad de condiciones, habría de preferirse el sentido más favorable al reo" (Cobo del Rosal y Vives Anton: 1988, p. 78).

⁹ Montañez Pardo: 1999, pp. 40-41. En el mismo sentido, Vega Torres: 1993, p. 35: "La presunción de inocencia, podría ser, en segundo término, un postulado directamente referido al tratamiento del imputado durante el proceso penal, conforme al cual habría de partirse de la idea de que *el inculcado es inocente y, por tanto, reducir al mínimo las medidas restrictivas de derechos en el tratamiento del imputado durante el proceso*" (cursivas

Constitucional,¹⁰ reiterada en la sentencia objeto de este comentario, según la cual la detención preventiva no comporta un trato ilegítimo del procesado, ni constituye una trasgresión del derecho fundamental de la presunción de inocencia, lo que se infiere de una interpretación sistemática del cuerpo normativo constitucional.

añadidas); Pico I Junoy:1997, p. 164; Roxin: 2000, pp. 257-258; y en otros lugares de esta obra, el autor expresa "El axioma que impide la pena sin una sentencia judicial que la ordene, fruto de un procedimiento previo ajustado a la constitución y a la ley, ha fundado correctamente la pretensión de que durante el curso de ese procedimiento el imputado no pueda ser tratado como un culpable (penado), o dicho de modo positivo, que deba ser tratado como un inocente. Sin embargo, la afirmación no se ha podido sostener al punto de eliminar toda posibilidad de utilizar la coerción estatal, incluso sobre la misma persona del imputado, durante el procedimiento de persecución penal" (ibid., p. 510), y un poco más adelante agrega: "Aún en el caso de resultar necesaria la privación o restricción de la libertad ambulatoria, a mero título de la realización de un proceso penal, la posición jurídica del imputado sigue siendo la de un inocente: se impone, entonces, tratarlo como un inocente, a pesar de la necesidad de privarlo de su libertad. Ello implica que toda restricción anexa a la privación de la libertad, que no emerja directamente del fin reconocido al encarcelamiento preventivo o del mismo encarcelamiento, es ilegítima" (ibid., pp. 538).; Clariá Olmedo: 1998, pp.352 y ss.. En la doctrina nacional: cfr. Velásquez V: 1987, pp. 28-29, quien al analizar el principio de presunción de inocencia, el cual hace derivar del principio *favor rei*, asume una posición crítica sobre la DP, cuando afirma que ésta constituye una transgresión a la PI "cuando primero se detiene y después se indaga por la inocencia o culpabilidad del procesado, cuando debería ser lo contrario (...). No tiene sentido, si se parte de un postulado como el que examinamos, que la norma general sea la privación de la libertad mientras se indaga por la responsabilidad o no de los procesados; por algo los modernos sistemas procesales apuntan, justamente, hacia lo contrario". Bernal Cuéllar y Montealegre Lynett: 2002, pp.220-221; Camargo: 1998, pp. 49 y ss.; del mismo: 2000, p. 131, en donde expresa: "De la presunción de inocencia como derecho constitucional fundamental se derivan cuatro consecuencias jurídicas...: a. carga de la prueba por el Estado; b. prohibición de la confesión; c. *in dubio pro reo*; y d. *libertad del acusado como regla y no como excepción*" (cursivas nuestras).

¹⁰ V.gr. la Sentencia C-106 de 1994, en la que se afirma que una interpretación sistemática de los artículos 28 y 29 de la Constitución Política, que regulan el primero la detención preventiva, y el segundo la presunción de inocencia, permite concluir que la PI subsiste respecto de quien apenas está detenido preventivamente. Por PI se entiende, entonces, según la sentencia, que para la imposición de una pena es necesario "previo juzgamiento conforme a leyes preexistentes, ante juez o tribunal competente, con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio y con integridad de las garantías que configuran el debido proceso".

Pero, como advierte Ferrajoli, el interrogante de si la "injusticia" que comporta la DP es necesaria debe ser afrontado desde punto vista externo, prescindiendo de lo que dice la Constitución, para "no sucumbir a la falacia hoy habitual en nuestra cultura jurídica, según la cual lo que por hipótesis la constitución consiente es también justo e incontestable".¹¹

Del otro lado, están quienes entienden que el derecho a ser tratado como inocente, expresión de la PI, comporta la exclusión de cualquier medida que conlleve coerción en contra de libertad. Los argumentos fuertes de esta tesis son varios: en primer lugar, el carácter auténticamente punitivo de la DP. En este sentido se expresa Ferrajoli, quien asume la posición más radicalmente crítica sobre la institución, señalando que "Es un mísero paralogismo decir que la cárcel preventiva no contradice el principio *nulla poena sine indicio* - es decir, la jurisdiccionalidad en el sentido más lato- porque no es una pena sino otra cosa: medida cautelar, procesal o en todo caso no penal"; en otras palabras, la afirmación de que prisión provisional no es pena anticipada no es más que un "fraude de etiquetas", porque siempre será una prisión *ante iudicium*, y "sea cual fuere el fin que se le asocie, choca de raíz con el principio de jurisdiccionalidad, que no consiste en poder ser detenidos únicamente por orden de un juez, sino en poder serlo sólo sobre la base de un juicio".¹²

¹¹ Ferrajoli: 1995, p. 556.

¹² Ferrajoli: 1995, p. 555. Sobre el carácter punitivo de la DP, cfr. además: Carnelutti: "...esta injusticia como una pena que puede ser infligida a un inocente, aunque el proceso termine en la absolución: precisamente para poderlo absolver, se ha castigado al inocente. No se podría oponer que la detención preventiva no sea un castigo: la cuestión no es de palabras, sino de hechos; ser encerrado en prisión no es acaso un sufrimiento?..." (cit. Londoño Jiménez: 1993, p. 93). Maier: 1999, p. 513: "repugna al Estado de Derecho...anticipar una pena al imputado durante el procedimiento de persecución penal". Y aunque reconocen la necesidad de la DP por razones estrictamente procesales, pero entienden que la forma de ejecución comporta una trasgresión a la presunción de inocencia, cabe citar a Roxin: 2000, p. 271, quien dice: "La situación jurídica actual de la ejecución de la prisión preventiva es incierta y poco satisfactoria (...) acaba en el encapsulamiento del detenido en el espacio más insuficiente del establecimiento respectivo y, con ello, se convierte a la prisión preventiva en un mal mayor que la

Al argumento del estatus de pena de la detención preventiva se suma otro más fuerte, según el cual el reconocimiento de la libertad — como expresión de la presunción de inocencia— es condición de la vigencia material, de la plena expresión en el interior del proceso de los demás derechos y garantías sustantivas y procesales, como lo son los derechos a la defensa, la contradicción, la dignidad humana, la igualdad de las partes, la libertad, la lealtad procesal, etc., y la prisión preventiva, termina por deteriorar o relativizar todos estos derechos, haciéndoles perder su funcionalidad en el proceso, esto es, su eficacia garantística. Por esta razón, el peso que representan la PI, y los demás derechos inescindible y directamente conectados a la misma, respecto del que tienen los intereses subyacentes a las finalidades admitidas constitucionalmente para la DP, inclina indefectiblemente la balanza a favor de la presunción de inocencia y a los otros derechos conexos a ella. Finalmente, es perfectamente posible concebir, construir, configurar instituciones que cumplan las mismas finalidades de la DP, sin los gravámenes que para los derechos fundamentales ella comporta.

3. El conflicto entre los derechos salvaguardados con la PI y los intereses que se pretenden asegurar con la DP, es resuelto en la sentencia comentada a favor de los segundos. Para ello la Corte Constitucional ha considerado que el derecho del imputado a ser tratado como inocente, no es excluyente de la imposición de medidas coercitivas en contra de su libertad; así mismo, ha omitido en su análisis los derechos fundamentales que guardan conexión directa e inescindible con la PI.

pena privativa de libertad (...) no resulta compatible, en modo alguno, con la presunción de inocencia". En la doctrina nacional, es categórico en afirmar que la DP contradice la presunción de inocencia, Londoño Jiménez: 1993, p. 85: "...es evidente que siempre que se priva de la libertad al sindicado, sin haber sido condenado, se estará violando el principio de presunción de inocencia, pues sería una burla, por decir lo menos, si en acatamiento a dicha presunción se le pudiera decir al imputado que, aunque es "inocente", se le priva de su libertad porque hay suficientes elementos de juicio para considerarlo culpable del hecho punible que se investiga. Es, como se ve, una insoslayable contradicción"; del mismo autor: 2000, p. 175; Sánchez de Alfonso: 2002, p. 570.

Además, el argumento que se supone más fuerte es la afirmación de que la DP no es una pena, porque de las definiciones que la Constitución hace de una y otra, se infiere su diferencia sustancial y por ello es perfectamente posible su coexistencia pacífica en el mismo sistema jurídico.

Pero esta perspectiva analítica incurre en la falacia normativista, que confunde el deber ser con el ser, que hace inferencias ontológicas a partir de fenómenos fundamentalmente normativos. Resulta una burla afirmar que el sindicado es tratado como inocente, que no se le irroga pena alguna y, simultáneamente, en forma coactiva, se le priva de su derecho a la libertad ambulatoria, se le separa de su trabajo, se le rompen sus vínculos sociales y familiares, se le vulneran sus derechos humanos fundamentales, etc., todo lo cual, como la Corte Constitucional lo ha declarado, constituye un "estado de cosas inconstitucional".¹³ En definitiva, con la DP se pierden los mismos derechos del penado, la privación de la libertad se cumple generalmente en los mismos centros de reclusión de éste, es de carácter coactivo, se irroga con motivo o con el pretexto de un hecho punible y la impone un actor institucional que representa al Estado, factores que sumados permiten concluir

¹³ Sentencia T-153 de 1998, que dice así: "44. Con todo, las prescripciones de los Códigos Penal, de Procedimiento Penal y Penitenciario, de los tratados y acuerdos internacionales citados y la misma jurisprudencia de la Corte acerca de los derechos de los reclusos constituyen letra muerta. Las condiciones de vida en los penales colombianos vulneran evidentemente la dignidad de los penados y amenazan otros de sus derechos, tales como la vida y la integridad personal, su derecho a la familia, etc. (...) Las cárceles colombianas se caracterizan por el hacinamiento, las graves deficiencias en materia de servicios públicos y asistenciales, el imperio de la violencia, la extorsión y la corrupción, y la carencia de oportunidades y medios para la resocialización de los reclusos. Razón le asiste a la Defensoría del Pueblo cuando concluye que las cárceles se han convertido en meros depósitos de personas. Esta situación se ajusta plenamente a la definición del estado de cosas inconstitucional. Y de allí se deduce una flagrante violación de un abanico de derechos fundamentales de los internos en los centros penitenciarios colombianos, tales como la dignidad, la vida e integridad personal, los derechos a la familia, a la salud, al trabajo y a la presunción de inocencia, etc."

—desde la perspectiva sociológica— que no existe diferencia sustancial entre la privación de la libertad con motivo de la DP o de la pena.¹⁴

4. La Corte Constitucional en la sentencia C-301 de 1993, suscribe la tesis según la cual una prolongación de la detención preventiva por el término de la pena, "desvirtuaría la finalidad eminentemente cautelar de la detención preventiva que terminaría convertida en un anticipado cumplimiento de la pena y se menoscabaría el principio de presunción de inocencia". Desde luego, en Colombia no ha sido excepcional que la DP se irroque por el mismo tiempo de la pena imponible, testimonio de lo cual son los incontables casos de libertad provisional precisamente por este motivo. Ello significa que las políticas institucionales del Estado, determinan que la DP empíricamente tenga como finalidad latente la condición de pena anticipada. Además, si la propia Corte Constitucional reconoce que la detención preventiva por el tiempo equivalente a la pena imponible controvierte su carácter tutelar, por constituir un cumplimiento anticipado de la pena y, de contera, un factor que transgrede la presunción de inocencia, ¿por qué no acontece lo mismo respecto del tiempo en detención preventiva, cuando el mismo es equivalente al 50% o al 90% de la pena imponible por el hecho imputado?

B. Análisis de los fines "constitucionalmente admisibles" de la detención preventiva

1. El primero de los fines que la Corte Constitucional reputa justificante de la DP es la "protección de la comunidad en aras de impedir la

¹⁴ Sobre la reformulación del concepto de pena, en el sentido aquí señalado, Cfr. Baratta: 1986, pp. 80-81, para quien el principio de legalidad es el fundamento ideológico de legitimidad del poder punitivo, porque la defensa del poder constituido, se realiza, siempre que se considere preciso, al margen del sistema legitimador de autolimitación legal. De allí que el principio de legalidad, se considere fundamentalmente una instancia ideológica del sistema penal, por cuanto no siempre es un principio real de funcionamiento, ya que la historia del sistema punitivo ha evidenciado que dicho principio no corresponde sino muy parcialmente, y de manera contingente, al funcionamiento efectivo del sistema penal (subsistema institucional legal, extralegal). Hassemmer: 1991, p. 31; Zaffaroni: 2000, primera parte, cap. I, §3, IV, pp. 23-24; del mismo: 1992; Escobar Mejía: 1985; Bustos Ramírez: 1992, pp. 164-165; Muñoz Gómez: 1992, pp. 41-47.

continuación de la actividad delictual",¹⁵ con el cual, según la sentencia comentada, la DP hace posible que el Estado pueda cumplir con su razón de ser y su fundamento, esto es, garantizar "la prevalencia del interés general" (art. 1 de la Const. Pol.), y "asegurar la convivencia pacífica" de la comunidad (art. 2, ibíd.).

Intentos legitimadores de este orden, han hallado respuesta demoleadora en autores como Ferrajoli, quien ve en los mismos la expresión más perversa del instituto y la manifestación más clara de su carácter punitivo: "la perversión más grave del instituto (...), ha sido su transformación, de instrumento exclusivamente procesal dirigido a "estrictas necesidades" sumariales, en instrumento de prevención y de defensa social, motivado por la necesidad de impedir al imputado la ejecución de otros delitos. Es claro que tal argumento, al hacer recaer sobre el imputado una presunción de peligrosidad basada únicamente en la sospecha del delito cometido, equivale de hecho a una presunción de culpabilidad; y, al asignar a la custodia preventiva los mismos fines, además del mismo contenido afflictivo que la penal, le priva de esa especie de hoja de parra que es el sofisma conforme al cual sería una medida "procesal", o "cautelar", y, en consecuencia, "no penal", en lugar de una ilegítima *pena sin juicio*".¹⁶

¹⁵ El artículo 3º de la ley 600 de 2000, contenido dentro del título de las "normas rectoras" sólo menciona como fin de la DP, la "protección de la comunidad". En cambio el artículo 355 del mismo estatuto, que también alude a los fines de la DP, en forma explícita no se refiere a la "protección de la comunidad", pero sí dice que esta medida procederá "para impedir... la continuación de su actividad delictual...". La Corte entonces hace una simbiosis de ambas disposiciones, y termina por identificar "protección de la comunidad" con la prevención de la reincidencia delictual.

¹⁶ Ferrajoli: 1995, p. 553. Y más adelante agrega el autor, en relación con los fines preventivos y de defensa social que se le asignan a la DP: "la alarma social producida por la idea de que un delincuente aún no juzgado no sea castigado de forma inmediata es un argumento del que se valen muchos defensores de la prisión provisional. Puede ser que en ello haya algo de verdad: una parte de la opinión pública asocia seguramente finalidades directamente represivas a la prisión preventiva. Pero esta idea primordial es precisamente una de aquellas contra las que nació el delicado mecanismo del proceso penal: que no sirve, como se ha dicho, para tutelar a la mayoría, sino para proteger, incluso contra la mayoría, a los individuos que, aunque

Constituye un contrasentido afirmar la necesidad de "impedir continuación de la actividad delictual", de quien se presume inocente, de quien no se puede afirmar responsabilidad alguna respecto del hecho imputado. Por lo tanto, es perentorio concluir que un argumento como éste respecto del sindicado, supone no sólo la afirmación de su responsabilidad plena respecto del hecho imputado, sino también, y tan grave como lo anterior, un juicio de "peligrosidad" que no es más que una sospecha de una potencial reincidencia. Una legitimación de la DP sobre estos presupuestos, es antagónica a los principios que disciplinan el proceso en un Estado que tome en serio el paradigma de Constitucional de Derecho.¹⁷

Esta tesis fue suscrita anteriormente por la Corte Constitucional,¹⁸ al cuestionar el abuso de la figura de la conmoción interior para resolver

fueran sospechosos, sin pruebas no pueden ser considerados culpables" (ibid., pp. 560-561). Cfr. también, Zaffaroni: 1986, p. 147, quien en sus conclusiones sobre el estudio de la legislación latinoamericana en la materia, había advertido que "En el análisis de las disposiciones concernientes a excarcelación se observa claramente que la prisión preventiva tiende a responder a criterios de pena y no a los de una mera medida cautelar: peligrosidad, alarma social, frecuencia del delito, clase de delito, etc. Esto revela que su función es punitiva aun en los textos legales. Aquí el propio discurso jurídico lo dice por mucho que la doctrina quiera disimularlo".

¹⁷ En el mismo sentido, Roxin: 2000, pp. 261-262, quien sobre el "peligro de reiteración" como fundamento de la prisión preventiva, afirma: "representa un cuerpo extraño en el sistema de los presupuestos de la detención, porque no se trata de un caso de aseguramiento del proceso, sino de una medida preventiva, por tanto, de una suerte de detención por seguridad (...). Además, es problemático desde el punto de vista del Estado de Derecho porque aquí se impone una privación de la libertad en razón de una sospecha no probada, tanto en lo que se refiere al hecho punible cometido como al hecho punible que se espera. Por último, es perjudicial desde el punto de vista político criminal, porque -bajo condiciones de ejecución manifiestamente muy desfavorables- vuelve a introducir por la puerta trasera las penas privativas de libertad de corta duración, enemigas de la resocialización...".

¹⁸ Sentencia C-300 de 1994, que decidió la inexecutable del Decreto 874 de 1994, el cual declaró la Conmoción Interior para todo el país, por la proximidad de libertades provisionales a favor de personas investigadas por los jueces regionales y el Tribunal Nacional, con motivo de vencimiento de los términos en dichos procesos. Por la importancia de los argumentos

problemas funcionales endémicos del aparato de justicia del Estado,¹⁹ pero infortunadamente sus argumentos no fueron tenidos en cuenta en esta oportunidad.

Así mismo, el argumento de que la DP, con todos los derechos fundamentales que vulnera, se justifica por razones de "prevalencia del interés general", merece plurales observaciones de contenido crítico: la primera, que el modelo jurídico político conocido como Estado Constitucional de Derecho, erige los derechos fundamentales en su razón de ser, y consecuentemente, sitúa la Constitución que los consagra

aducidos en esta oportunidad, nos permitimos transcribir los apartes más relevantes de la sentencia: "En un doble sentido se viola el derecho a la presunción de inocencia. De una parte, *la premisa de que se parte para deducir la capacidad de alteración del orden público, es el hecho de que la persona es objeto de la sindicación de un delito grave*. Aquí se debe enfatizar que sindicación no equivale a condena. El sindicado se presume inocente durante todo el desarrollo del proceso, ya que sólo mediante sentencia condenatoria se le puede considerar culpable. La carga probatoria recae exclusivamente sobre quien acusa. Si no obstante la actividad desplegada por este último para demostrar los hechos del tipo delictivo, la autoría y su responsabilidad, subsiste duda u oscuridad, éstas deben resolverse en beneficio del reo. *El derecho a la presunción de inocencia vincula a todos los poderes públicos. No puede, en consecuencia, el ejecutivo, desvirtuar la presunción de inocencia, interpretando la sindicación como índice de peligrosidad social y de culpabilidad individual*.

"De otro lado, estimar que la inminente concesión de libertad provisional a un grupo de sindicados que tienen derecho a ella, constituye factor de perturbación del orden público, quebranta el derecho a la presunción de inocencia, en cuanto se da por descontado que justamente serán las personas liberadas las que atentarán contra dicho orden y que éste se verá vulnerado. (...). La causa de esta situación que menoscaba su libertad, obedece al juicio adverso que se deriva de su condición de sindicados de delitos graves, el cual no puede formularse sin desconocer la presunción de inocencia que los ampara hasta que se dicte una sentencia condenatoria" (cursivas nuestras). Tesis ratificada en la sentencia C-309 de 1994.

¹⁹ Sentencia C-300 de 1994: "La laxitud del control en esta materia traería consigo la grave consecuencia de otorgarle al Ejecutivo la posibilidad de utilizar el estado de conmoción, cada vez que se presentaren problemas funcionales dentro del Estado, en un país en donde esta clase de dificultades no están llamadas a desaparecer en el mediano plazo. Por esta vía se corre el riesgo de trivializar los estados de excepción y desvirtuar la intención explícita del constituyente de poner término a su utilización abusiva e innecesaria".

en la cúspide del ordenamiento, dotándola de fuerza normativa; así mismo, le asigna al Estado un carácter instrumental, con lo cual funcionaliza todos sus poderes a la garantía de la vigencia y eficacia de estos derechos (de libertad y de prestación); finalmente, consagra el principio de legalidad, con lo cual todos los poderes públicos quedan sometidos en forma efectiva al derecho.²⁰ Y si todos estos principios son los que caracterizan el Estado Constitucional de derecho y además es el que asume la Corte Constitucional como el vigente jurídicamente en Colombia, el "interés general" al que alude la Constitución, si se ha de interpretar en clave de derechos, no podrá significar otra cosa que una alusión a titulares plurales de derechos fundamentales específicos y nunca a una titularidad colectiva diferenciable de las personas y con hegemonía o mayor derecho o poder que ellas .

La segunda, que los derechos fundamentales y las garantías para su tutela, tienen una titularidad universal y son por lo tanto, auténticos y verdaderos "intereses generales" y expresiones de una democracia concebida de manera sustancial.²¹

²⁰ Peña Freire: 1997, p. 38. Y aclara el autor que este concepto más que aludir a realidades políticas u órdenes jurídico políticos reales o positivos, se refiere a un modelo normativo, que sirve de referencia para valorar la legitimidad y validez de los órdenes jurídico políticos concretos, según incorporen "una serie de elementos, fines, valores, imperativos o exigencias que lo definen de modo constitutivo". Cfr. Andrés Ibáñez: 1996, p. 10.

²¹ Cfr. Ferrajoli: 1995, p. 549, en donde expresa: "...si es verdad que los derechos de los ciudadanos están amenazados no sólo por los delitos sino también por las penas arbitrarias- la presunción de inocencia no es sólo una garantía de *libertad y verdad*, sino también una garantía de *seguridad* o si se quiere de *defensa social*: de esa "seguridad" específica ofrecida por el estado de derecho y que se expresa en la confianza de los ciudadanos en la justicia; y de esa específica "defensa" que se ofrece a éstos frente al arbitrio punitivo". Del mismo autor: 1999, capítulo 2, pp. 37-72. En igual sentido, Londoño Jiménez: 1993b, quien al comentar el salvamento de voto del magistrado de la Corte Constitucional, doctor Vladimiro Naranjo Mesa, a la sentencia C-150 de 1993, expresó que "...cuando se rodea al procesado de todas las garantías necesarias para que pueda ejercer una adecuada defensa" no está en juego sólo el interés individual del justiciable, "lo que está en juego es el interés del mismo Estado, concretamente de la administración de justicia y de la sociedad misma para que el juicio que se adelanta contra determinada persona no se vea reducido a las pretensiones

La tercera, con la argumentación de la Corte Constitucional, los derechos de libertad (civiles y políticos), no son tomados en serio como lo demanda Dworkin, al perder su dimensión de "cartas de triunfo" y de derechos de resistencia con respecto al principio "de mayorías" o al "interés general", que es precisamente su significado histórico y principal valor político.²²

por una condena para el culpable, sino también de una absolución para el inocente. Sólo las tiranías y las dictaduras tienen alergia a las garantías del debido proceso y a los principios universales que consagran sin limitaciones indebidas el derecho de defensa (...). En el proceso penal lo que está en juego son unos valores muy superiores, los de la justicia, los cuales no permiten que se pueda juzgar a un hombre acusado de un delito, sino permitiéndole ejercer todos los derechos que una civilizada cultura jurídica deben reconocerle" (pp. 464-465). En el mismo sentido, Fernández: 2002, pp. 256-258, cuando expresa: "La protección de la persona y sus derechos básicos no es, se repite, cuestión de interés individual (o individualista), sino también de preponderante interés social en una comunidad democrática (...) Un buen derecho penal debe hallar siempre equilibrio -históricamente variable, pero inclinado siempre a la tutela preponderante de la persona- entre intereses antagónicos pero esenciales concomitantes de la defensa social (...) y de la protección de la persona en su dignidad y en el ámbito de sus derechos fundamentales, también y en primer lugar contra las intervenciones arbitrarias o irracionales del poder institucional (protección de la persona frente al poder punitivo del Estado, que desde luego es también un interés social de primer plano)".

²² Cfr. Dworkin: 1999, cap. 7, pp. 276-303; Martínez: 1999, pp. 10-11; Orozco y Gómez: 1999, p. 148. Nino: 1989, pp. 34 y ss. Cfr. también sentencia C-542 de 1993, que constituye un valioso precedente de la Corte Constitucional de una interpretación restrictiva del "principio del interés general", en el sentido que éste no puede tener preponderancia sobre la vida o la libertad. En esta providencia, se estudió la exequibilidad de la penalización del pago de rescate de personas secuestradas, y se dijo: "Los derechos a la vida y a la libertad no pueden sacrificarse por la persona en aras del interés general, salvo cuando la propia persona acepta el sacrificio voluntaria y libremente. No sucede igual en tratándose de derechos inferiores, como el de la propiedad. De ahí que el artículo 58 de la Constitución (...) consagre la primacía de las leyes expedidas por motivos de utilidad pública o interés social, sobre los derechos de los particulares. Pero, ¿sobre cuáles derechos? Sobre los de contenido económico: jamás sobre los derechos a la vida y a la libertad (...). Se invoca, para prohibir el pago del rescate, el argumento de la primacía del interés general. Pero es menester tener presente que, por su dignidad, el hombre es un fin en sí mismo y no puede ser utilizado como un medio para alcanzar fines generales, a menos que él voluntaria y libremente lo admita. Por tanto, el principio de la primacía del interés general,

Sobre esto último es preciso retomar la indicación de Peña Freire, cuando afirma que en la definición de la naturaleza y del contenido de cualquier concepto jurídico se debe tener en cuenta el tiempo y el espacio en que existen o en los que están destinados a operar, las funciones que están llamados a cumplir, y el sistema político y jurídico al cual se hayan integrados y en el que van a tener operatividad.²³ Consecuente con ello, si el Estado constitucional de derecho tiene como eje central a la persona humana, y su razón de ser y fuente de legitimación es la vigencia normativa y fáctica de sus derechos fundamentales, el concepto "interés general" no podrá nunca ser interpretado en clave de "razones de Estado", porque ello comportaría asumir el Estado en una dimensión sustancialista, de fin en sí mismo, opuesta obviamente a la dimensión instrumental, que es la consustancial al modelo constitucional colombiano.

En otras palabras, cualquiera sea el sentido o significado que se le quiera dar al "interés general", siempre se deberá observar que su contenido y sus características no entren en divergencia o contradicción con el modelo jurídico y político del cual hace parte y en el cual va a operar, de lo cual cabe concluir que nunca podrá tener peso para romper la hegemonía jurídica y política de los derechos fundamentales, erigidos en el paradigma de Estado Constitucional de Derecho en valores y principios indisponibles, inalienables, universales y con supremacía constitucional.

Finalmente, cuando se afirma la prevalencia del "interés general", para justificar la DP tanto por razones punitivas como estrictamente

aceptable en relación con derechos inferiores, como el de la propiedad, no es válido frente a la razón que autoriza al ser humano para salvar su vida y su libertad, inherentes a su dignidad".

²³ Peña Freire: 1997, pp. 20-21. Y más adelante agrega: "el estudio de un determinado concepto o fenómeno como categoría jurídica general, y al margen de sus precisas configuraciones normativas, no puede prescindir de las condiciones sociales o políticas que le dan sentido y que atraviesan el modelo jurídico en que el concepto existe (...) la teoría general del derecho (...) no puede prescindir de los rasgos básicos de los modelos jurídicos en que las referidas categorías se localizan y fuera de los cuales no existirían o serían absolutamente distintas" (ibíd. pp. 21-22).

procesales, no es porque la misma se imponga como garantía idónea y necesaria de derechos fundamentales sino, esencialmente, como mecanismo de eficacia del cumplimiento de funciones básicas asignadas constitucionalmente al aparato estatal, en especial de las instituciones y órganos directamente relacionados con el control social punitivo. Pero ha operado, y esta providencia es testimonio de ello, que al interés en la eficacia de las funciones estatales, especialmente las punitivas, se le ha dado el estatus de valor, de principio, e incluso de derecho fundamental de carácter colectivo y, consecuente con ello, se le ha hecho prevalecer, en un juicio de ponderación, sobre los derechos de libertad, reputados meramente individuales, propiciando con ello su minimización. Este proceso hermenéutico, como lo han destacado Orozco y Gómez, "comporta la elevación del valor medial de la eficiencia al rango de derecho -objetivo- y de principio fundamental",²⁴ lo que es inadmisibile en un paradigma de Estado que tiene a la persona y sus derechos en su fuente de legitimación.²⁵

Por todo lo antes expresado, en nuestro modelo político constitucional el poder con el cual ha sido investida la jurisdicción, tiene como principal finalidad el que sea garante de los Derechos Humanos —frente al poder de la mayoría y del mercado— y ésta es la razón de ser de su independencia y el fundamento de su legitimación.²⁶ Así las cosas, la

²⁴ Orozco y Gómez: 1999, p. 65.

²⁵ Cfr. Hassemer: 1989, p. 281; Hassemer y Muñoz Conde: 1989, pp. 108 y ss.

²⁶ Cfr. Ferrajoli: 1995, pp. 856-857; así mismo, Ferrajoli: 1999, pp. 27-28, en donde expresa: "En esta sujeción del juez a la Constitución y, en consecuencia, en su papel de garante de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, está el principal fundamento actual de la legitimidad de la jurisdicción y de la independencia del poder judicial de los demás poderes...(....) Precisamente porque los derechos fundamentales sobre los que se asienta la democracia sustancial están garantizados a todos y a cada uno de manera incondicionada, incluso contra la mayoría, sirven para fundar, mejor que el viejo dogma positivista de la sujeción a la ley, la independencia del poder judicial, que está específicamente concebido para garantía de los mismos no es otra cosa que el valor de la igualdad como igualdad en *droits* (...) esta legitimación no tiene nada que ver con la de la democracia política ligada a la representación (...) su fundamento es únicamente la intangibilidad de los derechos fundamentales. Y, sin embargo,

Corte Constitucional, en ejercicio de su poder como guardiana de la integridad y supremacía de la Carta Política, al avalar fines de la DP como la analizada, que vulnera los derechos humanos, termina deslegitimándose por privilegiar respecto de éstos las razones de Estado.

2. La Corte Constitucional reconoce que la Libertad es derecho fundamental, con diversos amparos normativos (Preámbulo, arts. 2, 28 y 29) y, como todo derecho, no tiene el carácter de absoluto y, por lo tanto, es susceptible de limitación. Pero las restricciones al derecho a la libertad también están reguladas, para lo cual esta corporación vincula dos criterios: el primero, que las restricciones obedezcan a factores que satisfagan los principios de "proporcionalidad y razonabilidad";²⁷ el segundo, que tengan un carácter excepcional, satisfagan el principio de *ultima ratio*, y que estén definidas por la ley en forma clara e inequívoca.²⁸

es una legitimación democrática de los jueces, derivada de su función de garantía de los derechos fundamentales, sobre la que se basa la que he llamado "democracia sustancial...". En igual sentido, Andrés Ibáñez: 1999, p. 76: "El judicial es contra-poder, en cuanto tiene atribuido el control de legalidad de los actos de la administración, y en alguna medida el de legitimidad constitucional de los actos del legislativo; y porque le corresponde la tutela de los derechos fundamentales del ciudadano frente a cualquier tipo de intervenciones, incluidas las que pudieran provenir de dentro del propio Estado". Del mismo: 1996, p. 13. Cfr. también, sobre el Juez en el estado constitucional de derecho: Peña Freire: 1997, pp. 233 y ss; Zagrebelsky: 1995, pp. 144-150; Bergalli: 1999.

²⁷ Cfr. en este sentido, sentencia C-327 de 1997.

²⁸ Cfr. Sentencia C-846 de 1999: "Sin embargo, dado que la libertad es la regla general, la detención preventiva sólo puede ser una medida extrema o excepcional (Véase, entre otras, las sentencias C-425 de 1997 y T-153 de 1998) y su adopción "debe hallarse rodeada de las mayores precauciones", entre otras razones, porque compromete los derechos de un sujeto que no ha sido condenado y que, por tanto, se presume inocente (art. 29 C.N). En razón del aludido carácter excepcional, se ha insistido en que nuestro ordenamiento no sólo debe determinar de manera precisa los eventos en los que procede la detención preventiva, sino también contemplar amplias oportunidades o mecanismos destinados a hacer cesar la privación de la libertad del detenido.

"Ahora bien, como se deriva del mismo artículo 28 de la Constitución, en materia de libertad personal existe una estricta reserva de ley (sentencias

Pero cuando las razones punitivas se vinculan como fin de la DP, los criterios de "proporcionalidad" y "racionalidad" terminan sirviendo como cuña para apuntalar la perversión jurídica. Ejemplo de lo primero es la sentencia C-425 de 1997 en la cual la Corte, con fundamento en el criterio de "proporcionalidad", concluyó: "para que la medida que restringe un derecho tan importante resulte adecuada, por lo menos ha de tener como referente el acto que se le imputa a la persona investigada". Y no es menos que una perversión jurídica afirmar que la DP resulta "proporcional" a la gravedad de la conducta imputada, cuando cualesquiera que fuera ésta, siempre resultará que respecto de la misma el imputado se presume inocente y debe ser tratado como tal. Por tal motivo, cualquier alusión a la "proporcionalidad" para justificar la DP, no es otra cosa que reputar responsable al imputado, así sea de manera provisional hasta que se dicte sentencia.

De otro lado, si la DP se justifica en razones estrictamente procesales —v. gr. la conservación e indemnidad de la prueba—, la entidad del acto que se imputa resulta irrelevante, pues la misma no guarda correlación directa con el fin que "legitima" la medida.

3. Varios de los fines reputados "constitucionalmente admisibles" por la Corte Constitucional, tienen como base pronósticos sobre la conducta ulterior del procesado (los peligros de fuga, de reincidencia, de ocultar, destruir o deformar la prueba, de entorpecer la actividad probatoria), en los cuales la personalidad juega un papel determinante.

Lo paradójico es que la Corte Constitucional, en la sentencia C-425 de 1997, rechazó en forma radical la personalidad como criterio para determinar la procedencia o no de la DP, entre otras razones porque por su equivocidad y carácter gaseoso comportaba una transgresión del principio de legalidad que también rige para los

C-024 de 1994 y C-327 de 1994) y, por tanto, sólo el legislador puede entrar a definir los eventos en los que procede la detención y las causales que dan lugar a obtener el beneficio concomitante de la libertad provisional. No obstante, en un Estado social de derecho como el nuestro, es evidente que la discrecionalidad del legislador en esta materia no es absoluta pues, ante todo, debe asegurar el respeto por las garantías y derechos consagrados en la Constitución".

supuestos que autorizan limitar la libertad, dada su condición de derecho fundamental: *"Por razón del aludido carácter excepcional la definición de los casos en que resulte procedente la detención preventiva ha de ser precisa y a ello no contribuyen los planteamientos vertidos en la demanda, por cuanto la personalidad del sindicado es una fórmula insegura, aleatoria, imprecisa y, por ende, destructora de la certeza que ha de acompañar a toda persona y más a quien sea investigado, acerca de los casos en que su libertad pueda verse limitada"* (cursivas añadidas).

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 en sus efectos prácticos no difieren en forma sustancial de las consecuencias del peligrosismo, rechazado radicalmente en otra oportunidad por la misma Corte Constitucional.²⁹

Son pertinentes en el problema que nos ocupa, las indicaciones de Baratta y Silbernagl, cuando al analizar la limitación de la libertad provisional, con fundamento en criterios de "peligrosidad", han señalado que "Una evaluación de la peligrosidad antes de la conclusión del proceso (es dudoso, incluso, si en el ámbito procesal es siquiera posible alcanzar una evaluación satisfactoria sobre la personalidad y, todavía más, sobre la peligrosidad), en una fase en la cual sólo existen sospechas o algunos indicios de la comisión de un delito, sería entonces sólo una evaluación de la sospecha. En la fase instructoria, por lo demás, el juicio sobre peligrosidad se basa necesariamente en informaciones policiales. Hacer depender de éstas una decisión sobre la libertad personal, significa reducir al juez al rol de "policía"...".³⁰

²⁹ Cfr. sentencias C-504 de 1993 y C-221 de 1994. En esta última se dice: "dentro de un sistema penal liberal y democrático, como el que tiene que desprenderse de una Constitución del mismo sello, *debe estar proscrito el peligrosismo, tan caro al positivismo penal, hoy por ventura ausente de todos los pueblos civilizados.* Porque a una persona no pueden castigarla por lo que posiblemente hará, sino por lo que efectivamente hace" (cursivas nuestras).

³⁰ Baratta y Silbernagl: 1985, pp. 573-574.

4. Tan graves son las cosas, que en la argumentación de la Corte Constitucional es posible encontrar la instrumentalización de los derechos y sus garantías, para justificar la detención preventiva o la prolongación de la misma. Tal es el caso de la sentencia C-848 de 1999, la cual declaró exequible la prohibición de la libertad provisional cuando se da inicio a la audiencia pública, así la misma se suspendiera por cualquier causa, porque para la Corte la DP "persigue un objetivo válido, cual es el de asegurar la comparecencia del sindicado a tan importante diligencia judicial".³¹ No cabe duda de que la presencia del imputado en la audiencia pública resulta relevante, porque es una oportunidad fundamental para que conozca y confronte la prueba de cargo y ejerza su derecho a la defensa, pero también en ejercicio de estos derechos puede concurrir y guardar silencio. Si esta última actitud es legítima, no se alcanza a vislumbrar diferencia alguna con la de no hacerse presente en la diligencia, por lo cual desde este punto de vista no habría "proporcionalidad", ni "racionalidad" de cara a imponerle la DP para garantizar su presencia. Por lo anterior se concluye que la DP se irroga no en beneficio del imputado, como lo sugiere la Corte Constitucional, sino por motivos bien diferentes, posiblemente "evitar su fuga" en caso de que la condena le sea adversa.

C. Breve historia de la regulación legal de la detención preventiva y del control de exequibilidad de la Corte Constitucional

1. La regulación legal de la DP ha estado atravesada por la lógica y las necesidades de la emergencia que han primado en los últimos años en el sistema de justicia penal. Testimonio de ello ha sido la

³¹ Sentencia C-846/99, en la que se dijo: "... la prohibición de conceder la libertad provisional cuando se ha dado inicio a la audiencia pública, persigue un objetivo válido, cual es el de asegurar la comparecencia del sindicado a tan importante diligencia judicial. Si la audiencia pública es una etapa fundamental para determinar la responsabilidad del sindicado, en la que el juez puede oír su versión e interrogarlo *"acerca del hecho y sobre todo aquello que conduzca a relevar su personalidad"* (449 C.P.P.) es evidente que una vez iniciada, su presencia, al igual que la de su defensor, es indispensable para el desarrollo de la misma...".

utilización del estado de sitio y luego de la conmoción interior, para seleccionar un grupo de delitos, e imponerles severos incrementos punitivos y entronizar una jurisdicción especial para su investigación y juzgamiento, con un singular régimen de captura, libertad provisional y detención. Y para acrecentar la gravedad de la situación, el Derecho Procesal Penal de la emergencia se tornó ordinario cuando fue incorporado como legislación permanente con motivo de la entrada en vigencia de la nueva Carta Política³² y, para colmo de males, fue avalado por la Corte Constitucional que hizo prevalecer los argumentos eficientistas.³³

Esta ideología ha sido introyectada y continúa teniendo hegemonía en las nuevas leyes que se han expedido como es el caso del Decreto 2700 de 1991, primer Código de Procedimiento Penal, el cual, respecto a la detención preventiva, reprodujo la selección de delitos que venía operando con las normas expedidas al amparo del Estado de Sitio, y les impuso la DP como única medida de aseguramiento, con el carácter de obligatoria en todos los casos.³⁴ Es más: el uso perverso de la

³² Testimonio de ello fue la incorporación como legislación permanente de la legislación de orden público expedida al amparo del Estado de Sitio, con fundamento en el artículo transitorio 8º de la constitución, a través del Decreto 2271 de 1991.

³³ Cfr. Sentencia C-093 de 1993, que declaró exequible el Decreto Legislativo 2271 de 1991, el cual incorporó como legislación permanente los Decretos Legislativos 2790 de 1990, art. 58 y 099 de 1999, art. 59, que prescribían la DP como obligatoria en los delitos de conocimiento de la jurisdicción de orden público, y un régimen de libertad provisional que consagraba como únicas causales la detención preventiva por tiempo equivalente al de la pena imponible y que el procesado hubiera cumplido más de 70 años. El principal argumento de la corporación para rechazar la tesis de un trato desigual ilegítimo en materia de libertad, fue que el legislador, dentro de sus competencias punitivas, podía establecer mecanismos restrictivos y diferenciadores, según fueran las "*condiciones propias de la modalidad criminal que se persigue reprimir*", atendiendo a "*razones de sana conveniencia y de juiciosa consideración sobre las situaciones delictivas que afectan a la sociedad en sus bienes jurídicos*"; y concluyó diciendo que "*Desde todo punto de vista, este tipo de diferenciaciones es aconsejado por la ciencia criminológica y no está proscrito por la Carta*".

³⁴ Cfr. artículos 388 y 397-1 del Decreto 2700/91. Así mismo, la sentencia C-425 de 1997, en la cual se abordó el problema de la constitucionalidad de estas normas.

institución llegó a tal extremo, que también reprodujo la prohibición de la libertad provisional cuando en los procesos de competencia de la justicia especializada se hubiere proferido en primera instancia resolución de preclusión de la instrucción, cesación de procedimiento o sentencia absolutoria, situación avalada por la Corte Constitucional, que declaró exequible tales disposiciones.³⁵

No cabe duda de que cuando la ley obliga al juez a imponer la DP atendiendo exclusivamente a la "gravedad" del hecho punible, lo hace con fundamento en una presunción de derecho, que parte de afirmar que la entidad de pena con la que es amenazado el imputado, permite inferir con carácter indubitable que éste se abstendrá de concurrir al proceso, procurará fugarse o perturbará de manera grave el normal desenvolvimiento de la actividad probatoria. Como ya se ha expresado una argumentación en estos términos es ilegítima, y además, los supuestos de los que parte todos los días son desvirtuados por la práctica judicial (cfr. *Infra.*, III, A, 1, b y c).

La reciente legislación sobre la materia restituye al juez la facultad de valorar la necesidad o no de la DP, e incluso lo obliga en dicho juicio a tener presentes las finalidades legalmente prescritas para la misma, lo que permitiría vaticinar un uso más "racional" de la medida. Pero la práctica judicial está demostrando que con la amplia selección que ha hecho la ley de los tipos delictivos en los que procede la imposición de la DP (art. 357 de la ley 600 de 2000), basta argumentar su gravedad —real o presunta—, para inferir sin más que la medida es necesaria para "garantizar la comparecencia del sindicado al proceso", "impedir su fuga" o evitar el "peligro para la comunidad".

2. Es una constante en la legislación procesal prescribir la procedencia de la DP cuando el delito imputado tiene prevista una pena mínima

³⁵ Cfr. numeral 3º del artículo 415 del Decreto 2700 de 1991, declarado exequible por la sentencia C-150/93. La ley 81 de 1993, art. 5, modificó tal disposición, consagrando en forma expresa la libertad provisional en dichos supuestos. El precedente inmediato de la misma, fue el artículo 58 del Decreto Legislativo 2790 de 1990, declarado exequible en la sentencia C-093 de 1993.

utilización del estado de sitio y luego de la conmoción interior, para seleccionar un grupo de delitos, e imponerles severos incrementos punitivos y entronizar una jurisdicción especial para su investigación y juzgamiento, con un singular régimen de captura, libertad provisional y detención. Y para acrecentar la gravedad de la situación, el Derecho Procesal Penal de la emergencia se tornó ordinario cuando fue incorporado como legislación permanente con motivo de la entrada en vigencia de la nueva Carta Política³² y, para colmo de males, fue avalado por la Corte Constitucional que hizo prevalecer los argumentos eficientistas.³³

Esta ideología ha sido introyectada y continúa teniendo hegemonía en las nuevas leyes que se han expedido como es el caso del Decreto 2700 de 1991, primer Código de Procedimiento Penal, el cual, respecto a la detención preventiva, reprodujo la selección de delitos que venía operando con las normas expedidas al amparo del Estado de Sitio, y les impuso la DP como única medida de aseguramiento, con el carácter de obligatoria en todos los casos.³⁴ Es más: el uso perverso de la

³² Testimonio de ello fue la incorporación como legislación permanente de la legislación de orden público expedida al amparo del Estado de Sitio, con fundamento en el artículo transitorio 8º de la constitución, a través del Decreto 2271 de 1991.

³³ Cfr. Sentencia C-093 de 1993, que declaró exequible el Decreto Legislativo 2271 de 1991, el cual incorporó como legislación permanente los Decretos Legislativos 2790 de 1990, art. 58 y 099 de 1999, art. 59, que prescribían la DP como obligatoria en los delitos de conocimiento de la jurisdicción de orden público, y un régimen de libertad provisional que consagraba como únicas causales la detención preventiva por tiempo equivalente al de la pena imponible y que el procesado hubiera cumplido más de 70 años. El principal argumento de la corporación para rechazar la tesis de un trato desigual ilegítimo en materia de libertad, fue que el legislador, dentro de sus competencias punitivas, podía establecer mecanismos restrictivos y diferenciadores, según fueran las "*condiciones propias de la modalidad criminal que se persigue reprimir*", atendiendo a "*razones de sana conveniencia y de juiciosa consideración sobre las situaciones delictivas que afectan a la sociedad en sus bienes jurídicos*"; y concluyó diciendo que "*Desde todo punto de vista, este tipo de diferenciaciones es aconsejado por la ciencia criminológica y no está proscrito por la Carta*".

³⁴ Cfr. artículos 388 y 397-1 del Decreto 2700/91. Así mismo, la sentencia C-425 de 1997, en la cual se abordó el problema de la constitucionalidad de estas normas.

institución llegó a tal extremo, que también reprodujo la prohibición de la libertad provisional cuando en los procesos de competencia de la justicia especializada se hubiere proferido en primera instancia resolución de preclusión de la instrucción, cesación de procedimiento o sentencia absolutoria, situación avalada por la Corte Constitucional, que declaró exequible tales disposiciones.³⁵

No cabe duda de que cuando la ley obliga al juez a imponer la DP atendiendo exclusivamente a la "gravedad" del hecho punible, lo hace con fundamento en una presunción de derecho, que parte de afirmar que la entidad de pena con la que es amenazado el imputado, permite inferir con carácter indubitable que éste se abstendrá de concurrir al proceso, procurará fugarse o perturbará de manera grave el normal desenvolvimiento de la actividad probatoria. Como ya se ha expresado una argumentación en estos términos es ilegítima, y además, los supuestos de los que parte todos los días son desvirtuados por la práctica judicial (cfr. *Infra.*, III, A, 1, b y c).

La reciente legislación sobre la materia restituye al juez la facultad de valorar la necesidad o no de la DP, e incluso lo obliga en dicho juicio a tener presentes las finalidades legalmente prescritas para la misma, lo que permitiría vaticinar un uso más "racional" de la medida. Pero la práctica judicial está demostrando que con la amplia selección que ha hecho la ley de los tipos delictivos en los que procede la imposición de la DP (art. 357 de la ley 600 de 2000), basta argumentar su gravedad—real o presunta—, para inferir sin más que la medida es necesaria para "garantizar la comparecencia del sindicado al proceso", "impedir su fuga" o evitar el "peligro para la comunidad".

2. Es una constante en la legislación procesal prescribir la procedencia de la DP cuando el delito imputado tiene prevista una pena mínima

³⁵ Cfr. numeral 3º del artículo 415 del Decreto 2700 de 1991, declarado exequible por la sentencia C-150/93. La ley 81 de 1993, art. 5, modificó tal disposición, consagrando en forma expresa la libertad provisional en dichos supuestos. El precedente inmediato de la misma, fue el artículo 58 del Decreto Legislativo 2790 de 1990, declarado exequible en la sentencia C-093 de 1993.

privativa de libertad.³⁶ Y aunque al derecho penal se le atribuye una dimensión axiológica, no necesariamente sus principios y sus garantías guían los marcos punitivos de la legislación, porque en no en pocas ocasiones éstos carecen de correspondencia con el "injusto", con la relevancia del bien jurídico objeto de tutela y con el grado de culpabilidad. Si sobre algo existe consenso hoy en día, gracias a las reflexiones de penalistas y criminólogos críticos y hasta liberales, es que la cantidad y calidad de las penas están en directa correlación con los intereses, prejuicios, necesidades, demandas de grupos hegemónicos económica y políticamente del orden nacional e internacional.³⁷ Por esta razón 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 provisional.³⁸

Cuando se hace esto, la DP se despoja del velo de medida cautelar y se le muestra como realmente es, o sea, como un instrumento punitivo que refuerza el carácter selectivo y discriminatorio del sistema penal. Además, no existe base empírica para afirmar que a partir de una determinada pena de la conducta imputada, es necesario inferir con gran probabilidad que el imputado no comparecerá al proceso, afectará la actividad probatoria o se fugará, que son las finalidades con las que

³⁶ La legislación actual fijó como marco, un mínimo de cuatro o más años de prisión (Ley 600 de 2002, art. 357-1). La precedente, tenía estipulado ese mínimo en dos años de prisión (Decreto 2700 de 1991, art. 397-2), y fue objeto de estudio de exequibilidad, en la sentencia C-425 de 1997.

³⁷ Para demostrar lo anterior téngase en cuenta que las penas para el delito de secuestro, según como quedó regulado en la ley 733 de 2002, son significativamente más altas que las imponibles al delito de homicidio, cuando este último tutela la vida, condición *sine qua non* de todos los demás derechos. O cuando la pena para delitos contra el patrimonio tiene menor gravedad e intensidad que la de los delitos dolosos contra la integridad personal. Con lo anterior no se quiere significar que el asunto se resuelva incrementando las penas, simplemente se busca dar unos pocos ejemplos, de los muchos posibles, del tratado diferencial en materia punitiva en la legislación penal. Cfr. Sandoval Huertas: 1982, pp. 45 y ss.; del mimo: 1985.

³⁸ Cfr. en el mismo sentido: Martínez: 1987, p. 206.

en estos casos se pretende justificar la DP. Incluso, es más probable que el carácter "injusto" y desproporcionado del régimen legal de las penas, la violencia institucional que acompaña la detención preventiva, la relevancia de los derechos agredidos con la misma, la desconfianza en la imparcialidad de la jurisdicción y la "guerra sucia" en que se ha convertido el proceso penal en el país,³⁹ sean los factores con los cuales haya necesidad de correlacionar el sentimiento del procesado de querer sustraerse al proceso, afectar la prueba o fugarse.

3. Igualmente, es frecuente en el ordenamiento procesal penal la existencia de una lista de delitos respecto de los cuales se prescribe la procedencia de la DP,⁴⁰ lo que no ha dejado de ser en todos los casos una selección caprichosa que responde al vaivén de la coyuntura política y social, cumpliendo básicamente funciones de carácter simbólico (Véase Infra III). La estrategia utilizada casi siempre es la misma: se aduce el grave impacto de los hechos sobre la "paz", el "orden" o la "seguridad", se describe la percepción negativa que la comunidad tiene del conflicto y, según sea el caso, se criminaliza o se penaliza más severamente, y si ello no es suficiente, se procede a regular severamente el régimen de la detención preventiva y a restringir o extinguir causales de libertad provisional. Pero, previamente, se ha hecho un amplio despliegue discursivo —en los medios de comunicación, preferentemente— generando sentimientos de inseguridad,

³⁹ "Guerra" por cuanto el "delincuente" pierde desde la misma sindicación el estatus de ciudadano, de integrante del pacto social y titular por tanto de derechos, para ser presentado y tratado como "enemigo"; y "sucias", por el ensañamiento selectivo sobre los grupos sociales más vulnerables social, económica y políticamente y por llevarse a cabo con absoluto desprecio de las "reglas del juego limpio" del Estado Constitucional de Derecho, esto es, de los principios, derechos y garantías erigidos en límite al ejercicio del control social punitivo. Cfr. en este sentido: Martínez: 1999, p. 3; Fernández: 2002, pp. 249-250; Orozco y Gómez: 1999.

⁴⁰ Cfr. Ley 600 de 2000, art. 357. Varios apartes de este artículo fueron declarados inexecutable, por incumplir el trámite que constitucionalmente se tiene previsto para la formación de la ley. Sobre este asunto, cfr. sentencia C-760 de 2001. Con anterioridad, cfr. art. 397 del D.2700/91, declarado exequible por la sentencia C-425 de 1997.

atribuyéndole la "impunidad" o la frecuencia de casos a un régimen "complaciente" con el delito, por la pluralidad de "garantías" para los "delincuentes", con lo cual se satanizan éstas y se crea un ambiente propicio para "legitimar" el aniquilamiento de los derechos y las garantías.

Naturalmente, tal escenario tiene todas las características de un "nuevo holocausto" propiciatorio de nuevas formas de exterminio, que como sabiamente destaca Christie, al igual que el "viejo holocausto", son consecuencia natural de un tipo de sociedad que produce a cántaros "indiferencia moral", la cual nace de "la autorización, normalización y deshumanización de las víctimas a través de definiciones y adoctrinamientos ideológicos".⁴¹

Además, tales disposiciones terminan "relegitimando" aberraciones jurídicas del proceso de criminalización primaria. Tal es el caso del homicidio culposo agravado⁴² y las lesiones culposas agravadas,⁴³ cuyas agravantes son supuestos que violan tanto la exigencia de tipicidad inequívoca, como la prohibición de la doble valoración, principios rectores de la ley penal colombiana (Ley 599 de 2000, arts. 8 y 10).⁴⁴ Y tan grave como lo anterior, es que no obstante la culpa es el título de imputación en ambos casos, la Corte Constitucional no ha tenido reticencia en justificar la DP con razones punitivas, esto es, atendiendo a consideraciones de mayor injusto y/o mayor culpabilidad,⁴⁵ que constituyen una clara transgresión al derecho fundamental a la presunción de inocencia.

⁴¹ Christie: 1993, pp. 167-168.

⁴² Cfr. Ley 600 de 2000, art. 357-2. Anterior a esta legislación y en el mismo sentido, cfr. Decreto 2700 de 1991, art. 397-7.

⁴³ Cfr. art. 397-7, del Decreto 2700 de 1991.

⁴⁴ Cfr. Sotomayor y Gallego: 2000.

⁴⁵ Cfr. Sentencia C-425 de 1997, en la que la Corte Constitucional declaró exequible el numeral 7 del art. 397 del Decreto 2700 de 1991, que obligaba a la detención preventiva cuando las lesiones culposas reguladas en los arts. 33, 334, 335 y 336 del Código Penal -Decreto 100 de 1980-, fueran agravadas porque el sindicado al momento del hecho se encontraba en estado embriaguez aguda o bajo influjo de droga, o hubiere abandonado

También, es un testimonio paradigmático de legitimación del trato discriminatorio del derecho penal, el prescribir la procedencia de la DP en delitos contra el patrimonio económico (v.gr. hurto agravado y calificado, estafa), y no hacerlo respecto de conductas que además del patrimonio, afectan "bienes jurídicos" de mayor importancia que éste, como es el caso de la usura.⁴⁶ Ha sido frecuente, igualmente, la

sin justa causa el lugar del hecho. La Corte en la sentencia advierte que tiene que alejar de su argumentación las razones punitivas y por ello expresa que "Debe aclararse que ni el incremento punitivo, ni la causal de detención preventiva tienen fundamento en el propósito de formular un reproche a la persona por el hecho mismo de la ingestión de bebidas alcohólicas o de sustancias estupefacientes, sino que reparan en la falta de previsión de quienes, por las alteraciones que se producen en su organismo, están llamados a observar una conducta más cuidadosa, cuya desatención constituye una violación al riesgo permitido, que justifica la detención preventiva, pues tales circunstancias de una parte, agravan objetivamente el hecho y, de otra parte, incrementan la punibilidad, factor este último que acrecienta las posibilidades de fuga del imputado (...)". Hay que reconocer que esta forma de argumentar no deja de ser ingeniosa, pero lo cierto es que la "violación al riesgo permitido", problema del injusto, tiene un papel determinante en la justificación de la detención preventiva.

⁴⁶ El delito de usura, se encuentra descrito en el art. 305 de la ley 599 de 2000. Fue regulado por primera vez en el Código de 1980, art. 235, el cual exigía como uno de sus requisitos el que los intereses usureros se cobraran por el término de un año, lo cual lo convertía en inaplicable, dejando en evidencia su carácter simbólico, esto es, de norma supuestamente protectora de los intereses de los sectores más vulnerables de la economía que tenían que acudir a formas de financiación extrabancaria. Tuvo también como función latente la de legitimar tanto al sistema UPAC de financiación de vivienda, que despatrimonializó a miles de colombianos, quienes para acceder al derecho constitucional a una vivienda digna, tuvieron que someterse al mismo (cfr. sentencias C-393, 700 y 747 de 1999, que declararon su inexecutable), como los excesivos márgenes de intermediación del sistema financiero, que siempre fueron justificados por no tener la condición de usureros, de conformidad a la ley penal.

El Código Penal actual eliminó el requisito del plazo, pero dejó indemne el que alude a los topes de usura, pues por tal se entiende sólo aquella "utilidad o ventaja que exceda en la mitad del interés bancario corriente que para el período correspondiente estén cobrando los bancos". Pero su carácter simbólico sigue incólume, porque para nadie es un secreto que las prenderías constituyen la mayor fuente de financiación de los sectores populares, donde cobran por sus servicios el 10% mensual del dinero entregado a cambio del artículo dejado en depósito, pero tal costo del dinero no recibe el nombre

instrumentalización de las normas procesales para reforzar funciones simbólicas del derecho penal, como lo es la prescripción de la procedencia de la DP en delitos como el acaparamiento o la especulación (Ley 600 de 2000, art. 357-2),⁴⁷ con lo cual se quiere dar la apariencia de una tutela reforzada del derecho penal, cuando en realidad son tipos penales expedidos sin vocación alguna de eficacia instrumental.⁴⁸

de "interés", y el contrato no se considera de mutuo, sino que el Código Civil los define como "compraventa con pacto de retroventa", lo que hace imposible que tales conductas queden comprendidas en el tipo penal de usura. De otro lado, la intervención penal, con la supuesta finalidad de tutela, inhibe la posibilidad de construir soluciones eficaces al conflicto, como la democratización del crédito, con lo cual se le permitiría el acceso a este servicio público a las personas con mayor vulnerabilidad socio-económica.

⁴⁷ Norma declarada inexecutable, por vicios de forma, en la sentencia C-760 de 2001.

⁴⁸ Los delitos de acaparamiento y especulación en la anterior legislación (Decreto 100 de 1980, arts. 229 y 230), tenían como elemento normativo del tipo que la conducta recayera sobre "artículo o género oficialmente considerado de primera necesidad". En veinte (20) años de vigencia estas normas nunca fueron reglamentadas, razón por la cual, de conformidad con el principio de legalidad, no pudieron nunca ser aplicadas. Y durante este tiempo, se expidieron cientos de leyes penales de emergencia, innumerables leyes especiales, varios estatutos contra diversas "delincuencias", decenas de leyes penales y no se reglamentó de manera expresa el asunto. Esta es la razón por la cual se afirma que fueron normas expedidas con vocación de que nunca fueran aplicadas.

El nuevo Código Penal, consagra, igualmente, estos tipos penales (Ley 599 de 2000, arts. 297 y 298) y reproduce el elemento normativo del tipo, al condicionar su existencia a que la conducta recaiga sobre "género o artículo oficialmente considerado de primera necesidad". Se puede vaticinar que pasarán muchos años y las mismas no serán reglamentadas, lo que es propio en delitos de "cuello blanco" y que, en el caso concreto, tienen como finalidad cumplir funciones encubiertas, como lo es demostrar preocupación por intereses colectivos, responder a demandas ciudadanas o reforzar la ideología del carácter igualitario del derecho penal, significando que la ley penal no es discriminatoria, que cobija por igual las conductas que afectan las bases de convivencia, sin diferencias de clases sociales. Cfr. sobre esto, Sandoval Huertas: 1986. Esta dimensión simbólica del derecho penal, más que excepcional, es concebida también como un rasgo estructural del mismo. Cfr. en este último sentido, Ost y Van de Kerchove: 2001, tercera parte, 6, pp. 207-233. Van de Kerchove: 1990, pp. 181-198.

Estos son simplemente unos pocos ejemplos, de los muchos posibles, que se citan con la finalidad de hacer claridad sobre la perspectiva que se asume en la argumentación.

D. *La "razonabilidad" y la "proporcionalidad" como criterios límite de la libertad de configuración del legislador en materia de detención preventiva*

1. Según la Corte Constitucional la libertad de configuración del legislador para regular la DP, encuentra un límite en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y en el artículo 29 de la Constitución Política, que prescriben la necesidad de una justificación racional de "las demoras y dilaciones temporales de la investigación y juzgamiento" de las personas detenidas preventivamente. Sobre estos presupuestos se excluye de plano que la DP pueda coincidir con el término de la pena, lo cual "desvirtuaría la finalidad eminentemente cautelar de la detención preventiva que terminará convertida en un anticipado cumplimiento de la pena y se menoscabaría el principio de presunción de inocencia".⁴⁹

Para encontrar los "plazos razonables" de la detención preventiva y, correlativo a ello, los términos que regulan la libertad provisional en los diversos supuestos, la Corte Constitucional aduce criterios de "racionalidad", cuyo estudio permite afirmar, sin duda alguna, que las razones punitivas han colonizado la detención preventiva, con lo cual se desdibuja su pretendido carácter meramente preventivo y tutelar.

En la sentencia C-301 de 1993, se menciona con acierto que el conflicto se inscribe en la contradicción entre las libertades y la seguridad pública, y se argumenta que la segunda no puede comportar desnaturalización de las primeras: *"En punto de razonabilidad, la Corte considera que la exigencia de un debido proceso público sin dilaciones injustificadas es un límite sustancial a la discrecionalidad del legislador para regular la institución de la detención preventiva (...) [El] principio de seguridad pública no puede interpretarse con desconocimiento del*

⁴⁹ Cfr. Sentencia C-301 de 1993.

principio de efectividad de los derechos y garantías fundamentales, ni el sindicado ni el procesado ha de soportar la ineficiencia e ineficacia del Estado". Pero después de estas consideraciones tan pertinentes por su contenido democrático, al proceder la Corte a relacionar los criterios "razonables" para determinar el límite de la DP, se mencionan varios que terminan dándole prevalencia a la "seguridad pública" por encima de las libertades, como lo son: "la duración en proporción a la ofensa", la "conducta del acusado durante la reclusión", la "posibilidad de reincidencia", y el "peligro de fuga".

Toda subordinación del plazo de la DP a factores relacionados con el hecho punible y con su gravedad, deviene irrazonable e ilegítima si es que de una medida cautelar se trata y si con ella, como reiteradamente se ha dicho, la presunción de inocencia no sufre desmedro alguno. Y se afirma esto por cuanto resulta un absoluto contrasentido sostener que para efectos de imponer, revocar, suspender la detención preventiva, es necesario valorar la "gravedad de la ofensa" o la "posibilidad de reincidencia" de quien precisamente la ley presume inocente, esto es, no autor, ni responsable del hecho punible imputado.⁵⁰

El plazo "razonable" de la DP, también lo hace derivar la Corte Constitucional de criterios como "los efectos materiales y morales sobre la persona detenida". ¿A qué se alude cuando se mencionan los "efectos materiales" de la medida sobre el detenido? ¿Acaso a si el sindicado ejerce una actividad laboral o, por el contrario, está desempleado? ¿A si está vinculado por un contrato laboral, caso en el cual la DP puede afectar su estabilidad laboral? Si ello fuera así, y la ley no permite suponer lo contrario, se estaría realizando un trato discriminatorio en desfavor de las personas económicamente activas y más vulnerables, lo cual guardaría correlación con las políticas estatales serviles de las nuevas demandas de la economía de mercado, como lo son los procesos de deslaboralización, informalización y precarización de las relaciones laborales.

⁵⁰ Es pertinente argumentar también que la "reincidencia" es una institución propia del positivismo criminológico que esta corporación ha considerado necesario erradicar de las instituciones penales, no obstante la revive ahora en materia de detención preventiva.

No olvidemos que esta corporación en una sentencia posterior (C-846 de 1999), expresó que los límites y restricciones a la libertad tenían que respetar el principio de legalidad, por lo tanto, todos los supuestos tenían que ser claros e inequívocos. Consecuente con ello, los factores sugeridos en la sentencia analizada no deben tener relevancia a efecto de determinar el "plazo razonable" de la DP.

2. Respecto de la regulación de las causales de libertad provisional que tienen como fundamento el vencimiento de términos para el cumplimiento de una actuación procesal, también se afirma que se encuentra informado por la libertad de configuración del legislador que, a su vez, está limitada por los principios de "razonabilidad" y "proporcionalidad".

Si toda persona tiene derecho a un debido proceso público "sin dilaciones injustificadas" (art. 29 de la Constitución Política y art. 15 del Código de Procedimiento Penal), es por el reconocimiento de la primacía en el proceso penal de los principios de "celeridad y eficacia". Si ello es así, no cabe sino afirmar irracionalidad y desproporcionalidad cuando el Código de Procedimiento Penal regula como causales de libertad el vencimiento de algunos términos, y fija éstos en cantidades que superan con creces los términos legales dispuestos para el cumplimiento de la actuación procesal. Tal es el caso, por ejemplo, de los términos legales del juicio, conforme a los cuales la audiencia pública debería celebrarse ordinariamente en dos meses (cfr. Ley 600 de 2000, arts. 400 y 401) y, sin embargo, la libertad provisional sólo procede cuando han transcurrido seis (6) meses de haberse iniciado la etapa del juicio y no se hubiere celebrado la audiencia pública (Ley 600 de 2000, art. 365-5).

Debe plantearse también si son "racionales" y "proporcionados" los regímenes especiales en cuanto a términos relacionados con la práctica de pruebas en el exterior, o cuyo traslado se ha solicitado (Ley 600 de 2000, art. 365, inciso 2º).⁵¹ Y ello por cuanto dan pábulo a un trato

⁵¹ Cfr. sentencia C-486 de 1999, que se refirió al asunto, respecto de la legislación precedente.

discriminatorio en materia de libertad provisional, porque se hace depender la misma de circunstancias completamente ajenas al sindicado, como la ineptitud o congestión del Ministerio de Relaciones Exteriores, la desidia, la falta de voluntad o de interés de las autoridades extranjeras. Es que no se puede olvidar que se está en un mundo globalizado, una de cuyas características es que se han recortado las distancias por la rapidez y permanente flujo de las comunicaciones.

3. La sentencia C-774 de 2001, tiene el mérito de referirse a supuestos en que la ley no ha regulado el límite temporal para obtener la libertad provisional, como es el caso del transcurrido entre la calificación de la instrucción y la ejecutoria de la resolución de acusación y el existente entre la celebración de la audiencia de juzgamiento y la sentencia definitiva.⁵² Para estos supuestos la Corte considera que el juez debe establecer en cada caso "un plazo razonable, justo y proporcional" con el fin de evitar que la medida se convierta en un "anticipado cumplimiento de la pena".

Estas consideraciones también tienen validez respecto de otras hipótesis omitidas en el análisis de la sentencia, en las que la ley tampoco ha fijado el límite temporal para obtener la libertad provisional, como lo son el existente entre la sentencia de primera instancia y el de segunda, y entre ésta y el fallo de casación, cuando este recurso se ha interpuesto. En estos eventos también es necesario establecer un "plazo

⁵² Este problema ya había sido planteado por el Ministerio Público con motivo de su intervención en el debate en el que la Corte Constitucional estudió la constitucionalidad del art. 55 de la ley 81 de 1993 -reformatorio del art. 415 del Decreto 2700 de 1991-, quien reclamó de la corporación que por vía de una sentencia integradora regulara lo concerniente a la libertad provisional cuando hubiera vencimiento de términos en los eventos de sentencia de primera instancia, audiencia de sustentación de la apelación y fallo del *ad quem*, por considerar que los términos previstos por la ley para cada una de estos actos procesales, "están fijados con el fin de garantizar la libertad personal del sindicado", y por ser necesario la regulación de esta materia, en desarrollo de los principios de igualdad, debido proceso y libertad personal. La Corte, en esta oportunidad, se abstuvo de pronunciarse al respecto porque la omisión legislativa a la que se refirió el Ministerio Público, "se infiere de preceptos que no fueron demandados y que, además, no guardan la conexidad debida para conformar con el impugnado unidad normativa" (Sentencia C- 846 de 1999).

razonable, justo y proporcional" con el fin de evitar que la persona detenida preventivamente termine cumpliendo la pena en esta condición.

Si como se expresó antes (Supra, II, D, 2), los términos legalmente dispuestos para el cumplimiento de cada uno de los actos procesales son parte del debido proceso, y los mismos tienen como finalidad la salvaguarda de derechos y la eficacia de sus garantías, no hay razón alguna para descartar que la libertad debe proceder cuando se han rebasado los términos legalmente previstos por la ley para cada una de dichas providencias.

Finalmente, es preciso advertir que los criterios sugeridos en la sentencia C-774 de 2001, a efecto de que el juez fije los plazos de la DP – v.gr. "su duración en relación con la ofensa", "los efectos de la conducta punible", "la conducta del inculpaado"-, están informados de una lógica punitiva, por lo tanto, como ya se ha demostrado, carecen de estatus de razonables y proporcionales.

4. También es pertinente ocuparse de la legitimidad de la caución prendaria como requisito para obtener la libertad provisional,⁵³ a partir de los principios de "razonabilidad y proporcionalidad" como límites a la libertad de configuración del legislador. La Corte Constitucional en la sentencia C-316 de 2002, declaró inexecutable la expresión "uno" del artículo 369 de la ley 600 de 2000, que era la cuantía mínima de la caución prendaria para efectos de gozar de la libertad provisional, porque "a través suyo se llega a la paradoja de que para los más necesitados no se aplica el principio de la proporcionalidad y de que por esa vía, además, se desconoce también su derecho a la libertad personal, pues, como quedó establecido en la primera parte de la providencia, la ausencia de una alternativa no económica, como en el régimen anterior lo era la caución juratoria, hace imposible conservar en condiciones de igualdad los derechos procesales de los menos favorecidos".

Aunque el argumento es compartible, la caución carece en forma absoluta de legitimidad, por varias razones: la primera, porque en los

⁵³ Cfr. arts. 365, 366 y 369 de la ley 600 de 2000.

casos en que la libertad provisional procede porque el sindicado ha "sufrido en detención preventiva un tiempo igual al que mereciere como pena privativa de la libertad por la conducta punible que se le imputa" (art. 365-2), cualquier otra exigencia deviene desproporcionada.

La segunda, tiene relación con los eventos en los que la libertad provisional se otorga por haberse proferido a favor del sindicado la preclusión de investigación, la cesación de procedimiento o la sentencia absolutoria (art. 365 numeral 3º), en los cuales los requisitos sustanciales y formales para la medida de aseguramiento (DP) han desaparecido y, por el contrario, el Estado tiene la certidumbre o la plena prueba de que la conducta imputada es atípica, o que el sujeto no cometió el hecho punible, o que actuó en circunstancias constitutivas de no responsabilidad. Si esto es lo que se tiene como válido a nivel probatorio para este momento procesal, el obligar al procesado a una caución prendaria para obtener la libertad, constituye una exigencia desproporcionada, y por tanto ilegítima, porque los requisitos de la DP nunca se podrán aducir, entre ellos los "dos indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso" (art. 356).

Además, si cualesquiera de estas providencias tiene como fundamento que el imputado ha actuado en circunstancias de ausencia de responsabilidad, prolongar la DP por el mero incumplimiento de la caución prendaria, comportaría una vulneración a lo prescrito en el inciso 3º del artículo 356 de la ley 600 de 2000, el cual dispone que "no procederá la medida de aseguramiento cuando la prueba sea indicativa de que el imputado pudo haber actuado en cualquiera de las causales de ausencia de responsabilidad".

5. La "razonabilidad" y la "proporcionalidad", también están implicadas en los compromisos que debe suscribir el sindicado con motivo de la libertad provisional (Ley 600/2000, art. 368), cuyo incumplimiento da lugar a la revocatoria de la libertad (art. 367 *ibid.*). Desde la observación que hace la Corte Constitucional en el sentido de que la DP tiene límites como su necesidad conforme a los fines constitucionalmente admisibles, el que se imponga como *ultima ratio* y

que los supuestos que limitan la libertad estén definidos en forma clara, cabe hacer las siguientes observaciones a los compromisos prescritos por el artículo 368 del Código de Procedimiento Penal, para la persona a quien se le reconoce el derecho a la libertad provisional.

Inicialmente, debe advertirse que las antinomias más ostensibles han sido reconocidas por la Corte Constitucional. Una de ellas, cuando declaró inexecutable la parte del numeral 1 del art. 368, que le imponía al imputado la obligación de prestarle al funcionario judicial "*la colaboración necesaria para el esclarecimiento de los hechos*", con lo cual se le daba aval a una coerción institucional infame para obligarlo a autoincriminarse, a contribuir con la prueba en su contra, a acusar a sus familiares y a la delación, si fuera el caso.⁵⁴ La otra, cuando

⁵⁴ Cfr. Sentencia C- 776 de 2001. Es digna de especial mención la participación del Fiscal General, Dr. Alfonso Gómez Méndez, quien solicitó la declaratoria de constitucionalidad con el argumento de que el art. 2 de la Constitución Política prescribe como finalidades esenciales del Estado "asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo" y para alcanzar estos objetivos propios de un Estado de Derecho: "se hace necesario que la Constitución, dentro de parámetros de reciprocidad, y la ley en desarrollo de ella, consagren y garanticen derechos y libertades, y correlativamente imponga deberes y obligaciones, sin que ello implique hacer nulo o contradecir el ejercicio de los derechos de los ciudadanos". Esta perversión argumentativa que con el pretexto de la salvaguarda del Estado Social, encubre el aniquilamiento de las garantías de no autoincriminación, no incriminación a familiares, no obligación de delatar a nadie, la presunción de inocencia en su manifestación de regla del juicio y la carga de la prueba en cabeza del Estado, fue develada por la Corte Constitucional, que entendió cabalmente el quebranto a todos estos principios con la norma aludida, cuando expresó: "...el exigir que la presentación sea para prestar colaboración, que se repite, no es cualquier tipo de colaboración, sino la que el funcionario competente califique de necesaria para el esclarecimiento de los hechos, implica que en un momento dado se esté obligando al sindicado a declarar contra sí mismo, contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, conducta prohibida por expreso mandato constitucional (...). Agrégase a lo anterior, que en el proceso penal el sindicado se encuentra amparado por la presunción de inocencia, de tal manera que es al Estado a quien le corresponde la carga probatoria para su destrucción, y ello explica que el art. 250 de la Constitución asigne a la Fiscalía General de la Nación asumir, como función propia la de "investigar los delitos" para, cuando fuere el caso, acusar a los infractores ante los jueces competentes. De esta suerte, no puede imponerse al sindicado una "colaboración

declaró inexecutable el numeral 2º del artículo analizado, que imponía al liberado provisionalmente la obligación de "observar buena conducta individual, familiar y social".⁵⁵

Con fundamento en la concepción de que la presencia del imputado es necesaria en el proceso, se le imponen al imputado obligaciones como presentarse ante el funcionario judicial, informar todo cambio de residencia o su salida al exterior (art. 368, numerales 1, 3 y 4). La obligación de "presentarse cuando el funcionario competente lo solicite", la reputa justificada la Corte Constitucional, "porque se considera adecuada a la finalidad del proceso y en beneficio de la libertad del sindicado". Pero si el procesado realmente goza de la presunción de inocencia y, en consecuencia, tiene derecho a guardar silencio, a no autoincriminarse, a no ser objeto de la prueba,⁵⁶ no es "racional" aducir que dado que su presencia en el proceso le representa una ventaja en

necesaria" para el "esclarecimiento de los hechos", pues ese esclarecimiento le corresponde al Estado y resulta, altamente lesivo del derecho de defensa exigirle al justiciable una conducta cuya eficiencia, además, queda a la calificación del funcionario".

⁵⁵ Cfr. Sentencia C-371 de 2002. La inexecutableidad tuvo como fundamento, entre otras consideraciones, las siguientes: "En este contexto, resulta claro que las obligaciones que se imponen en la diligencia de compromiso no pueden ir más allá de aquello que sea necesario para asegurar los fines constitucionalmente admisibles de la detención preventiva"; y en este caso, el sindicado "no sabría cuál es el alcance de tal compromiso, ni cuáles los deberes jurídicos cuyo incumplimiento acarrearía la consecuencia de la pérdida de la libertad", además, "resulta inconstitucional que se impongan gravámenes que incidan sobre la libertad respecto de conductas que en otras circunstancias sólo tendrían consecuencias en los respectivos campos del ordenamiento, sea civil, laboral, policivo, disciplinario, etc".

⁵⁶ Es paradójico que en la sentencia C-776 de 2001, en la cual se decidió la constitucionalidad de este numeral, se cite en extenso la sentencia C-621 de 1998, en la cual se expresó lo siguiente: "Con base en la garantía constitucional sobre no autoincriminación, el silencio voluntario del individuo llamado a indagatoria se constituye en una forma de defensa y por tanto en un verdadero derecho de carácter fundamental que hace parte del debido proceso. Ante la evidencia de que contra la persona se inicia un proceso penal que eventualmente puede culminar en una sentencia en su contra, aquélla cuenta con la garantía constitucional que presume su inocencia. Es el Estado el que corre con la carga de la prueba y, en consecuencia, es de su resorte impulsar la actividad procesal orientada a establecer la verdad

su defensa —lo cual puede ser cierto— se le debe detener preventivamente para que ejerza de mejor forma este derecho. Aducir la salvaguarda de garantías para finalmente aniquilarlas, no deja de ser una osada paradoja.⁵⁷

Además, imponer la obligación de "hacer cesar los efectos dañosos de la conducta punible" (art. 368-5), a personas que gozan de la presunción de inocencia y que deben ser tratadas como tales, es una exigencia "irracional" y "desproporcionada", porque ninguna conexidad cierta y suficiente cabe afirmarse entre la obligación y el hecho imputado.

Incluso, en los eventos en que las obligaciones tienen relación con las razones procesales que fundamentan la DP, como es el caso de las relacionadas con las finalidades de "preservar las pruebas" o "proteger a las víctimas" (art. 368-5), debe afirmarse que la revocatoria de la libertad por su incumplimiento, deviene desproporcionada e irracional en eventos en los cuales la libertad se otorgó porque el tiempo transcurrido en detención preventiva era equivalente al de la pena imponible o porque a favor del sindicado se profirió resolución de preclusión, cesación de procedimiento o una sentencia absolutoria.

Por último, a la ley pareciere mortificarle reconocerle al sindicado su derecho a la libertad, por cuanto no contenta con la sanción de

de los hechos y a desvirtuar, si las pruebas que aporte y que se controvierten a lo largo del proceso se lo permiten, la presunción que favorece al procesado. De allí resulta que éste, quien no está en la posición jurídica activa, se halla exento de la carga de la prueba. No debe demostrar su inocencia. *Le es lícito, entonces, hacer o dejar de hacer; decir o dejar de decir todo aquello que tienda a mantener la presunción que el ordenamiento jurídico ha establecido en su favor. Y en esa actitud, que es justamente la que el debido proceso protege, le es permitido callar.* Más aún, la Constitución le asegura que no puede ser obligado a hablar si al hacerlo puede verse personalmente comprometido, confesar o incriminar a sus allegados..." (cursivas no originales).

⁵⁷ En antecedente importante de la instrumentalización de los derechos y sus garantías para negarlos, se encuentra en la sentencia C-364 de 1995, en la cual se analizó la norma que obligaba mantener detenido preventivamente hasta la sentencia, al capturado en flagrancia, por las contravenciones especiales de la ley 228 de 1995. Se concluyó que tal norma era executable, porque la privación de la libertad permitía al imputado defenderse, teniendo en cuenta el carácter oral y breve del proceso establecido en dicha ley.

revocatoria de la libertad por incumplimiento de las obligaciones impuestas, irroga además la sanción de multa, de uno a cien salarios mínimos legales mensuales (art. 368, parágrafo). Y como si lo anterior no fuera suficiente, trata al sindicado como culpable, porque no otra cosa cabe afirmar del hecho de que la multa pueda ser reclamada por la víctima "como parte de la indemnización de perjuicios" (art. 372).

III. La detención preventiva en las decisiones recientes de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia*

El art. 3º de la ley 600 de 2000, que tiene como título "Libertad" y el estatus de norma rectora, prescribe como fines de la detención preventiva "la necesidad de asegurar la comparecencia al proceso del sindicado, la preservación de la prueba y la protección de la comunidad".⁵⁸

La aplicación de esta normatividad, confirma todos los reparos que con base en ella se le han hecho a los discursos que pretenden justificar la institución de la DP. Y para una muestra de ello, se han seleccionado los fallos proferidos por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en vigencia de la ley 600 de 2000 y con posterioridad a la sentencia C-774 de 2001, porque desde esta corporación se trazan los lineamientos para los operadores jurídicos jurisdiccionales del país, tanto respecto de la interpretación de las normas como de las variables

* En este acápite, el autor expresa especial gratitud a las estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad EAFIT y auxiliares de la Revista Nuevo Foro Penal, señoritas Susana Escobar y Catalina Saldarriaga, tanto por la ayuda en la consecución y organización de las providencias como por sus sugerencias analíticas, algunas de las cuales se han prolijado y desarrollado en este escrito.

⁵⁸ El art. 355 del mismo estatuto, que regula los fines, prescribe que la medida de aseguramiento procederá "para garantizar la comparecencia del sindicado al proceso, la ejecución de la pena privativa de la libertad o impedir su fuga o la continuación de su actividad delictual o las labores que emprenda para ocultar, destruir o deformar elementos probatorios importantes para la instrucción, o entorpecer la actividad probatoria".

o factores que se deben tener en cuenta para determinar si la DP, es o no necesaria de conformidad con los fines "constitucionalmente admisibles". Además, si en las providencias de la Corte Suprema de Justicia se encuentran las graves contradicciones y antinomias que se van a relacionar, es razonable inferir que en los niveles inferiores de la jurisdicción las cosas pueden ser significativamente peores, sobre todo porque en éstos se ha entronizado, con honrosas excepciones por supuesto, un acriticismo servil ante los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia.

A continuación se procede a hacer un balance analítico de las providencias estudiadas, señalando las tendencias y sus características más relevantes, procurando referenciar los apartes de los fallos que sirven de fundamento a cada tesis.

A. *El carácter gaseoso y la equivocidad de los "fines constitucionalmente admisibles" para la DP, su anclaje en referentes teóricos peligrosistas, determinan que la selección de los criterios para inferir la necesidad o no de ella, sean igualmente equívocos, y además arbitrarios y propiciatorios de prácticas discriminatorias en la operatividad de dicho instituto.*

Esta tesis es demostrable tanto con los fallos en los que la Corte Suprema de Justicia consideró que la DP no era necesaria de conformidad con los fines prescritos para la misma, como con los de sentido contrario. Debe comenzarse el análisis con los primeros.

1. *Decisiones a favor de la libertad.* Entre ellas es muy importante la providencia del 17 de enero de 2002, Radicado 18911 (M.P. Fernando E. Arboleda Ripoll), en la cual se decidió revocar la detención preventiva proferida por esta misma corporación en contra de un exgobernador, investigado por los delitos de celebración indebida de contratos por desconocimiento de requisitos legales y peculado culposo. La revocatoria de la DP, tuvo como fundamento las siguientes razones: a) es predecible que no se fugará y comparecerá al proceso, porque los vínculos familiares, laborales y sociales "conducen a descartar

que pudiera tener intención de fugarse"; además, "a pesar de la gravedad de las imputaciones formuladas en su contra", el sindicado "se presentó voluntariamente al proceso cuando fue requerido (...) y se sometió a las condiciones de privación de la libertad que le fueron impuestas por el órgano jurisdicente"; y, como el sindicado tenía un antecedente penal, se consideró que el mismo no era indicativo de que el procesado evadiría la "eventual ejecución de la pena", porque las razones precedentes puestas en la balanza con ésta, tienen mayor peso; b) la libertad del imputado no pone en peligro a la comunidad y no afectará la prueba si se atiende su "...trayectoria profesional y política, y la naturaleza funcional de las conductas que se le imputan", o lo que es lo mismo, "...por haberse desvinculado de la Gobernación de San Andrés, se establece no sólo que no seguirá creando riesgos desaprobados jurídicamente, del tipo que le son imputados, sino que objetivamente no tendría posibilidad de desfigurar o desaparecer la prueba, o entorpecer la actividad investigativa en el presente asunto, pues precisamente por no ostentar en la actualidad dicha investidura no tendría acceso directo a las fuentes o medios de convicción de posible recaudo...".

También cabe mencionar en este grupo, la providencia del 18 de junio de 2002, Radicado 10.656 (M.P. Dr. Jorge E. Córdoba Poveda), en la cual la Corte Suprema revocó la detención preventiva, así el delito imputado fuera concusión, porque el sindicado "se puso a disposición de la Corte Suprema cuando así lo requirió esta corporación" y porque durante el tiempo que gozó de la detención domiciliaria en su residencia no se tuvo noticia de que hubiera incumplido las obligaciones conexas a la misma, de lo cual se infirió que "no hay ningún elemento que permita concluir que eludirá su comparecencia al proceso o colocará en peligro a la comunidad".

Por último, la providencia del 30 de noviembre de 2001, radicado 16.955 (M.P. Carlos E. Mejía Escobar), en la que se decidió revocar la DP vigente en contra de un fiscal acusado de prevaricato por acción, con fundamento en que las "características familiares, laborales y vínculos con la comunidad", permitían pronosticar que comparecería al proceso, no se fugaría y que no representaba peligro para la

comunidad. Interesa, además, destacar los criterios que en este fallo se sugieren para el pronóstico de si se hace necesaria la DP para evitar la fuga del sindicado: "No será igual el análisis y conclusión sobre la medida de aseguramiento de detención preventiva como mecanismo de impedimento de la fuga del sindicado en casos de delincuencia organizada que en los de ilicitudes individuales; o en la de procesados habituales que en la de ocasionales; tampoco lo será igual en delitos preparados ponderadamente que en aquellos pasionales; tampoco serán iguales los raseros para medir a quien obtuvo un enorme provecho económico de su actividad delictual que el que nada obtuvo u obtuvo poco; no hay que valorar igual la situación del procesado que tiene elementos de arraigo que el que carece de ellos".

La tesis aquí formulada adquiere fuerza con este grupo de decisiones, por las siguientes razones:

a. La "trayectoria profesional y política", los "vínculos familiares, sociales y laborales", los "elementos de arraigo" del sindicado, erigidos en criterios para inferir o no "el peligro de fuga" y consecuente con ello, la necesidad o no de la DP, a la vez que son conceptos carentes de certeza, dan pábulo indudablemente a procesos de criminalización discriminatorios, en perjuicio de las personas pertenecientes a los grupos sociales más estigmatizados o con mayor vulnerabilidad social, económica y política. Basta representarse un sindicado, cualquiera sea el delito imputado, con precarios estudios, sin familia "estable" que "lo ate" (desplazado, soltero, sin hijos, homosexual), que sufre el desempleo o trabaja en la informalidad —precisamente por políticas de deslaboralización y flexibilización que han gozado de especial apoyo del Estado—, sin vínculos fuertes de amistad o circunscrita a personas del barrio o del sector en donde trabaja, inconforme con la situación social y política del país, precisamente por su marginalidad y estigmatización, y preguntarse si tiene las mismas posibilidades de que su libertad se respete en caso de condicionarse la DP a los factores inicialmente señalados. Y si a ello se le suma un antecedente penal, es

seguro que el mismo tendrá una repercusión significativamente diferente al de los eventos aquí referenciados.

b. Otra variable determinante para la no imposición de la DP, porque no se cumplen los fines de "evitar la fuga" o lograr "la comparecencia del sindicado al proceso", lo fue el hecho de que el sindicado se presentara voluntariamente al proceso cuando fue requerido o se sometiera a las condiciones de privación de la libertad que anteriormente le habían sido impuestas por el órgano jurisdicente.

Si como expresión de los derechos a la defensa y a la presunción de inocencia el sindicado puede asumir diversos comportamientos en el proceso, como guardar silencio o una actitud pasiva, estos actos, por ser concreción de los derechos mencionados, no pueden erigirse en prueba de cargo, y mucho menos, en pretexto para agredir la libertad con el argumento de que son indicativos de un "peligro" de fuga o de cualquiera otra cosa.⁵⁹

Además, no se alcanza a vislumbrar racionalidad alguna en erigir la no presentación voluntaria o la contumacia como indicativas de "peligro de fuga" y, consecuentemente, en pruebas de la necesidad de la DP, por dos razones:

En primer lugar, no dejará de ser siempre injusto privar de la libertad a una persona para garantizar la imposición de una pena privativa de la libertad, cuando todavía son objeto de debate la existencia del hecho punible, la participación del sindicado, la entidad del injusto y la responsabilidad del sindicado, y por tal motivo no existe certeza de que el proceso terminará con una sentencia condenatoria, o de que ésta comporte una pena privativa de libertad cuya magnitud haga imposible la suspensión condicional de la pena privativa de la libertad. Además, hacer inferencias sobre que la persona se sustraerá

⁵⁹ No sobra insistir en que el derecho a la defensa material en cabeza del procesado constituye una potestad, y por ende, queda a su arbitrio, a su libre autodeterminación, el ejercicio real de la misma. Y que el interrogatorio coactivo del imputado, en una concepción del proceso no inquisitiva, no sólo resulta innecesario, sino además, ilegítimo. Cfr. más ampliamente sobre esto, Ferrajoli: 1995, p. 557.

a la pena, cuando la sentencia condenatoria, que es condición *sine qua non* de la misma, es apenas una hipótesis de trabajo, no deja de ser desproporcionado.

En segundo lugar, la doctrina calificada en materia probatoria coincide en despojar de cualquier significación probatoria a la *rebeldía procesal* o *contumacia* y al acto de fugarse, y más al tener presentes las características del sistema de justicia penal imperante, que ha hecho burla del carácter excepcional y de *ultima ratio* de la detención preventiva, que ha sido indiferente frente a las ominosas condiciones en que se cumple la privación de la libertad, y que por las graves falencias que ostenta incrementa en forma significativa el riesgo de error judicial. En este sentido, en la doctrina nacional, cabe destacar a Tocora López⁶⁰ y a Arenas Salazar.⁶¹ Y en esta misma dirección se han

⁶⁰ Tocora: 1989, p. 76, en donde denuncia el contraste entre la prescripción normativa del principio de la sana crítica como criterio rector para valorar la prueba, y la práctica judicial contaminada de prejuicios inspirados en la ideología de la defensa social (positivismo criminológico), que tiene especial proyección en materia de indicios, siendo la "rebeldía procesal" uno de ellos, que en el sentir del autor es ilegítimo porque "ignora el contexto real de una prisión lacerante en la que la violencia y la ofensa a la dignidad humana superan cualquier descripción: niegan al hombre sus sentimientos más auténticos, como el miedo, y a la vez su deseo de libertad (...). Lo que se hace al valorar tales circunstancias como indicios es castigar la desobediencia al poderío estatal; la falta de sumisión al Estado. Razones éstas que han avivado reconocidas teorías jurídicas de corte totalitario".

⁶¹ Arenas: 1988, pp. 109-110, quien respecto del valor probatorio del "indicio de clandestinidad", expresa: "...si queremos acertar en la estimación de este indicio, no podemos desconocer las condiciones propias del ser humano ni los perfiles característicos de una determinada sociedad y de un procedimiento penal. En nuestro medio podemos afirmar que el ciudadano no tiene las garantías suficientes frente a la justicia procesal penal. En primer lugar, la institución de la privación preventiva de la libertad es francamente oprobiosa. Sólo una profunda pérdida de la sensibilidad por los valores esenciales nos ha acostumbrado a sentir normal que a una persona se la prive de la libertad "provisionalmente" mientras se establece su responsabilidad (...). Un tercer factor, los requisitos para detener «preventivamente» son extremadamente laxos en contra del procesado (...) los procesos penales en nuestra sociedad son lentos y su duración nada tiene que ver con las normas penales que la regulan. Finalmente, los márgenes de error en la sentencia judicial son alarmantemente altos. Es decir que la calidad de administración de justicia deja mucho que desear,

pronunciado recientemente autores como Ferrajoli⁶² a quien se le suman los clásicos tratadistas en el tema de pruebas.⁶³

c. No hay la menor duda de que toda referencia a las características del hecho punible imputado como criterio para inferir si la DP es o no necesaria para "impedir la fuga del sindicado", sólo es posible si se invierte la presunción de inocencia por la de culpabilidad. Alusiones como las que se hacen en la sentencia del 30 de noviembre de 2001 (M.P. Carlos E. Mejía Escobar) a la "delincuencia organizada" o "individual", al "enorme, escaso o nulo provecho de su actividad criminal", a la "habitualidad" u "ocasionalidad, a la "preparación ponderada del delito" u origen pasional del mismo, para determinar la

porque ha sido política inveterada de los gobiernos colombianos relegar al olvido los servicios públicos de cuya prestación no derive un provecho personal, político-partidista inmediato (...). *De tal manera, eludir la acción de la justicia puede con frecuencia ser una salida desesperada de legítima defensa (...)* tampoco se puede desconocer lo que son nuestras cárceles, francamente inhumanas, de un hacinamiento que para animales ya sería cruel, y de mucho riesgo para la vida y la integridad física de los internos. La violencia carcelaria, admitida y fomentada por el Estado, no distingue encarcelado culpable del inocente y por igual los hace víctimas".

⁶² Cfr. Ferrajoli: 1995, p. 558: "El peligro de fuga, de hecho, está provocado predominantemente, más que por el temor a la pena, por el miedo a la prisión preventiva. Si el imputado no estuviera ante esta perspectiva, tendría, por el contrario, al menos hasta la víspera de la condena, el máximo interés en no escapar y defenderse. Es 'el rigor extremo de vuestro procedimiento criminal', exclamaba Voltaire hace dos siglos, 'quien le obliga a esta desobediencia'".

⁶³ Gorphe: 1995, p. 215: "Ni la falta de comparecencia, ni siquiera la fuga del imputado, prueban nada por sí solas: sólo poseen significado cuando se conoce su razón". Cfr. También, Framarino: 1945, p. 212, quien hace consideraciones sumamente sabias que advierten a los jueces del error y la injusticia que es tomar la fuga del imputado o la no comparecencia ante los jueces, como indicio de culpabilidad, lo cual también vale cuando de negar derechos se trata con fundamento en tales circunstancias: "...el inocente también huye o se esconde por natural perturbación del ánimo (...) el inocente huye y se esconde también por miedo a las vejaciones personales, a pesar de su inocencia; y este motivo infirmante tendrá tanta mayor fuerza, cuanto mayor sea la fuerza preponderante concedida a la acusación, cuanto más arbitrarios sean los jueces, cuanto más amenazadoras sean las prisiones preventivas, tormento de inocentes y de reos".

necesidad o no de la DP, carecen de toda pertinencia si en realidad al sindicado se le presume inocente, y por tal motivo, se le debe tratar como tal.

d. El "*peligro para la comunidad*", es el argumento más socorrido en los fallos para imponer la DP, y por ser un concepto sin referente empírico y, por tanto, no susceptible de verificación, deja a la discrecionalidad del juez tanto la selección de las circunstancias que sirven de fundamento a la inferencia, como la interpretación de éstas, lo que conduce a la indefensión del imputado, porque la refutación no es posible en juicios de esta naturaleza. Además, es un juicio más arbitrario que el de la peligrosidad, por cuanto éste para la inferencia lógica tiene como indicador un hecho cierto como lo es la sentencia condenatoria ya ejecutoriada, en cambio el juicio de "peligro para la comunidad", toma como "hecho indicador" una simple conjetura como lo es la imputación, que por muy grave que sea, no deja de estar referida a una persona que "racionalmente" se presume inocente.⁶⁴

Este fin, además, favorece tratos discriminatorios en las decisiones en las que se debate el problema de la necesidad o no de la DP. Repárese cómo en el primer fallo citado de la Sala Penal de la Corte Suprema, no obstante que el sindicado tenía antecedentes penales, se infirió que no representaba un peligro para la comunidad, por su "*trayectoria profesional y política*", y por estar desvinculado del cargo en cuyo ejercicio funcional surgieron las conductas que se le imputan, por lo que se concluyó no estaba en condiciones de realizar "*riesgos desaprobados jurídicamente, del tipo que le son imputados*". Sin embargo, en otros eventos citados a continuación, esta corporación al encarar el mismo problema, adujo que la circunstancia de que el imputado hubiere faltado a los deberes que le imponía el cargo, bastaba

⁶⁴ Por ello, le asiste la razón a Zaffaroni: 1986, pp. 145-146, cuando al constatar la variedad y falta de concreción de los criterios legales para imponer la DP, concluye que en la práctica éste es un "ámbito en que rige la mayor arbitrariedad judicial", con consecuencias nefastas porque "considerando el gravamen que causa la prisión o detención preventiva y el volumen de casos, es más grave que la arbitrariedad en la individualización y cuantificación penal". Cfr. igualmente, Reyes Cuartas: 1993, p. 556.

para inferir el "peligro para la comunidad" y la necesidad de la DP, así él hubiera sido separado del cargo y careciera de antecedentes penales.

2. *Decisiones que imponen la detención preventiva.* La tesis sostenida también es corroborada con las providencias en las que la Corte Suprema de Justicia concluyó que la DP era necesaria de conformidad con los fines prescritos para la misma. Los fallos paradigmáticos de esta línea argumental son los siguientes:

El primero, del 16 de julio de 2002, Radicado con el No. 19.659 (M. P. Dr. Jorge E. Córdoba Poveda), revocó la decisión de un tribunal que a su vez revocó la medida de aseguramiento de DP contra un funcionario judicial. Las consideraciones tenidas en cuenta fueron las siguientes: i) del hecho de que el procesado se hubiere presentado voluntariamente y cumplido con las obligaciones impuestas con la detención domiciliaria, *"lo único que puede inferirse es que posiblemente comparecerá al proceso y a la eventual ejecución de la pena privativa de la libertad"*; ii) y a partir de la siguiente caracterización del procesado *"Si tenemos en cuenta la naturaleza del delito que se le imputa al aquí procesado, consistente en ponerle precio a la función de administrar justicia y en feriar la dignidad del cargo en espera de remuneración, nos percataremos que se trata de una persona audaz y codiciosa"*, concluye que ella es indicativa de probabilidad de reincidencia y reclama la detención preventiva para la "protección de la comunidad", porque *"la gravedad, naturaleza y modalidades del reato imputado llevan a pronosticar que si pasó por encima de la ley penal, cuando tenía el deber especial de acatarla y de dar ejemplo a los demás, no la seguirá respetando y que, por ende, pondrá en peligro a la comunidad, al no estar en detención preventiva"*. Y culmina la providencia diciendo que la DP se justifica porque con ella se cumple el fin de prevención general, asunto que se tratará en el próximo acápite.

El segundo fallo, del 10 de octubre de 2002, Radicado 16.319 (M.P. Dra. Marina Pulido de Barón), mediante el cual se negó la libertad provisional a un exfuncionario de la Fiscalía, condenado en primera instancia por el delito de concusión, con fundamento en las siguientes consideraciones: a) se le reconoce que no tuvo reticencia alguna para

comparecer al proceso, ni incumplió las obligaciones derivadas de la detención domiciliaria, carece de antecedentes penales y no se tramita otro proceso en su contra; b) respecto de su vida personal, se acepta que "es un hombre de familia", integrada por su esposa y dos hijas, que requieren su presencia, circunstancia que en el sentir de la Corte "pone al descubierto una fuerte motivación para no eludir su comparecencia al proceso"; c) no se vislumbra que su libertad pueda comportar riesgo alguno para la prueba, por cuanto ya concluyó la actuación procesal relacionada con la misma. Pero después de afirmar todo lo anterior, niega la libertad provisional, aduciendo que la misma constituye un "peligro para la comunidad", por cuanto como fiscal trató de obtener "prebendas indebidas de una persona cuya situación judicial dependía de sus determinaciones", lo cual da pie para decir a la Corte que, *"con ello, ha demostrado la poca dignidad que le merece la función de administrar justicia, pues asumió comportamientos que demeritan la credibilidad que la ciudadanía tiene depositada en sus autoridades, como fundamento de la convivencia social. Y nada indica que no habrá de infringir nuevamente la ley penal"*. Termina la providencia expresando que comparte el fallo del 16 de julio de 2002, antes citado, en especial, la fundamentación de la DP en consideraciones de prevención general.

El tercero, del 11 de marzo de 2003, Radicado No. 13512 (M.P. Dr. Herman Galán Castellanos), le negó la suspensión de la DP a un sindicado que la había solicitado con base en haber cumplido más de 65 años, y padecer enfermedad de "alto riesgo". Al sindicado, un exfuncionario judicial, se le imputaba el delito de prevaricato, en un caso en que se investigaban delitos relacionados con el narcotráfico. Para negar la solicitud, se adujeron las siguientes consideraciones: *"Cuando se realizan comportamientos que se identifican como punibles de mayor gravedad, impacto y conmoción social, que merecen un reproche más drástico, debe concluirse que la comunidad resulta afectada, lo que lleva a que no pueda gozarse de ciertos privilegios procesales"*; y más adelante se agrega: *"Quien realiza estas conductas, revela ciertamente una personalidad proclive al delito, pues antepuso la ilegalidad por encima de la altísima misión de administrar justicia,*

sin importar la afectación que con su actuar conlleve a la credibilidad de los asociados en la administración pública y en las instituciones. Lo anterior conduce a pronosticar que si en su condición de servidor público irrespetó la ley cuando tenía el deber especial de acatarla y de dar ejemplo a los demás, necesariamente implica que, como particular, no la respetara y, por ende, sería contraproducente para la comunidad excluirlo de la detención preventiva".

El último, del 8 de mayo de 2003, Radicado 20.697 (M.P. Dr. Jorge Luis Quintero Milanés), le negó la detención domiciliaria a una exfiscal, sindicada de delitos en ejercicio de su cargo, con fundamento en las siguientes consideraciones: a) la procesada cumple con los requisitos objetivos previstos en la ley 750 de 2002, que consagró la detención domiciliaria para la mujer cabeza de familia —la sentencia C-184 de 2003, extendió los efectos a los hombres cabeza de familia— ; pero no cabe decir lo mismo respecto de los requisitos subjetivos que exige la misma ley, esto es, que sus circunstancias sociales, familiares, laborales y vínculos con la comunidad permitan afirmar que no colocará en "peligro a la comunidad"; b) que la libertad de la sindicada comportaba un peligro para la comunidad, porque la conducta imputada generó una gran "alarma social", "*sobre todo cuando la protagonista, de quien se espera sea paradigma del buen comportamiento, pues se trataba de una Fiscal, se dejó llevar por el ánimo de lucro y prefirió establecer un nexo entre lo indebido y la función judicial*", y porque la conducta desplegada que se infiere de la resolución de acusación, merece un amplio reproche a su comportamiento laboral, "*que desdice de su personalidad, pues no le importó lesionar la credibilidad de los asociados en la administración de justicia y el rol que desempeñaba en su desarrollo*"; c) por sus "desempeños", que "no son otra cosa que muestra de personalidad", que se infieren de "la manera en que el hombre interactúa como persona, al interior de su núcleo social, en el seno de su familia y en su ambiente laboral", es que resulta posible inferir que objetivamente su libertad representa un peligro para la comunidad.

Respecto de la argumentación de estas providencias, son procedentes las siguientes conclusiones:

- a. La aseveración sobre que la libertad del sindicado representa un "peligro para la comunidad", tiene como único fundamento, en todos los casos, la asunción de su plena responsabilidad en los hechos que se le imputan, con lo cual obviamente queda aniquilado su derecho a la presunción de inocencia.
- b. Se considera irrelevante que las personas no continúen vinculadas a sus cargos oficiales y, por el contrario, el hecho de que las imputaciones hubieren sido sobre conductas supuestamente realizadas durante el ejercicio de sus funciones, sirve a la corporación para hacer estigmatizaciones severas de los sindicatos y consecuente con ello, vaticinios negativos sobre la conducta general.
- c. No hay claridad en las providencias sobre el contenido del concepto "peligro para la comunidad", pues no se define si éste consiste en la posibilidad de que el sindicado en libertad realice conductas que transgredan bienes jurídicos similares a los "protegidos" por los tipos penales imputados, cualesquiera de las conductas descritas en el Código Penal o aquellas "reprobables" en el orden social, moral, ético. En algunos fallos, por el contrario, no hay duda de que el "peligro para la comunidad" no se hace consistir en la posibilidad de que el sindicado pueda afectar derechos o bienes jurídicos, sino en la posibilidad de que con la no imposición de la DP, los "ciudadanos honestos" pierdan la confianza en el Derecho Penal, en la administración de justicia o en el sistema socio político en su conjunto.

En conclusión, el "peligro para la comunidad" es un concepto cuya subjetividad e indeterminación propicia el uso de circunstancias supuestamente indicadoras —v.gr. la personalidad del sindicado—, susceptibles de ser permeadas por prejuicios sociales y políticos, razones de conveniencia personal o institucional —v.gr. el prestigio de la administración pública—, y decisiones motivadas por la valoración de cómo la "comunidad" o los "medios de comunicación" van a percibir o interpretar el fallo, con lo cual, la independencia judicial se desdibuja porque la jurisdicción se hace servil de los poderes mediáticos en unos

casos, o de la "opinión pública", en los otros. A ello se suma que garantías como la presunción de inocencia, que son triunfos ante el poder de las mayorías, pierden su fuerza vinculante, para ser interpretadas como cortapisas molestas e innecesarias en la cruzada por la "eficacia" y "dignidad de la justicia".⁶⁵

Y lo más grave es que este concepto resulta ser un comodín argumentativo que se extrae inesperadamente y se enrostra con sorna y prepotencia, cuando procesalmente se han vencido todos los discursos en pro de la DP, porque la misma no encuentra justificación alguna desde los fines estrictamente cautelares, como es el caso del "peligro de fuga" o "peligro de afectación de la prueba". Al constatar estas prácticas judiciales, se llega a la certidumbre de que Ferrajoli tiene toda la razón cuando afirma que la prolongación de la DP en estos eventos, "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, actor civil u otros interesados— manipulen la prueba".⁶⁶

⁶⁵ Cfr. Martínez: 1999, p. 47: "la creación de la inseguridad a través de la imagen masiva de la criminalidad violenta, es una permanente amenaza contra las instituciones democráticas y constituye en la práctica una agresión a los derechos humanos pues proporciona la opinión pública necesaria para grados aberrantes de tolerancia pública a violaciones de tales derechos y van precedidas generalmente de recorte a las libertades públicas". Y Hassemer: 1999, 41, quien luego de abordar la manipulación que se ha hecho de la percepción social de la violencia y el delito, la guerrerización del lenguaje con el que se los describe y que ha colonizado el mundo de la vida, y la consecuente construcción de sentimientos de inseguridad en la sociedad, concluye que: «Desde esta percepción, la sociedad que así piensa no puede dar un derecho penal que realmente sea una garantía de la libertad, verdadera "carta magna del delincuente", lo que ella necesita es una «magna carta del ciudadano», un arsenal de medios efectivos de lucha con el delito y de represión de la violencia. El delincuente tiende a convertirse en un enemigo, y el derecho penal en un «derecho penal de enemigos».

⁶⁶ Ferrajoli: 1995, p. 557. Y más adelante agrega, que es cierta la posibilidad alterar pruebas, incluso luego del primer interrogatorio, pero "ningún valor o principio puede satisfacerse sin costes. Y éste es el coste que el sistema penal debe estar dispuesto a pagar, si quiere salvaguardar su razón de ser" (ibíd., p. 558).

B. En acápites precedentes se ha hecho un esfuerzo analítico para demostrar que la DP constituye una pena, tanto por los derechos afectados, los presupuestos que se aducen para su legitimación, como por sus efectos prácticos, con lo cual no resulta cierto que con la misma se conserva incólume la presunción de inocencia. Con ello se querían sumar estas consideraciones a las reflexiones y llamados de atención de conspicuos pensadores sobre los peligros e inconsistencias del instituto. Pero las cosas han llegado a tal punto que hoy la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha introyectado de tal forma la lógica punitiva, que no guarda reticencia para fundamentar la detención preventiva en los mismos fines de la pena. Testimonio de ello es la providencia del 16 de julio de 2002 (M.P. Dr. Jorge E. Córdoba Poveda) ya referenciada, en la que se expresó lo siguiente:

"Es esa personalidad que puso el afán de lucro por encima de la altísima misión de administrar justicia y a quien no le importó afectar la credibilidad de los asociados en la administración pública y en las instituciones, la que lleva a la Sala a concluir que la prevención especial y la reinserción social, sólo se hacen posibles mediante la detención intramural"; y más adelante se agrega: "Y es precisamente la protección a la comunidad (...), la que permite afirmar que se hace indispensable la detención intramural, entendiendo el amparo no únicamente en el ámbito de la prevención especial sino de la general. Desde el punto de vista de la prevención general, la sociedad debe quedar notificada que la comisión de ciertos comportamientos, dada su particular gravedad, merecen ser tratados de manera drástica, no sólo para fortalecer su confianza en la prevalencia del derecho, desarrollar su actitud de respeto al ordenamiento jurídico y satisfacer su conciencia jurídica, sino porque un tratamiento benigno le llevaría el mensaje de que no hay proporcionalidad entre la lesión del bien jurídico y sus consecuencias penales, esto es, que no hay justicia, con una sensación de apertura a la impunidad, lo que estimularía a otros a seguir el mal ejemplo, pues tendrían la expectativa de que de ser descubiertos serían tratados en forma benévola y con preferencia".⁶⁷

⁶⁷ Respecto de esta sentencia, hay aclaraciones de voto de los magistrados Fernando E. Arboleda Ripoll y Carlos E. Mejía Escobar.

No cabe duda de que los fines de la pena, en especial la prevención general positiva y negativa, son el fundamento central y exclusivo del fallo para justificar la DP. Y si la doctrina procesal y constitucional tenían la esperanza de diferenciar la DP de la pena, a partir de prescribir fines distintos para una y otra, cuando se proclama la identidad de los mismos, como se hace en el fallo transcrito, quedan en evidencia —por falaces— las garantías que tienen como presupuesto que la DP no es una pena.⁶⁸

El temor de que argumentos como los transcritos hagan carrera en la jurisdicción nacional, obliga a relacionar las observaciones críticas que merece esta temeraria forma de legitimar la prisión preventiva en el país:

1. Sobre la fundamentación de la DP en la Prevención General Positiva

a. La versión de la teoría de la *Prevención general positiva*, que se prohija en el fallo es la *prevención* □ *integración*,⁶⁹ propia del funcionalismo sistémico, también conocido como *radical*, según la cual la infracción de la norma constituye alteración de la confianza de la sociedad en su validez o vigencia, y la aplicación de la pena, una respuesta a dicha alteración, para cohesionar la comunidad frente a la

⁶⁸ En el mismo sentido, Llobet Rodríguez: 1993, p. 525: "La distinción entre la prisión preventiva y la prisión en realidad sólo se puede hacer si se parte de los fines que persiguen una y otra. Si la prisión preventiva apuntara a los mismos fines que persigue la pena de prisión (o las medidas de aseguramiento), se convertiría en una pena (o en una medida de seguridad anticipada). Por ello le está vedado a la prisión preventiva perseguir la prevención general o la especial, ya que dichos fines deben ser perseguidos por el derecho penal sustantivo, pero no por el derecho procesal penal". Y Roxin: 2000, p. 514, quien luego de señalar que sólo los fines permiten diferenciar la coerción *material* de la *procesal*, concluye que si esta última aparece vinculada a los fines del derecho material, ello "no significaría más que *anticiparse* la ejecución de una sanción no establecida por una sentencia firme mientras se lleva a cabo el proceso regular establecido por la ley para posibilitar esa condena".

⁶⁹ Cfr. Baratta: 1984, 533 y ss.; del mismo: 1991, pp. 53 y 54; Terradillos: 1991, pp. 15-16; Ferrajoli: 1995, parágrafo 22.1, 274-275; García Pablos: 2000, pp. 149-150.

violación de la norma, ejercitar su reconocimiento por la generalidad, el fortalecimiento de la conciencia jurídica, el aumento de confianza y fidelidad en el derecho y en el sistema social y político del cual éste hace parte, y para la aceptación por parte del infractor de las consecuencias de su comportamiento.⁷⁰

Consecuente con este referente teórico, la Corte Suprema de Justicia concluye que la DP no se impone con el fin de proteger bienes jurídicos —lo cual supuestamente se logra previniendo los delitos a través de la intervención sobre la libertad del imputado, considerado potencial delincuente—, sino para restaurar y fortalecer la confianza de los "ciudadanos honestos", quebrantada por el delito, en la legitimidad, vigencia y eficacia del sistema penal y del sistema sociopolítico del que éste hace parte. Todo ello, supuestamente, se logra porque la DP actualiza ejemplarmente la vigencia de los valores violados, refuerza la convicción colectiva en torno a la trascendencia de los mismos y fomenta los mecanismos de integración y de solidaridad social de los ciudadanos honestos frente al infractor y su conducta.

Y si antes se cuestionó toda pretensión de subordinar la imposición o el plazo de DP a la gravedad del delito, tanto porque este fundamento es inadmisibles respecto de alguien que se presume inocente, como porque tal gravedad es inferible de la arbitraria jerarquización institucional de bienes jurídicos, ahora se acude a fundamentos todavía más deleznable para los derechos fundamentales, como lo son condicionar la imposición de la DP a las conjeturas que se hagan sobre la repercusión que la misma pueda tener en la "opinión pública", si ésta se va sentir defraudada o insegura con la no imposición de la DP, o si por el contrario, le resulta indiferente o interpreta la libertad como un acto necesario de justicia.

Al utilizar la Corte Suprema la "opinión pública" como criterio fundamentador de la DP, asume como cierto e indiscutible el carácter consensual de la sociedad colombiana, que la concibe sin intereses antagónicos, sin desigualdades materiales, sin diversidad cultural, no

⁷⁰ Cfr. Jakobs: 1997, pp. 8-14.

pluralista y sin clases sociales. Es sólo sobre esta falacia que la "opinión pública" —o el "sentir de la comunidad" o el "sano sentimiento del pueblo"— pueden jugar un papel en la materia tratada. E incluso en el supuesto de que la opinión pública sea verificable y unívoca en el caso concreto, de todas formas cabe objetar que la misma puede ser sesgada, prejuiciosa e injusta, por ser susceptible a manipulaciones de parte de los diversos actores que se disputan el poder en el escenario político (v.gr. el gobierno, la clase política, los gremios, los medios de comunicación, Estados extranjeros, organismos internacionales, etc.),⁷¹ cuyos intereses pueden motivar a una atención sesgada de la comunidad sobre determinadas formas de "criminalidad" o de "violencia" de los grupos sociales más vulnerables social, económica y políticamente, y correlativamente, una apatía, indiferencia e incluso, la convalidación de violencias estructurales, institucionales, y formas de criminalidad propia de actores poderosos, garantizando para todas ellas la impunidad, todo lo cual ha sido puesto al descubierto por la criminología liberal y, más fuertemente, la crítica.⁷²

Así mismo, el sistema de justicia penal tiene en la selectividad su característica estructural y más sobresaliente, y la DP por ser una de sus instituciones, no se sustrae a la misma suerte del sistema del cual hace parte. Y si el estado actual de cosas con la detención preventiva

⁷¹ Cfr. Baratta: 1991, p. 51, quien al aludir a las formas de legitimación del poder y del derecho estatal en el funcionalismo sistémico, concluye que con el mismo la democracia es sustituida por la comunicación entre "políticos" y su público, o sea, por la tecnocracia, y cuando ésto sucede, la política toma cada vez más la forma del espectáculo, en la cual «las decisiones y los programas de decisión se orientan no tanto a modificar la realidad, cuanto a modificar la imagen de la realidad en los espectadores: no tanto a satisfacer las necesidades reales y la voluntad política de los ciudadanos como más bien, a seguir la corriente de la llamada opinión pública». Hassemmer: 1999, pp. 9-13 y 26-33.

⁷² Cfr. Aniyar de Castro: 1988, pp. 57-58, quien describe magistralmente las construcciones sociales que realizan los medios de comunicación, lo cual tiene plena pertinencia en el tema que nos ocupa: "Los medios construyen la realidad social, al fragmentar, descontextualizar, y vaciar de significación (y por lo tanto de su explicación y comprensión) a la realidad tal cual es (...) contribuyen a la construcción social del delincuente, al conformar un estereotipo diferencial de delincuente (...). El sentimiento de inseguridad

es grave, no obstante todos los esfuerzos realizados para construir diques que restrinjan su extensión y selectividad —como son definirla como medida exclusivamente tutelar y legitimarla sólo en la medida que cumpla finalidades del mismo orden—, la situación se convertirá en catastrófica cuando sean los prejuicios religiosos, sociales, culturales o políticos, o los intereses de grupos hegemónicos en lo cultural o en lo político, los que determinen cuando la misma es necesaria para devolverle la confianza a estos poderes en la "vigencia" y eficacia del derecho, y en el sistema sociopolítico.

Y a ésto cabe agregar que la decisión judicial informada de tales criterios, tendrá como fundamento sólo supuestos, conjeturas e invenciones, carentes obviamente de base empírica y de posibilidad de verificación, con lo cual desaparece cualquier posibilidad de control sobre la misma, por no ser susceptibles de refutación.

b. Esta manera de fundamentar la DP propicia la construcción de "chivos expiatorios", cuya utilidad para el sistema social y político ha sido develada hace mucho rato por plurales y calificados estudios científicos, que señalan, entre otras, las siguientes funciones:

i) Da pábulo a un maniqueísmo peligroso, porque los individuos pasan a clasificarse en "ciudadanos-fieles" o en "delincuentes-enemigos", llenando de estigma a estos últimos, recortando con ello sus derechos, propiciando su marginalidad y vulnerabilidad, contribuyendo a la

relacionado a un solo tipo de delincuente, se amplifica hacia toda una clase social, a la cual se le temería globalmente, creando un rechazo generalizado ante ella y canalizando la agresividad colectiva hacia la misma, en vez de hacia los detentadores del poder. Ello a su vez, quiebra la solidaridad intraclase. El sentimiento de inseguridad colectivo atrae la atención del gran público, desviándola de otros tipos de conductas antisociales y de problemas sociales de mayor envergadura (...). El sentimiento de inseguridad creado por los medios sirve para que el Estado pueda implementar medidas autoritarias («operativos», leyes represivas, militarización del orden público)...todo ello con el consenso colectivo». Cfr. también: Baratta: 1989, pp. 447-449: "la inmunidad y no la criminalización, es la regla en el modo de funcionamiento del este sistema", y ambas "son realizadas generalmente por los sistema punitivos según la lógica de las desigualdades en las relaciones de propiedad y de poder"; Muñoz Conde; 1999: p. 34; Hassemmer: 1999, cap.III, pp. 39-50.

ruptura de sus lazos sociales, disgregándolos de la clase social a la que pertenecen y justificando un ensañamiento del control social punitivo en su contra.

ii) Le permite a los "ciudadanos de bien", a los "fieles al derecho", redefinirse públicamente como tales, a partir precisamente de la invulnerabilidad que les confiere su poder respecto del sistema penal. Sus conductas, por mucha gravedad que comporten, generalmente son interpretadas como producto de "lógicas del sistema" o de "imperativos funcionales", no dignas de criminalización o, en último término, bagateladas más propias del terreno de la moral privada. Por lo tanto, el reproche más grave para esta manera de legitimar las coerciones punitivas — tanto la pena, como la pena provisional o DP— es de carácter ético, por otorgarle aval a una de las notas más afrentosas del sistema penal, como es su carácter desigual, y contribuir precisamente por esto, a la perpetuación de tal situación.⁷³

iii) El sacrificio del detenido preventivamente, el dolor que se le inflige, se lleva a cabo como elemento funcional de supervivencia del sistema, que exige representaciones públicas del orden existente y el restablecimiento de la confianza en el mismo, de todos los asociados.⁷⁴ Consecuente con esto, en la selección de los "chivos expiatorios" de la DP, la cual opera desde la ley procesal penal y se profundiza en el proceso, poco importa el acto que se le imputa al sindicado o las circunstancias personales que pudieron influir en él, sino que lo que

⁷³ Zaffaroni et al: 2000, §6 III, p. 4: "No es posible afirmar que la criminalización del más torpe, mostrada como tutela de los derechos de todos, refuerce los valores jurídicos: es verdad que provoca consenso (en la medida que el público lo crea), pero no porque refuerce los valores de quienes siguen cometiendo ilícitos, sino porque les garantiza que pueden seguir haciéndolo, porque el poder seguirá cayendo sobre los menos dotados. El consenso respecto de quienes ejercen poder dentro de una sociedad no se produce porque les refuerce valores que niegan sino porque les refuerza su inmunidad ante el poder punitivo".

⁷⁴ Cfr. Baratta: 1991, p. 53, quien afirma que esta teoría "no conoce otra necesidad humana que aquella de la estabilidad del sistema de las relaciones sociales y en la cual, por este motivo, la cuestión del contenido de ésta y por consiguiente todos los otros deseos humanos, incluso el de la justicia,

interesa es su funcionalidad a los fines del sistema, esto es, que la violencia punitiva que contra él se ejerce sirva para aplacar las demandas de "seguridad" y "orden" que la "opinión pública" le formula al sistema, con el fin de que "la comunidad" se sienta confiada y segura en éste, legitime su existencia y la de las instituciones que lo representan. Incluso, no es inusual que la DP en sede del proceso también se imponga porque los órganos de la jurisdicción son proclives a la simpatía o los aplausos de los sátrapas, la compañía o la amistad de los cortesanos, a las prebendas de los poderosos, e incluso, por qué no decirlo, al terror que produce el síndrome del prevaricato.

Todo ello comporta una violación a la dignidad humana, porque al sindicado se le cosifica, se le despoja de su estatus de fin en sí mismo, al erigirlo en simple instrumento para objetivos institucionales, "colectivos" u oportunistas.⁷⁵

En las providencias estudiadas, por ejemplo, se observa una actitud particularmente severa, que raya con la crueldad, con los sindicados que han tenido la condición de funcionarios judiciales. No cabe la menor duda de que los que llegan a esta instancia del proceso, constituyen una muestra insignificante y poco representativa de los fenómenos graves de corrupción que acontecen en la jurisdicción, entre los cuales podríamos relacionar, entre otros, los siguientes: 1) la falta de voluntad política para implementar la carrera administrativa en la Fiscalía, con la intención de hacer de ella un fortín politiquero, violando el derecho constitucional a concursar, a la estabilidad laboral, al ascenso

no encuentran sitio" (1988, p. 41); y Ferrajoli: 1995, p. 275, anota que dicha teoría al subordinar al individuo a las necesidades funcionales del sistema, "se acompaña inevitablemente de modelos de derecho penal máximo e ilimitado, programáticamente indiferentes a la tutela de los derechos de la persona".

⁷⁵ Londoño Jiménez: 1993, p. 65: "...el sujeto de la coerción procesal no puede ser utilizado por la ciencia del derecho como instrumento para acallar las protestas de la opinión pública respecto de un crimen que por sus características especiales ha perturbado hondamente la conciencia social (...) la justicia se estaría valiendo de quien tiene apenas el calificativo de sindicado para ofrecer con ello una prueba de que el delito no quedará en la impunidad...".

y a la calificación profesional de quienes integran esta corporación judicial; además, ello comporta el aniquilamiento del derecho de todos los colombianos a un "juez natural", porque este estatus sólo lo merecen quienes demuestren idoneidad, imparcialidad e independencia; 2) el silencio, la apatía, la indiferencia y hasta la connivencia frente a formas de violencia institucional como la tortura; 3) la convalidación, con el pretexto de la guerra o de la emergencia, de las detenciones arbitrarias y las pruebas ilegales; 4) las coacciones contra funcionarios judiciales, por vía de la figura del prevaricato, para obligarlos a prohijar los sentidos o significados normativos que mayor sacrificio comportan para la justicia y los derechos humanos.

Esta lista, que podría ser más prolífica, basta para demostrar que la etiqueta de "corrupto" se impone de manera sesgada, y si se interpreta la misma desde la responsabilidad política, jurídica y ética que le corresponde a la jurisdicción en la tutela de los derechos humanos, sería escasa y quizá ninguna la legitimidad para expresar indignaciones y reproches jurídicos con ensañamiento.

c. Fundamentar la prisión preventiva en la prevención general positiva (prevención-integración), es una forma de legitimar el derecho penal simbólico,⁷⁶ conforme al cual el sistema de justicia penal no está para

⁷⁶ Cfr. García Villegas: 1995, pp. 309-309; del mismo: 1993, p. 303, para quien toda norma jurídica, como "discurso institucional depositario del poder de nominación y de delimitación de lo legal y lo justo", tiene una función simbólica (*función simbólica en sentido general*), por lo que es posible afirmar que la eficacia instrumental, no es ajena a la idea de representación y de símbolo, pues para lograr sus funciones instrumentales es necesario su conocimiento y la representación de su obligatoriedad, por parte de destinatarios y aplicadores. Pero en su forma más específica, por *función simbólica* se entiende la estrategia deliberada de las instancias creadoras o aplicadoras del derecho, que consiste en desconocer los objetivos normativos (declarados, aparentes) en beneficio de otros objetivos realmente deseados (no declarados, latentes). En este último sentido, "Cuando en el derecho la forma simbólica prevalezca sobre el contenido instrumental de la norma, se puede afirmar que la eficacia de la misma es de tipo simbólico". Cfr. También, Hassemmer: 1991, p. 30, para quien la discrepancia entre las funciones manifiestas y latentes, o entre la efectividad y el prestigio, no basta para caracterizar un derecho penal como simbólico; es necesario

proteger "derechos fundamentales o "bienes jurídicos", que es lo que supuestamente le da razón de ser a su existencia,⁷⁷ sino que sus funciones reales son otras, generalmente silenciadas, encubiertas, mimetizadas por el discurso oficial y por el derecho positivo. Y, retomando las funciones simbólicas que los penalistas y criminólogos le asignan a la pena, que desde el enfoque teórico propuesto no reviste dificultad alguna para imputárselas a la detención preventiva, por ser ésta también una pena, se puede afirmar que con su consagración legal y con su imposición, se persiguen entre otras, finalidades como las siguientes:

i) Significarle a los ciudadanos el interés Estado por sus necesidades fundamentales, y por lo tanto, que está haciendo todo lo posible y con todos los medios a su disposición por satisfacerlas, encubriendo

además, el elemento "engaño", ésto es, la falsa apariencia de efectividad e instrumentalidad. Por "engaño" no entiende una determinada disposición (motivos e intenciones históricas del legislador), sino una cualidad objetiva de la norma, que hace que pueda esperarse que realice a través de su promulgación y aplicación, más que los objetivos declarados, otros diferentes a los descritos en la norma. Baratta, 1991, p. 54, por su parte entiende que este "engaño", no es tanto un complot de los "políticos" para poner en jaque su público, sino una manifestación «del jaque en el que se encuentra el sistema decisonal público, a causa de las disfunciones que abarcan la estructura política y comunicativa de la sociedad».

⁷⁷ Cadavid: 1998, pp. 110-147, especialmente pp. 130-135; Velásquez: 2002, pp. 48-54; Fernández: 2002, pp. 244-247; García Pablos: 2000, p. 148. Críticamente: Baratta: 1991, p. 51: "En realidad la pretendida función instrumental del derecho ha servido siempre para desplazar en sentido extensivo aquellos límites, a ocultar las funciones simbólicas y políticas y de la acción punitiva, a mitificar la realidad de la pena como violencia institucional y su función latente, o sea, la de reproducir el subsistema de la justicia penal (correspondida su propia clientela) y servir a la producción ideológica y material de las relaciones de desigualdad en la sociedad". En consecuencia propone como reto al actual derecho penal de los estados democráticos, el "ser coherente con sus principios garantistas: poner una técnica rigurosa de limitación de lo que tal vez en un tiempo parecía una función útil y que hoy, cada vez más, aparece como la violencia inútil de las penas. Esto presupone un uso instrumental del derecho penal libertado de la ilusión de la instrumentalidad de la pena".

con ello la falta de política al respecto, la deficiencia de ella, o la ausencia de interés para la resolución de un problema, con lo cual éste no sólo subsiste sino que se agudiza y profundiza con la "huida hacia el sistema penal".⁷⁸

ii) Cuando excepcionalmente se impone a una persona o grupo generalmente inmunes al poder punitivo, se hace para generar una sensación de igualdad entre los ciudadanos, significándoles que el sistema penal, como lo prescribe el ordenamiento, no hace excepciones por la condición económica, social o política de los imputados, y que los débiles no están abandonados a su suerte en el sistema, con lo cual se le legitima por su supuesta igualdad y eficacia.

Pero, como señala Terradillos,⁷⁹ la virtualidad mistificante de la norma penal no se agota en la falsa apariencia de efectividad. Ella misma se procura lograr con base en el reforzamiento de los mecanismos represivos, con lo cual se logran otros efectos, que tienen como común denominador, reforzar el poder represivo a través de la falsa imagen de que él es la respuesta adecuada al delito, o, lo que es lo mismo, que el crimen no responde a factores sociales a los que se debe hacer frente con los amplios programas de renovadora política social, sino a decisiones del criminal frente a las que no queda otra salida que la reacción social institucional enérgica.

⁷⁸ En el mismo sentido, el salvamento de voto a la sentencia C-557 de 1992, de los magistrados Ciro Angarita Barón y Alejandro Martínez Caballero, en el que respecto al Decreto de Conmoción Interior 1156 de 1992, que prohibió la libertad provisional y agredió el *habeas corpus*, para los procesados por los delitos de competencia de la jurisdicción regional, expresó: "*El Estado, so pretexto de luchar contra el narcotráfico, el narcoterrorismo y los magnicidios, ha producido una legislación y puesto en operación una jurisdicción especial, costosa y sofisticada, que beneficia al narcotráfico y perjudica delincuentes comunes. Es un ejemplo típico de derecho simbólico, cuya ineficacia implícita permite tranquilizar a la sociedad, al tiempo que no se actúa realmente contra los factores de desestabilización del orden público y la tranquilidad ciudadana*". Cfr. Además, Bustos Ramírez: 1991, pp. 101 y ss.

⁷⁹ Terradillos: 1991, p. 11.

iii) La intervención punitiva cumple la función de generar consenso y cohesión social en contra de determinados "delitos" y "delincuentes", a quienes se les endilga, tanto a ellos como a sus actos, el ser los responsables de la "inseguridad ciudadana" y el "desorden público". Y ante el fracaso recurrente de las funciones instrumentales del sistema, la "alarma social" generada por tal situación es aprovechada para que el ciudadano comprenda que para enfrentar la "inseguridad", es legítimo y necesario que tolere, soporte y hasta aclame las restricciones y el aniquilamiento de las garantías y derechos del Estado Social y Democrático de Derecho, al concebirse los mismos como talanqueras inútiles que entorpecen la voluntad política auténtica de enfrentar la "impunidad".⁸⁰

En esta forma sesgada de interpretar la conflictividad colombiana, también subyace el interés de sustraer la atención ciudadana sobre otras formas de "inseguridad ciudadana"⁸¹ que tienen como protagonistas a otros actores, como las generadas por las violencias *estructural* (representada por el desempleo, el subempleo, la miseria, la pauperización, la privatización de la seguridad social, etc.), *institucional* y *oficial*, la corrupción administrativa, e incluso, la inseguridad jurídica que entroniza *la peligrosidad del sistema penal*,⁸² al romper los diques normativos establecidos para el control del poder policial y judicial, fórmula utilizada como solución aparente, fácil y poco onerosa, a los

⁸⁰ Cfr. Andrés Ibáñez: 1991, pp. 4-6.

⁸¹ Cfr. Aniyar de Castro: 1992, pp. 37-38, para quien en el concepto "inseguridad ciudadana" la expresión «ciudadana» alude al escenario donde se desenvuelven las relaciones entre individuo y el Estado, por lo que el mismo abarca tanto el poco grado de «previsibilidad razonable frente a la facultad punitiva del Estado», como también la falta de certeza "en las actitudes proactivas del Estado frente a las necesidades elementales de los ciudadanos (techo, trabajo, salud, alimento, educación), y también el derecho a la otra seguridad, la individual". Cfr. También: Baratta: 1989; Martínez: 1995, pp. 3-32. Londoño Berrío y Angarita Cañas: 1997.

⁸² Expresión usada por Zaffaroni et.al.: 2002, p. 375, para denotar las muertes y agresiones a los derechos humanos de las personas prisionalizadas. Aquí tiene un sentido más amplio, comprensivo de todas las personas y de todos los derechos fundamentales que el sistema penal limita o aniquila, incluso contraviniendo sus propias fuentes de legitimación.

conflictos generados por los procesos de marginalidad social y económica propios del modelo de desarrollo.⁸³

d. El discurso de prevención general positiva de la pena de la Corte Constitucional es tributario del funcionalismo sistémico, que suscribe una concepción organicista del sistema político, al concebirlo como ente autónomo, autorreferencial, y fin en sí mismo, con lo cual los intereses relacionados con su existencia, estabilidad y reproducción se erigen en valores, en principios supremos o en derechos fundamentales de carácter colectivo. De esta forma el Estado es "idealizado como personificación de toda la sociedad y como síntesis de razón, de valores y de intereses sociales generales".⁸⁴

Conforme con tales postulados, subsistemas como el derecho penal, y las coerciones institucionales de contenido punitivo que hacen parte de él como la pena y la detención preventiva, no encuentran límites ni restricciones en referentes axiológicos como los derechos fundamentales, los cuales quedan minimizados para dar pábulo a una racionalidad instrumental que los valora y legitima por su funcionalidad para el sistema, esto es, por su contribución al mantenimiento del equilibrio interno del sistema, lo que implica, como lo relievra Zaffaroni, "una legitimación *a priori* del sistema y de su equilibrio, que no admite

⁸³ Zaffaroni: 1994, pp. 113-114: la «ideología de la seguridad urbana» viene a ocupar el espacio ideológico dejado por la "ideología de la seguridad nacional". En ésta como en aquélla, el valor "seguridad" se absolutiza, y para su consecución es legítima la «guerra contra la criminalidad» sin barreras, ni controles, por la entidad del enemigo: "el *maligno* al que, por su poder extraordinario, es necesario también combatir por medios *extraordinarios* que, para la ideología de la *seguridad urbana* son la tortura, la delación, la instigación a la traición, la inquisición, la incomunicación de detenidos, la limitación de la defensa, la tipos de peligro abstracto y remoto, las presunciones *juris et de jure*, los fusilamientos sin proceso, etc.". Zaffaroni et.al.: 2002, pp. 16-17, donde reitera que "el discurso público de la seguridad ciudadana como ideología (...) se erige como una de las más graves amenazas al estado de derecho", y tiene, entre otros efectos, el desacreditar los discursos limitadores de la violencia y devaluar las actitudes y discursos de respeto por la vida y la dignidad humanas.

⁸⁴ Ferrajoli: 1995, p. 882.

réplica".⁸⁵ Correlativo con esto, el individuo no es asumido en su subjetividad, sino que se lo representa como un elemento estructural más del sistema, o como un subsistema situado en el entorno del sistema social, con consecuencias políticas sumamente graves por cuanto los derechos y sus garantías, son reconocidos en tanto vienen atribuidos por éste, y por tanto pueden sacrificarse –funcionalizarse– en aras del interés superior de la perpetuación del todo social. De esta forma, el derecho es opuesto al individuo, no es su derecho, sino el derecho del sistema.⁸⁶

Todo este andamiaje teórico termina legitimando un modelo de derecho penal máximo e irrespetuoso de los derechos fundamentales de la persona humana, entre ellos el de la dignidad, al negarle a ésta el estatus de fin en sí misma, cosificándola al ponerla al servicio de las necesidades funcionales del sistema. Por ello cabe decir con Zaffaroni que la teoría sistémica de la sociedad, en su versión más organicista, además de inmoral, es antidemocrática y reaccionaria.⁸⁷

⁸⁵ Zaffaroni: 2000, p. 332. Cfr. en el mismo sentido, Alcácer Guirao: 2001, p. 241, quien al referirse al funcionalismo sistémico concluye que, "Esta sociología ha tratado de hacer un análisis del derecho eliminando toda referencia a valores, para atribuirle sentido de valor con criterio funcional de autojustificación del sistema o de su conservación. Todo elemento del sistema es valorado en base a su funcionalidad para la estabilización del mismo, la racionalidad valorativa, por ser criterio de legitimación independiente de la satisfacción de resultados, no tiene cabida en la argumentación sistémica, sino que los principios éticos y las garantías limitativas obtendrán su vigencia y su contenido en tanto en cuanto sean funcionales al fin de la conservación del sistema"; García Pablos de Molina: 2000, p. 499.

⁸⁶ Alcácer Guirao: 2001, p. 240; García Pablos de Molina: 2000, p. 499; Velásquez: 2002, p. 190; Zaffaroni: 2000, 333, quien concluye que en la teoría sistémica de Luhmann, los valores son reducidos al «equilibrio del sistema» y "todo el resto se relativiza, quedando degradados a valores instrumentales que es posible tomar o desechar, según resulte funcional para ese equilibrio (o sea para el sistema), aceptando esta sustitución constante mediante los llamados equivalentes funcionales".

⁸⁷ Zaffaroni: 2000, pp. 330-331. En el mismo sentido, Velásquez: 2000, p. 190.

2. Sobre la fundamentación de la DP en la Prevención General Negativa

Al intento de los fallos de justificar la DP en argumentos informados de la *prevención general negativa*, corresponde inicialmente señalar que es un modelo de justificación del derecho penal, que concibe la ley penal y la irrogación de la pena —y ahora, con los fallos de la Corte Suprema, la detención preventiva—, como un mensaje disuasivo dirigido a crear una contramotivación a los potenciales transgresores. Las observaciones críticas a la misma son diversas: en primer lugar, por ser una legitimación instrumental de la pena y del derecho penal, se le exige eficacia para su legitimación, pero con muchos argumentos se señala que ésta es una hipótesis empírica no verificada ni verificable.⁸⁸ En segundo lugar, una concepción semejante sobre el fin de la pena, legitima intervenciones punitivas guiadas por la máxima severidad y, sobre todo, desprovistas de cualquier certeza o garantía, porque una práctica informada por la función disuasoria de la *pena ejemplar*, puede desembocar en castigos discrecionales y desiguales, dependientes de la "alarma social" o de conveniencias políticas, lo que comporta erigir al condenado en "chivo expiatorio" y la reducción de la razón jurídica a la razón política o de Estado, que siempre tiene como resultado el "terrorismo penal".⁸⁹ Pero la objeción principal a la misma, es que la idea de la función preventiva a través de la ejecución de la *pena ejemplar*, queda expuesta, como ninguna otra teoría utilitarista, a la objeción Kantiana según la cual ninguna persona puede ser utilizada como un medio para fines que le son ajenos, por sociales y loables que sean. Sería por lo tanto, una justificación inmoral.⁹⁰

⁸⁸ Baratta, 1986, p. 85; del mismo: 1991, 48. Zaffaroni et. al.: 2000, 55, § 6 II, pp. 2-5; Posada y Hernández: 2001, p. 70.

⁸⁹ Cfr. Ferrajoli: 1995, p. 276. Así mismo Zaffaroni et al.: 2000, p. 56: "En el plano político y teórico esta teoría permite legitimar la imposición de penas siempre más graves, porque nunca se logra la disuasión, como lo prueba la circunstancia de que siempre se siguen cometiendo. De este modo, el destino final de este sendero es la pena de muerte para todos los delitos, pero no porque con ella se logre la disuasión, sino porque agota el catálogo de males crecientes con que se puede amenazar a una persona".

IV. Conclusiones

1. La sentencia comentada se inscribe en el paradigma teórico funcionalista, en su versión moderada, el cual a la vez que reconoce las necesidades de estabilidad y equilibrio del sistema, considera que las mismas tienen como límites valores y principios que éste debe salvaguardar. Consecuente con este referente teórico, la tensión dialéctica en el campo de la DP se resuelve en la sentencia otorgándole justificación, pero condicionándola a que la cumpla con determinadas finalidades reputadas "constitucionalmente admisibles". Y si bien es cierto, con anterioridad a la ley 600 de 2000 nuestro ordenamiento jurídico disponía de referentes normativos claros y suficientes para llegar a conclusiones similares, al punto que la Corte constitucional ya los había desarrollado, sólo hasta ahora tal argumentación se hace explícita, y se obliga a los operadores jurídicos jurisdiccionales a valorar en cada caso la racionalidad, la necesidad y la proporcionalidad de la medida, de conformidad con los fines legalmente previstos para ella.

Dichos fines, que según la corporación aludida justifican la DP, son producto de una interpretación "sistemática" de la Carta Política, cuyo resultado coincide con los que la doctrina procesal mayoritaria considera legitimantes de la medida y con lo que prescribe la ley 600 de 2000. Pero tal amparo constitucional no resulta tan claro, e incluso, es manifiesta la antinomia, cuando se analizan dichos fines de cara a los principios de presunción de inocencia, *favor libertatis*, y a otros derechos conexos con éstos en el escenario del proceso.

⁹⁰ Cfr. Ferrajoli: 1995, pp. 278-280. En igual sentido: Posada y Hernández: 2001, pp. 70-71; Velásquez: 1997, p. 116. Zaffaroni et. al.: 2000, p. 56: "...la pena disuade por intimidación (miedo), no depende del paciente del sufrimiento sino de la capacidad de atemorizarse del otro (...), en esta perspectiva, las penas aumentan en razón directa a la frecuencia de los hechos por los que se imponen y viceversa. La pena no guardaría ninguna relación con el contenido injusto del hecho cometido, sino que su medida debiera depender de hechos ajenos (...). De este modo, la lógica de disuasión intimidatoria propone una clara utilización de una persona como medio o instrumento empleado por el estado para sus fines propios: la persona humana desaparece, reducida a un medio al servicio de los fines estatales".

En un paradigma de Estado como el nuestro que erige los derechos fundamentales en razón de ser de su existencia, y asume a la persona como fin en sí misma, constituye un escenario en el que la DP, por razones instrumentales, sean procesales y con mayor razón punitivas, siempre tendrá un déficit de legitimación, y por tanto proclive, por su carácter irreductible, a ser compensado con argumentos eficientistas.

2. En relación con las consecuencias prácticas de la sentencia, resulta razonable que sectores de la doctrina, la academia y de la misma jurisdicción crean que la ley 600 de 2000, al obligar a valorar en la imposición de la DP su necesidad, su proporcionalidad y su razonabilidad, según los fines constitucionalmente admisibles, conducirá a una restricción severa y significativa de esta medida. Pero la indeterminación y subjetivización de estos fines, ha dado lugar a tendencias en las prácticas judiciales que resquebrajan tal optimismo: por una parte, al propiciar una amplia discrecionalidad en la selección de los criterios de los cuales se hacen derivar, la DP ha terminado reforzando el carácter desigual del sistema penal iniciado en la fase de criminalización primaria; por la otra, más que limitar la intervención punitiva, han operado como legitimantes de la misma, por la facilidad de construir las sospechas ("peligro" de fuga, "peligro" de entorpecer la prueba, "peligro" de reincidencia, etc.), que es de lo que realmente tratan los fines.

Las finalidades procesales, sobre las cuales existe cierto consenso para justificar la DP, tienen todas como soporte la prognosis de la conducta futura del imputado (se fugará, afectará la prueba, no se presentará en el proceso), y en ella las condiciones socio-económicas y culturales (v.gr. grado de instrucción, actividad laboral o profesional, características del grupo familiar, extracción social), desempeñan un papel determinante en la decisión, lo cual da lugar a procesos de criminalización discriminatorios, en contra de los grupos sociales más vulnerables o de menor poder.⁹¹ Esa discriminación se exacerba cuando

⁹¹ Sandoval Huertas: 1985, pp. 80-81, quien llama la atención sobre cómo en la detención preventiva, prevalece la tendencia a considerar que la misma es la más adecuada a las personas de extracción popular, porque es menos

la ley implícita o explícitamente da relevancia a conceptos como la "flagrancia", la "reincidencia", para la imposición de la DP o para limitar el derecho a la libertad provisional, políticas que a la vez de ser expresión de un derecho penal de autor -vulnerando por lo tanto, el principio de culpabilidad por el acto-, lesionan también principios como *el non bis in idem*,⁹² y el de igualdad.⁹³

3. El conflicto político armado, agudizado en los últimos años con expresiones de "guerra sucia", el fracaso de las opciones de negociación política y la consecuente declaratoria de "guerra" integral de parte de los últimos gobiernos, las cruzadas internacionales contra el "terrorismo" y el "narcotráfico", la crisis del modelo económico que acentúa las condiciones de inequidad, exclusión y pobreza para vastos grupos humanos y la subsecuente conflictividad, ha determinado que el control social punitivo en Colombia se convierta en un arma más de la guerra contra los enemigos políticos o la "delincuencia". Se ha configurado entonces, un derecho penal de enemigo, que ha traído graves y variadas consecuencias: según la coyuntura, esto es, conforme a las demandas ciudadanas, los sentimientos de inseguridad -muchas veces contruidos-, las presiones de grupos de poder nacionales y extranjeros, se van demonizando actores y actos de la vida del país -v.gr. el "narcotráfico", el "narcoterrorismo", la "delincuencia callejera", la "corrupción", la insurgencia o el "terrorismo"-, a los cuales se les

comprometedora para su *status* social, de por sí bajo, y porque es fácil representar su vulnerabilidad social, e inconscientemente se piensa en reincidencia.

⁹² Ello por cuanto el trato procesal tan severo sólo puede encontrar aval en el concepto de peligrosidad, que necesariamente comporta agravar la situación procesal valorando jurídicamente de nuevo el delito por el cual ya fue juzgado y respecto del cual ya purgó la pena. En este sentido, cfr. Londoño Jiménez: 1991, pp. 36 y ss.; Zaffaroni: 1986, p. 125; del mismo: 1994, pp. 118.

⁹³ Cfr. Zaffaroni: 1986, pp. 71 y 125, en donde afirma que el subordinar la libertad o un régimen punitivo menos severo (suspensión o ejecución condicional de la pena), implica "una *capitis diminutio* que no se puede borrar jamás. Semejantes condiciones provocan una verdadera clasificación de las personas, que no es tolerable ante el principio de igualdad".

En un paradigma de Estado como el nuestro que erige los derechos fundamentales en razón de ser de su existencia, y asume a la persona como fin en sí misma, constituye un escenario en el que la DP, por razones instrumentales, sean procesales y con mayor razón punitivas, siempre tendrá un déficit de legitimación, y por tanto proclive, por su carácter irreductible, a ser compensado con argumentos efficientistas.

2. En relación con las consecuencias prácticas de la sentencia, resulta razonable que sectores de la doctrina, la academia y de la misma jurisdicción crean que la ley 600 de 2000, al obligar a valorar en la imposición de la DP su necesidad, su proporcionalidad y su razonabilidad, según los fines constitucionalmente admisibles, conducirá a una restricción severa y significativa de esta medida. Pero la indeterminación y subjetivización de estos fines, ha dado lugar a tendencias en las prácticas judiciales que resquebrajan tal optimismo: por una parte, al propiciar una amplia discrecionalidad en la selección de los criterios de los cuales se hacen derivar, la DP ha terminado reforzando el carácter desigual del sistema penal iniciado en la fase de criminalización primaria; por la otra, más que limitar la intervención punitiva, han operado como legitimantes de la misma, por la facilidad de construir las sospechas ("peligro" de fuga, "peligro" de entorpecer la prueba, "peligro" de reincidencia, etc.), que es de lo que realmente tratan los fines.

Las finalidades procesales, sobre las cuales existe cierto consenso para justificar la DP, tienen todas como soporte la prognosis de la conducta futura del imputado (se fugará, afectará la prueba, no se presentará en el proceso), y en ella las condiciones socio-económicas y culturales (v.gr. grado de instrucción, actividad laboral o profesional, características del grupo familiar, extracción social), desempeñan un papel determinante en la decisión, lo cual da lugar a procesos de criminalización discriminatorios, en contra de los grupos sociales más vulnerables o de menor poder.⁹¹ Esa discriminación se exagera cuando

⁹¹ Sandoval Huertas: 1985, pp. 80-81, quien llama la atención sobre cómo en la detención preventiva, prevalece la tendencia a considerar que la misma es la más adecuada a las personas de extracción popular, porque es menos

la ley implícita o explícitamente da relevancia a conceptos como la "flagrancia", la "reincidencia", para la imposición de la DP o para limitar el derecho a la libertad provisional, políticas que a la vez de ser expresión de un derecho penal de autor -vulnerando por lo tanto, el principio de culpabilidad por el acto-, lesionan también principios como *el non bis in idem*,⁹² y el de igualdad.⁹³

3. El conflicto político armado, agudizado en los últimos años con expresiones de "guerra sucia", el fracaso de las opciones de negociación política y la consecuente declaratoria de "guerra" integral de parte de los últimos gobiernos, las cruzadas internacionales contra el "terrorismo" y el "narcotráfico", la crisis del modelo económico que acentúa las condiciones de inequidad, exclusión y pobreza para vastos grupos humanos y la subsecuente conflictividad, ha determinado que el control social punitivo en Colombia se convierta en un arma más de la guerra contra los enemigos políticos o la "delincuencia". Se ha configurado entonces, un derecho penal de enemigo, que ha traído graves y variadas consecuencias: según la coyuntura, esto es, conforme a las demandas ciudadanas, los sentimientos de inseguridad -muchas veces contruidos-, las presiones de grupos de poder nacionales y extranjeros, se van demonizando actores y actos de la vida del país -v.gr. el "narcotráfico", el "narcoterrorismo", la "delincuencia callejera", la "corrupción", la insurgencia o el "terrorismo"-, a los cuales se les

comprometedora para su *status* social, de por sí bajo, y porque es fácil representar su vulnerabilidad social, e inconscientemente se piensa en reincidencia.

⁹² Ello por cuanto el trato procesal tan severo sólo puede encontrar aval en el concepto de peligrosidad, que necesariamente comporta agravar la situación procesal valorando jurídicamente de nuevo el delito por el cual ya fue juzgado y respecto del cual ya purgó la pena. En este sentido, cfr. Londoño Jiménez: 1991, pp. 36 y ss.; Zaffaroni: 1986, p. 125; del mismo: 1994, pp. 118.

⁹³ Cfr. Zaffaroni: 1986, pp. 71 y 125, en donde afirma que el subordinar la libertad o un régimen punitivo menos severo (suspensión o ejecución condicional de la pena), implica "una *capitis diminutio* que no se puede borrar jamás. Semejantes condiciones provocan una verdadera clasificación de las personas, que no es tolerable ante el principio de igualdad".

atribuye la responsabilidad de las crisis-sociales, económicas, políticas, etc., se les estigmatiza como enemigos de la civilización, de la sociedad y de la democracia, con lo cual se generan condiciones propicias para tesis como que dichos "enemigos" no son merecedores de las garantías previstas constitucionalmente para los ciudadanos, o que hay necesidad del sacrificio de las mismas para crear las condiciones fácticas de su vigencia o que por la magnitud de los embates contra nuestra "democracia", ésta no se puede dar el lujo de conservarlas.

Este contexto es el que permite comprender la funcionalidad que la DP tiene en la vasta conflictividad de nuestro país, lo cual explica sus particulares características, por qué se insiste en ella y por qué en forma recurrente es objeto de reglamentación, en términos de severidad, en diversas coyunturas. Y una clave para entender que el fenómeno está en las funciones no declaradas que la misma ha venido y está cumpliendo. Si uno repara en los procesos de criminalización de la última década del siglo pasado y en lo transcurrido de éste, puede concluir que la DP ha servido, para confrontar por la vía punitiva, las manifestaciones del movimiento popular del país en contra del proyecto neoliberal, con sus privatizaciones, sus corruptelas, sus exclusiones y el agravamiento de la pobreza; ha sido y está siendo utilizada para suprimirle o acortarle a la insurgencia la base social en la que se desenvuelve, criminalizando las sospechas de simpatía, a quienes por razones coactivas les prestan apoyo o por razones humanitarias tienen contactos con ella. Y ha sido instrumentalizada para golpear las organizaciones, los movimientos, y las expresiones legales de inconformidad, en el escenario sindical, comunitario, social, campesino, estudiantil, y de derechos humanos.

También la DP, con la violencia que le es propia y con la estigmatización que la acompaña, al ser percibida por la comunidad como expresión punitiva, ha hecho de ella un instrumento útil para satisfacer demandas ciudadanas de "seguridad". Ello se puede apreciar frente a homicidios de personas relevantes en la vida política y social del país y en los "crímenes" que afrentan derechos fundamentales de comunidades. La detención de "chivos expiatorios" en la gran mayoría

de los casos, da pie para que las comunidades se sientan "seguras", crean en las "instituciones", aparten la sospecha de su participación o complicidad en los hechos, y se relegitimen, con lo cual, además, se crea un escenario propicio para proponer más de los mismo, esto es, más sistema penal, incluso sin las garantías.

Los anteriores son unos pocos ejemplos de las funciones reales que la DP cumple en un escenario conflictual como el nuestro. Corresponde a un enfoque teórico ya insinuado por otros, de valiosa ayuda para comprender en forma cabal la configuración que actualmente tiene esta institución. Lo sugerimos aquí, con el fin de que otros estudios, de carácter interdisciplinario por supuesto, lo profundicen y exploren, tarea que rebasa, con creces, los cometidos de este escrito.

En conclusión, en este contexto de "guerra", como lo señalan Orozco y Gómez,⁹⁴ no hay lugar para la presunción de inocencia y el *favor libertatis*, y no lo hay porque en la lógica institucional son "disfuncionales" a las urgencias de la misma. Pero también, esta situación debe ser un acicate más para que los jueces, de todos los niveles, sean los custodios de los derechos humanos, que es lo que realmente significa tener el bello y dignificante estatus de "Juez" en una realidad como la nuestra. Ello implica naturalmente sustraerse a las seducciones y enfrentar con valor las coerciones que quieren hacer de ellos "leucocitos" de la defensa social o de la "seguridad ciudadana" o "democrática", que es en lo que muchos quisieran ver convertida la jurisdicción. Y sea oportuno aclarar que éste no es un favor que se les pide, sino aclaración y reiteración de un mandato constitucional.

⁹⁴ Orozco y Gómez: 1990, pp. 60-61, donde expresan que la hibridación entre guerra y derecho penal, y función militar y policiva o punitiva, tiene su centro en la sustitución de la idea del sindicado por la del condenado, "Ello, por cuanto el enemigo no puede ser concebido -por el enemigo- sino como una suerte de condenado *a priori*. En la guerra no hay proceso propiamente dicho sino sólo ejecución judicial. Si la presunción de inocencia es la justificación del proceso, el "eficientismo" inherente a la *guerra punitiva* se lo "ahorra". En la guerra no hay tiempo, ni físico ni psicológico, para la "duda" sobre la inocencia del otro: "si dudo ya soy hombre muerto". La guerra es, pues, el escenario privilegiado para la vigencia amplia e incondicionada de la presunción de culpabilidad". Cfr. también: Fernández: 2002, pp. 253 y 254; Aponte: 2003, pp. 17-25.

Bibliografía citada y consultada

- Alcácer Guirao, Rafael. "Facticidad y normatividad. Notas sobre la relación entre ciencias sociales y derecho penal", en *Actualidad Penal*, No. 13, 2001.
- Andrés Ibáñez, Perfecto. "Viaje a la prehistoria de las garantías: la 'modernización' de la ley Corcuera", en *Jueces para la Democracia*, No. 13, Madrid, 1991, pp. 3-12.
- _____. Introducción al libro *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*, Madrid, Trotta S.A., 1996, pp. 9-14.
- _____. "Presunción de inocencia y prisión sin condena", en Mauricio Martínez (Coautor y compilador). *La Pena: Garantismo y Democracia*, Santafé de Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1999.
- Aniyar de Castro, Lolita. "Publicidad del delito e inseguridad ciudadana", en *Capítulo Criminológico*, N° 14, Maracaibo, Universidad del Zulia, 1988, pp. 27-120.
- _____. "Inseguridad y control", en *Capítulo Criminológico*, Nos. 18-19, Maracaibo, Universidad del Zulia, 1992, pp. 35-45.
- Aponte, Alejandro David. "Institucionalización de la función penal y garantismo: dilemas hacia el futuro de la justicia penal en Colombia", en *Nuevo Foro Penal*, No. 64, Medellín, Universidad EAFIT, 2003, pp.17-35.
- Arenas Salazar, Jorge. *Crítica del indicio en materia penal*, Bogotá, Temis, 1988.
- Arias Ávila, Néstor Oswaldo. *La libertad individual en la legislación colombiana*. Santafé de Bogotá, Textos de divulgación, No. 16, Defensoría del Pueblo, 1996.
- Baratta, Alessandro. "Integración-prevención: Una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistemática, en *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, Edersa, 1984.
- _____. "Viejas y nuevas estrategias de legitimación del sistema penal", en *Poder y Control*, N° O, PPU, Barcelona 1986 (Cfr. también en *Capítulo Criminológico*, N° 14, 1988, pp. 167-183).
- _____. "Derechos humanos: entre violencia estructural y violencia penal. Por la pacificación de los conflictos violentos", en *Nuevo Foro Penal*, N° 46, Bogotá, Temis, 1989, pp. 443-457.
- _____. "Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho Penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica", en *Pena y Estado*, No. 1, Trad. de Mauricio Martínez Sánchez, Barcelona, PPU, 1991, pp. 37-55.
- _____. "Reintegración social del detenido. Redefinición del concepto y elementos de operacionalización", en Mauricio Martínez (Coautor y compilador), *La pena. Garantismo y democracia*. Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, capítulo III, 1999, pp. 67-88.
- Baratta, Alessandro y Silbernagl, Michel. "La legislación de emergencia y pensamiento garantista en el proceso penal", en *Doctrina Penal*, No. 32, Depalma, Buenos Aires, 1985, pp. 573 y ss.
- Barquín Sanz, Jesús y Olmedo Cardenete, Miguel: "Conversaciones: Dr. Francisco Muñoz Conde". Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Recpc 04-c2-2002.
- Bergalli, Roberto. *Hacia una cultura de la jurisdicción: ideología de jueces y fiscales. Argentina - Colombia - España -Italia*. Buenos Aires, Ad-Hoc S.R.L., 1999.
- Bernal Cuéllar, Jaime y Montrealegre Lynett, Eduardo. *El Proceso Penal*, 4ª edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.
- Bettiol, Guiseppe. *Instituciones de Derecho Penal y Procesal*, Bosch Editorial S.A., Barcelona, 1977.

Bustos Ramírez, Juan (1991): "Necesidad de pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente", en *Pena y Estado*, No.1, Barcelona, PPU, 1991, pp. 101-109.

_____. "Perspectivas y desafíos de la política criminal en Latinoamérica", en *Nuevo Foro Penal*, No. 56, Bogotá, Temis, 1992, pp. 157-166.

Cadavid Quintero, Alfonso (1998): *Introducción a la teoría del Delito*, Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 1998.

Calamandrei, Piero. *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, Buenos Aires, EJE, 1956.

Carrara, Francesco. *Programa de Derecho Criminal, Parte General*, Volumen II, Bogotá, Temis, 1991.

Camargo, Pedro Pablo. "La detención preventiva en Colombia y los Derechos Humanos", en *Revista de Derecho Penal*, No. 6, Santafé de Bogotá, Leyer, abril - mayo de 1998, pp. 49- 54.

_____. *El Debido Proceso*, Bogotá, Leyer, 2000.

Christie, Nils. *La industria del control del delito. ¿La nueva forma de holocausto?* Trad. de Sara Costa. Prólogo de Eugenio Raúl Zaffaroni, Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l., 1993.

Clariá Olmedo, Jorge A. *Derecho Procesal Penal*, Tomo II, Buenos Aires, Rubinzal - Culzoni Editores, 1998.

Cobo del Rosal, M y Vives Antón, T.S.. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Vol. IV, Buenos Aires, EDIAR, 1988.

Dworkin, Ronald. *Los Derechos en serio*. 4ª reimpresión. Trad. de Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 1999.

Escobar Mejía, J. Guillermo. "Una teoría jurídica de la tortura", en *Conceptos fiscales por los que nacen procesados*, Bogotá, Temis, 1985, capítulo X, pp. 187-226.

Fernández Carrasquilla, Juan. *Derecho Penal Liberal de Hoy. Introducción a la dogmática axiológica jurídico penal*. Santafé de Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002.

Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés. Madrid, Trotta.1995.

_____. "El Estado constitucional de Derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad" en Perfecto Andrés Ibáñez (Editor). *Corrupción y Estado de derecho. El papel de la jurisdicción*. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta, 1996, pp. 15-29.

_____. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 1999.

Framarino Dei Malatesta, Nicola. *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Buenos Aires, Lavallo, 1945.

García Pablos de Molina, Antonio. *Derecho Penal, Introducción*, Madrid, Servicio de publicaciones de la facultad de derecho, Universidad Complutense de Madrid, 2000.

García Villegas, Mauricio. *La eficacia simbólica del derecho*, Ediciones Uniandes, Santafé de Bogotá, 1993.

_____. "Función simbólica del Derecho y estabilidad institucional", en Cristina Motta (comp.). *Ética y conflicto*, Tercer Mundo - Uniandes, Santafé de Bogotá, 1995.

González Pastrana, Atanasio. "Las medidas cautelares en el proceso penal", en *Derecho Penal y Criminología*, Nos. 57/58, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, pp. 161-169.

Gorphe, Francois. *De la apreciación de las pruebas*. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955.

Hassemer, Winfried. "Lineamientos de una teoría personal de bien jurídico", en *Doctrina Penal*, Nos. 46-47, año 12, Buenos Aires, Desalma, 1989.

_____. "Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos", en *Pena y Estado*, N° 1, Trad. de Elena Larrauri, Barcelona, PPU, 1991, pp. 23-36 (También en: *Nuevo Foro Penal*, No. 51, Bogotá, Temis).

_____. *Persona, Mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*. Trad. de Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita, Bogotá, Temis, 1999.

Hassemer, Winfried y Muñoz Conde, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1989.

Jakobs, Günther. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª edición. Trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1997.

Juzgado 17 Penal del Circuito de Medellín (Juez: Plinio Posada Echavarría). "El requisito de la 'personalidad del sindicado', erigido como limitante del subrogado de la condena de ejecución condicional (art. 68 nral. 2), es inaplicable por inconstitucional", en *Tribuna Penal*, N° 7, Medellín, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., 1996, pp. 125-137.

Leone, Giovanni. *Tratado de derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1963.

Llobet Rodríguez, Javier. "El art. 417 inciso 2º del Código de Procedimiento Penal Colombiano y la presunción de inocencia (a la luz de la doctrina alemana)", en *Nuevo Foro Penal*, No. 58, Santafé de Bogotá, Temis, 1993, pp. 517- 527.

Londoño Berrío, Hernando León y Angarita Cañas, Pablo Emilio. "La nueva demonización en la doctrina de la seguridad ciudadana".

Ponencia presentada al XXI Encuentro del Grupo Latinoamericano de Criminología Crítica y el II Seminario Internacional de Justicia y Estado Social de Derecho: *Paz y Derechos Humanos*. Organizado por ASONAL JUDICIAL y realizado en Barranquilla, Colombia, Agosto 11 - 15 de 1997 (mimeo).

Londoño Jiménez, Hernando. *De la captura a la excarcelación*, 3ª edición, Santafé de Bogotá, Temis, 1993.

_____. "Un escandaloso salvamento de voto", en *Nuevo Foro Penal*, No. 58, Santafé de Bogotá, Temis, 1993b, pp. 463-469.

_____. "Cómo se atenta contra la libertad en el proceso penal", en *Nuevo Foro Penal*, No. 63, Santafé de Bogotá, Temis, 2000, pp. 69-75.

Maier, Julio B.J. *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Fundamentos, Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l., 2ª. Edición, 1ª. Reimpresión, 1999.

Martínez S., Mauricio. "Captura, detención y libertad en el nuevo Código de Procedimiento Penal, desde un punto de vista criminológico crítico", en *Nuevo Foro Penal*, No. 36, Bogotá, Temis, 1987, pp.193-206.

_____. *Justicia Penal y Derechos Fundamentales*, Santafé de Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1995.

_____. *La crisis de la justicia penal en Colombia*, Santafé de Bogotá, Temis, 1999.

Montañez Pardo, Miguel Ángel. *La presunción de inocencia. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Pamplona, Arandazi, 1999.

Muñoz Conde, Francisco (1999): *Derecho penal y control social*. Monografías jurídicas, No. 98, Bogotá, Temis.

Muñoz Gómez, Jesús Antonio. *El concepto de pena. Un análisis desde la criminología crítica*. Bogotá, Ediciones Forum Pacis, 1992.

Nino, Carlos Santiago. *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*. Barcelona, Ariel, 1989.

Orozco Abad, Iván y Gómez Albarello, Juan Gabriel. *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal*. Santafé de Bogotá, Temis - IEPRI Universidad Nacional, 1999.

Pavarini, Máximo. "La cárcel en Italia, entre voluntad de descarceración y necesidades disciplinarias", en *Poder y control*, No. 3, Barcelona, PPU, 1987, pp. 119-127.

Peña Freire, Antonio Manuel. *La garantía en el Estado constitucional de Derecho*, Madrid, Trotta, 1997.

Picó I Junoy, Joan. *Las Garantías Constitucionales del Proceso*, J.M.Bosch, Barcelona, 1997.

Posada Maya, Ricardo y Hernández Beltrán, Harold M (2001): *El sistema de individualización de la pena en el derecho penal colombiano (referido a la ley 599 del 2000)*, 1ª edición, Universidad Pontificia Bolivariana - Dike, Medellín

Reyes Cuartas, José Fernando. "La libertad provisional en el nuevo Código de Procedimiento Penal", en *Nuevo Foro Penal*, No. 58, Santafé de Bogotá, Temis, 1993, pp. 553-563.

Roxin, Claus. *Derecho procesal penal*. Trad. de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B. J.Maier. Buenos Aires. Editores del Puerto, 2000.

Sandoval Huertas, Emiro. "La gravedad del delito en la opinión social y en la ley penal", en *Derecho Penal y Criminología*, No. 16, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1982, pp. 45-90.

_____. *Penología, parte especial*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1984.

_____. *Sistema penal y criminología crítica*. Bogotá, Temis, 1985.

_____. "El acaparamiento y la especulación desde las perspectivas criminológica y juridico-penal", en *Nuevo Foro Penal*, N° 32, Temis, Bogotá, 1986, pp. 151-161.

Sánchez de Alfonso, Clelia América. "Medidas restrictivas de la libertad en la nueva legislación penal", en Claudia López Díaz (compiladora): *Comentarios a los códigos penal y de procedimiento penal*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, pp. 563-579.

Sotomayor Acosta, Juan Oberto / Gallego García, Gloria María. "Las circunstancias agravantes del homicidio imprudente en el código penal colombiano", en *Nuevo Foro Penal*, No. 61, 1999, pp. 35-55.

Terradillos Basoco, Juan. "Función simbólica y objeto de protección del derecho penal", en *Pena y Estado*, No. 1, Barcelona, PPU, 1991, pp. 9-22.

Tocora López, Fernando. "Los procedimientos garantistas: sobre todo un modelo oficial", en *Nuevo Foro Penal*, No. 43, Bogotá, Temis, 1989, pp. 61-82.

Van de Kerchove, Michael. "¿Las leyes penales están hechas para ser aplicadas?", en *Nuevo Foro Penal*, N° 48, Bogotá, Temis, 1990, pp. 181-198.

Van de Kerchove, Michael y Ost, Francois. *Elementos para una teoría crítica del derecho*. Trad. de Pedro Lamas, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia - Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 2001.

Vega Torres, Jaime. *Presunción de Inocencia y Prueba en el Proceso Penal*, Buenos Aires, La Ley, 1993.

Velásquez Velásquez, Fernando. *Principios rectores de la nueva ley procesal penal*. Monografías Jurídicas, No. 57, Bogotá, Temis, 1987.

_____ *Derecho Penal. Parte General*. 3ª edición, Santafé de Bogotá, Temis, 1997.

_____ *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Bogotá, Temis, 2002.

Zaffaroni, Raúl Eugenio. *Los Códigos Penales Iberoamericanos*, N° 1, Santafé de Bogotá, Forum Pacis, 1994.

_____ *Sistema penales y derechos humanos en América Latina (informe final)*. Buenos Aires, Depalma, 1986.

_____ "Las penas crueles son penas", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Nos. 47/48, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1992.

_____ *Los Códigos Penales Iberoamericanos*, N° 1, Forum Pacis, Santafé de Bogotá, 1994.

Zaffaroni, Eugenio Raúl/Alagia, Alejandro/Slokar, Alejandro. *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2000.

Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. de Marina Gascón. Madrid, Trotta, 1995.

Sentencias citadas de la Corte Constitucional

- Sentencia C-093 de 1993, M.P. Fabio Morón Díaz y Alejandro Martínez Caballero.
- Sentencia C-150 de 1993, M.P. Fabio Morón Díaz.
- Sentencia C-301 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sentencia C-504 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y Carlos Gaviria Díaz.
- Sentencia C-542 de 1993, M.p. Jorge Arango Mejía.
- Sentencia C-024 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

- Sentencia C-106 de 1994, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.
- Sentencia C-221 de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- Sentencia C-300 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sentencia C-309 de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- Sentencia C-689 de 1996, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.
- Sentencia C-327 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz.
- Sentencias C-425 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz.
- Sentencia T-153 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sentencia C-621 de 1998, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.
- Sentencia C-846 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- Sentencia C-760 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Sentencia C-776 de 2001, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.
- Sentencia C-316 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Sentencia C-371 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Providencias citadas de la Corte Suprema de Justicia

- Providencia del 30 de noviembre de 2001, radicado 16.955, M.P. Carlos E. Mejía Escobar.
- Providencia del 17 de enero de 2002, radicado No. 18.911, M.P. Fernando E. Arboleda Ripoll.
- Providencia del 18 de junio de 2002, radicado No. 10656, M.P. Jorge E. Córdoba Poveda.

- Providencia del 18 de junio de 2002, radicado No. 18.056, M.P. Fernando E. Arboleda Ripoll.
- Providencia del 16 de julio de 2002, radiado 19.659, M.P. Jorge E. Córdoba Poveda.
- Providencia del 10 de octubre de 2002, radicado 16.319. M.P. Marina Pulido de Barón.
- Providencia del 11 de marzo de 2003, radicado No. 13.512, M.P. Herman Galán Castellanos.
- Providencia del 8 de mayo de 2003, radicado 20.697, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés.

Bibliografía

Eser, Albin / Hassemer, Winfried / Burkhardt Björn (eds.)
La ciencia del derecho penal alemana de cara al nuevo milenio.
Reflexión hacia atrás y perspectivas
Fernando Velásquez V.

Bernal Cuéllar, Jaime - Montealegre Lynett, Eduardo
El proceso penal, 4a. ed.
Ricardo León Molina López

Nódier Agudelo Betancur
La defensa putativa en el nuevo código penal
Diego Araque Moreno

Anuario de derecho penal y ciencias penales. Tomo LI
Henry Roberto Solano Vélez

Revista penal. No. 10
Diana María Restrepo Rodríguez

Revista vasca de derecho procesal y arbitraje. Tomo XIV, cdno. 1
Alonso A. Pinto

Revista de derecho penal y criminología. No. 7
Catalina Uribe Burcher