

CASTAÑO LÓPEZ, ÓSCAR ALEJANDRO. RÍOS AGUDELO, JHON FREDY, "Un análisis en torno a la aplicación del fin del peligro de la comunidad y el alcance de la presunción de inocencia en la sentencia C-469 de 2016", *Nuevo Foro Penal*, 93, (2019)

Un análisis en torno a la aplicación del fin del peligro de la comunidad y el alcance de la presunción de inocencia en la sentencia C-469 de 2016.

Comments on the sentence by the Constitutional Court, C-469, 2016.

ÓSCAR ALEJANDRO CASTAÑO LÓPEZ¹
JHON FREDY RÍOS AGUDELO²

1. Problema jurídico

La Corte Constitucional en la sentencia C-469 de 2016, se pronuncia sobre el artículo 310 del CPP, el cual versa sobre el fin de protección frente al peligro para la comunidad. Es de anotar que la Corte se ha pronunciado en dos ocasiones sobre el mismo artículo, en las sentencias C-1198 de 2008 y en la C-121 de 2012. La Corte analiza los argumentos del actor en el sentido de determinar si en efecto la disposición demanda va en contravía de los postulados de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y de la postura desarrollada por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en materia de la protección a la libertad.

El actor realiza un cuestionamiento en torno al fin de la medida de aseguramiento atinente al "peligro para la comunidad". En su sentir, esta posibilidad de imponer la detención preventiva, viola la CADH y la interpretación o postura de la Corte IDH sobre el particular, toda vez que para la Corte IDH, solo son plausibles los fines que se orienten a la protección del proceso propiamente dicha (peligro de fuga u obstrucción de la

1 Estudiante de la Maestría en Derecho penal. U. EAFIT. Contacto: oacastanol@eafit.edu.co

2 Estudiante de la Maestría en Derecho penal. U. EAFIT. Contacto: jfriosoa@eafit.edu.co

justicia), dejando por fuera cualquier análisis sustancial o de culpabilidad del procesado.

Con el fin de resolver el problema jurídico planteado, la Corte Constitucional, realizó un estudio sobre los límites formales y sustanciales de las medidas de aseguramiento, además de basarse en el alcance de la doctrina del bloque de constitucionalidad y el valor de las interpretaciones consignadas en las sentencias de la Corte IDH y de los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

Para el análisis de esta sentencia, nos centraremos en el pronunciamiento respecto a la aplicación de las normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad, en especial, lo atinente a la CADH y a su jurisprudencia, además de estudiar el fin de peligrosidad para la comunidad.

a. Bloque de constitucionalidad

En el marco del ordenamiento jurídico colombiano, en virtud de los artículos 9, 53, 93, 94, 214 y 230 de la Constitución Política, se introduce la figura del bloque de constitucionalidad, el cual consta de una herramienta hermenéutica que propugna por la integración y armonización de disposiciones normativas de naturaleza internacional, en aras de una mayor protección a los derechos humanos, generando una apertura de los contenidos de la Constitución, ampliando su catálogo de derechos³.

Es así como en el ordenamiento jurídico vernáculo se han ratificado diversos tratados internacionales que propugnan por la protección de los derechos humanos, además de integrar múltiples garantías a los ciudadanos, que permiten limitar el ejercicio punitivo del Estado.

En la definición del alcance del bloque de constitucional, la Corte Constitucional se ha pronunciado en la sentencia C-469 de 2016, la cual resulta importante para delimitar el alcance de la figura y su aplicabilidad en el análisis de la imposición de una medida de aseguramiento, arguye el juez constitucionalidad en la mencionada sentencia:

En síntesis, (i) en sentido genérico, los tratados internacionales aprobados por el Congreso de la República que reconocen derechos humanos no suspendibles en estados de excepción y la Constitución Política, se fusionan y forman un bloque de constitucionalidad, en virtud de la remisión a aquellos prevista en los artículos 93, 94, 44 y 53 C.P. (ii) La jurisprudencia ha precisado dos conceptos de bloque de constitucionalidad: en sentido estricto y en sentido lato. (ii.i) En sentido estricto, el bloque está compuesto por la Carta, los tratados

3 UPRIMNY, RODRIGO, *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal*, En P. G. Nación, Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal. Los grandes desafíos del juez penal colombiano, Bogotá, Procuraduría General de la Nación, 2005, p. 21.

internacionales de derechos humanos no susceptibles de suspensión en estados de excepción, debidamente aprobados por el Estado colombiano, los tratados de derecho internacional humanitario y las normas *ius cogens* (ii.ii). En sentido lato, el bloque de constitucionalidad está compuesto por todas las normas de diversa jerarquía que sirven como parámetro de constitucionalidad, dentro de las que se encuentran la Carta, los tratados internacionales a lo que reenvía el artículo 93 C.P., las leyes orgánicas y algunas leyes estatutarias. (iii) Los incisos 1 y 2 del artículo 93 C.P. dan lugar a las funciones integradora e interpretativa del bloque de constitucionalidad. (iii.i) En virtud de la función integradora, los tratados sobre derechos humanos no suspendibles en estados de excepción, debidamente aprobados por el Congreso, conforman parámetro de control y se integran al sistema constitucional, incluso si no hay normas de igual contenido material. (iii.ii). En virtud de la función interpretativa, los tratados sobre derechos humanos, al margen de si reconocen prerrogativas no suspendibles en estados de excepción, de ser aprobados por el Congreso, sirven de criterios para clarificar el contenido y alcance de los derechos y deberes consagrados en la Constitución⁴.

En consonancia con lo dispuesto por la Corte Constitucional, el bloque de constitucionalidad permite la integración y armonización normativa de diversas disposiciones que procuran por una mayor protección de los derechos humanos. Esto permite que en el contexto del marco de fuentes del plexo normativo colombiano los elementos que componen el bloque sean herramientas hermenéuticas para determinar el alcance del contenido de un derecho y, asimismo, sirve como parámetro de validez de las normas legales⁵.

En esta línea argumentativa, el reenvío normativo estipulado en las disposiciones constitucionales permite la integración y armonización de las normas del ordenamiento interno con lo prescrito por las normativas internacionales. Este tipo de reenvíos, según Uprimny Yepes, pueden dirigirse a: (i) disposiciones normativas cerradas y particulares contenido, (ii) reenvío a textos cerrados, pero con indeterminación de contenido, (iii) remisión a textos normativos por desarrollar, (iv) remisiones abiertas a valores y principios (derechos innominados), y (v) remisión y valores indeterminados. En la Carta

4 Colombia Corte Constitucional. Sentencia C-469 de 2016. Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

5 Londoño Ayala, César Augusto. *El bloque de constitucionalidad*, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2010, pág. 48.

Política colombiana se presenta las últimas cuatro descripciones de reenvío, por lo cual, se puede encontrar una gran variedad de disposiciones y derechos que integran el bloque de constitucionalidad⁶.

Dado lo anterior, se predica que la finalidad de la implementación de la teoría del bloque de constitucionalidad se orienta a: (i) Interpretar sistemáticamente las normas fundantes del sistema y las reglas subalternas, (ii) Integrar la normativa constitucional mediante relaciones de reciprocidad, (iii) Solucionar las lagunas normativas, (iv) Orientar la función de creación y aplicación del sistema, (v) Protección de derechos subjetivos, (vi) Otorgar legitimidad, validez y eficacia, (vii) Guiar las políticas públicas, (viii) Papel de complementariedad del ordenamiento jurídico y (ix) Herramienta interpretativa de derechos fundamentales.

Como pone de presente la sentencia en comento, es aceptado la existencia del bloque de constitucionalidad en el plexo normativo colombiano, por lo cual, esta figura irradia las disposiciones internas, más profundamente en materia penal. Es así como con la entrada en vigencia del Acto Legislativo 03 de 2002 y con la elaboración conceptual del bloque de constitucionalidad adelantada por la Corte Constitucional en las sentencias C-774 de 2001 y C-469 de 2016 con referencia al régimen de libertad se permite la integración y armonización de diversas disposiciones normativas que regulan la materia.

Bajo esta óptica, las normativas que hacen parte de la regulación en materia de régimen de libertad en el plexo normativo se encuentran en los artículos 15, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 250, 251, 252, 253 de la Constitución Política, la reforma introducida en el Acto Legislativo 03 de 2002 adoptando un sistema procesal penal de cariz acusatorio, los artículos 7 y 8 de la CADH (además de la jurisprudencia de la Corte IDH), artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los artículos 3, 124, 181, 241, 276, 295 y siguientes de la Ley 906 de 2004⁷, además de las múltiples sentencias de la Corte Constitucional atinente al tema.

Como se puede observar, es vasta la normativa que se encuentra llamada a regular y definir el alcance del derecho a la libertad, además de limitar el uso de la detención preventiva como medida cautelar en el proceso penal. Por ello, de forma acertada, la Corte Constitucional en la Sentencia C-469 de 2016 indica la necesidad de realizar una interpretación conforme a la CADH en lo atinente al régimen de libertad haciendo uso del bloque de constitucionalidad, sea en sentido lato como stricto.

En consecuencia, el análisis de la normativa del régimen de libertad, especialmente,

6 UPRIMNY, RODRIGO, *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal*, cit., pág. 36.

7 Y de sus múltiples reformas.

las atinentes a la restricción a la libertad por medio de medidas de aseguramiento, deben observar lo dispuesto por la CADH con el fin de dotar de racionalidad la figura en el marco del respeto a las garantías y los derechos humanos del perseguido, evitando el uso excesivo de la detención preventiva, la cual conlleva a la hiperinflación de la población carcelaria⁸.

En esta línea, para evitar el uso irracional de la detención preventiva se ha generado una serie de estándares y principios que deben respetar los Estados miembros de la CADH a la hora de considerar la formulación jurídica de la procedencia de las medidas de aseguramiento. Los cuáles se pueden sintetizar en: (i) excepcionalidad, (ii) Fines procesales de la medida, (iii) Los indicios de responsabilidad no son suficientes para decretar la procedencia de la medida, (iv) La motivación debe ser razonable y no basarse en presunciones, (v) criterios de proporcionalidad y necesidad, (vi) revisiones periódicas a los fundamentos que dieron paso a la detención preventiva, (vii) La existencia de un plazo razonable.

Por lo tanto, es importante señalar que los pronunciamientos de la Corte Constitucional, en especial la sentencia C-469 de 2016, propugnan por un análisis amplio de las normativas internas en materia de detención preventiva conforme a lo consignado por las disposiciones que conforman el bloque de constitucionalidad con la finalidad de integrar y armonizar los alcances de la aplicación de la detención preventiva en observancia de los múltiples principios que la rigen, además de condicionar su aplicación en un Estado Social y Democrático de Derecho.

A manera de colofón, por medio del bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad adelantado por la Corte IDH se introduce un estándar normativo y criterios de interpretación alrededor de los derechos y garantías que protege la CADH. De esta forma, se amplía el ámbito de la protección de los derechos en el sistema interamericanos de derechos humanos, en pro de la reducción y limitación del ejercicio punitivo.

2. Peligro para la comunidad

Con la reforma constitucional contenida en el Acto Legislativo 03 de 2002, el proceso penal colombiano ciñó las bases para la edificación del sistema procesal de tendencia acusatoria, introduciendo la figura del Juez de Control de Garantías, quien para la imposición de medidas de aseguramiento debe analizar las finalidades que persigue la medida cautelar personal. La Corte Constitucional en sentencia C-469 de 2016 describe los cambios que introduce el Acto Legislativo:

8 Comisión Interamericana De Derechos Humanos, *Informe sobre el uso de la detención preventiva en las Américas*, 2013.

El Acto Legislativo prevé que el juez de control de garantías podrá decretar medidas que garanticen (xiv.i) la comparecencia de los imputados al proceso penal, es decir, evitar la fuga o contumacia del procesado y asegurar así el cumplimiento de una eventual sentencia condenatoria (xiv.ii) la conservación de la prueba y evitar la obstrucción del proceso en general, y (xiv.iii) la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas, objetivo fundado en la prevalencia del interés general y fines esenciales del Estado como el servicio a la comunidad, la promoción de la prosperidad general, la garantía de los principios, derechos y deberes constitucional, el aseguramiento de la convivencia pacífica, entre otros⁹.

La modificación introducida en el artículo 250 de la Carta Política, la cual sería desarrollada por la Ley 906 de 2004, trae consigo las finalidades constitucionalmente aceptadas para la procedencia de una medida de aseguramiento, siendo estas la comparecencia del perseguido al proceso, conservación de la prueba y la protección de la comunidad. Siendo los dos primeros fines de orden procesal y el último un fin sustancial.

Frente al fin de protección ante un peligro para la comunidad, su desarrollo legal se encuentra establecido en el artículo 310 de la Ley 906 de 2004 y modificado por la Ley 1760 de 2015, contemplando además de la gravedad y modalidad del delito una serie de circunstancias que permiten inferir que la libertad de un procesado representa un peligro para la comunidad. Trae a colación la sentencia C-469 de 2016:

(...) El numeral 2 del artículo anterior es desarrollado en el artículo 310 que se impugna en este caso. La disposición establece que para estimar si la libertad del imputado representa un peligro para la seguridad de la comunidad, además de la gravedad y modalidad de la conducta punible y la pena imponible, el juez deberá valorar: "1. La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales. 2. El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos. 3. El hecho de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional. 4. La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional. 5. Cuando se utilicen armas de fuego o armas blancas. 6. Cuando el punible sea por abuso sexual con menor de 14 años. 7. Cuando hagan parte o pertenezcan a un grupo de delincuencia organizada¹⁰.

A pesar del desarrollo constitucional y legal de la protección ante un peligro para la comunidad, este fin presenta una serie de cuestionamientos por su alcance que puede

9 Colombia Corte Constitucional. Sentencia C-469 de 2016. Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

10 Colombia Corte Constitucional. Sentencia C-469 de 2016. Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

llegar a ser contrario a las normas internacionales que regulan la materia, en especial lo señalado por la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH, dado que este fin presupone un análisis de culpabilidad y de personalidad que vulnera la presunción de inocencia¹¹.

Para la Corte Constitucional, el fin de protección a la comunidad se encuentra ajustado a la Carta Política, apelando a una argumentación orientada a la protección del interés general y la convivencia pacífica en la sociedad como fines del Estado. Señala el Alto Tribunal Constitucional:

Proteger la comunidad, como se indicó en la Sentencia C-774 de 2001, encuentra también plena justificación en el principio de la prevalencia del interés general sancionado en el artículo 1 C.P. y en el fin del Estado de asegurar la convivencia pacífica de la comunidad (art. 2 C.P.). Así mismo, el propósito esencial del Estado y de las autoridades de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y la protección de los habitantes en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades proporcionan una sólida fundamentación constitucional a la detención preventiva basada en la protección de la comunidad.

(...)

De acuerdo con lo anterior, la protección de la comunidad prevista en el Código de Procedimiento Penal como fin de la medida de aseguramiento encuentra amplio respaldo constitucional. Esto, no solo porque es un específico desarrollo y responde a varios mandatos fundamentales de la Carta Política, sino porque su imposición por el juez de control de garantías presupone encontrar demostrados indicadores objetivos que otorgan certeza al imputado y, adicionalmente, su utilización está condicionada por el legislador a estrictos criterios de excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad.

(...) La protección de la comunidad, como concepto general, encuentra un robusto fundamento constitucional en los principios y fines esenciales del Estado y en la expresa disposición que la autoriza, como se mostró. Pero, en especial, supone el amparo y la prevención de violación de los derechos de las personas, ante la concurrencia de unas determinadas circunstancias objetivas que permiten prever esa probabilidad. Esto quiere decir que cuando se invoca la protección a la comunidad para decretar la medida de aseguramiento se pretende en realidad proteger derechos que, a partir de una seria inferencia, se encuentran en posibilidad concreta y efectiva de ser menoscabados¹².

11 BIGLIANI, PAOLA & BOVINO, ALBERTO, *Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano*, Buenos Aires, Editores del puerto, 2008.

12 Colombia Corte Constitucional. Sentencia C-469 de 2016. Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

La argumentación de la Corte Constitucional se centra en una de las aristas del problema al darle un valor preponderante al supuesto interés general frente a las garantías procesales y a la presunción de inocencia de los procesados, utilizando al sujeto por medio de la detención preventiva como alcanzar los fines estatales.

Frente al problema de correspondencia normativa entre lo dispuesto en el artículo 310 de la Ley 906 de 2004 y el artículo 250 de la Constitución con lo dispuesto con los artículos 7 y 8 de la CADH, la Corte Constitucional argumenta que lo regulado por la normativa interna predica un mayor alcance del desarrollo del derecho a la libertad que lo dispuesto por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Procede a argumentar la Corte Constitucional en el siguiente sentido:

De acuerdo con lo anterior, al interpretar los derechos a la libertad personal y a la presunción de inocencia consagrados en la CADH, la Corte IDH ha reconocido el criterio de probabilidad de ejecución de nuevos delitos, asociable a la protección de la comunidad, como justificación para la imposición de la prisión preventiva, pese a reconocer que actualmente es discutido. La CIDH, además, sostiene que con sujeción a ciertos parámetros, en general, de razonabilidad y proporcionalidad, dicha causal puede ser empleada al decretar la detención cautelar, siempre que la probabilidad de reiteración en el delito sea real.

Lo indicado implica, por un lado, que la interpretación del derecho a la libertad personal sancionado en la CADH no ha sido completamente uniforme en las citadas instancias internacionales, en el sentido que la detención preventiva sólo esté justificada en la necesidad de evitar la obstrucción de la justicia y asegurar la comparecencia del imputado al proceso. Pero, en especial, las referidas decisiones muestran que, al interior de la doctrina de la Comisión y la Corte IDH, el criterio acabado de mencionar no puede leerse de forma cerrada y excluyente con la posibilidad de otras justificaciones de la privación preventiva de la libertad, como la protección de la comunidad contemplada en la Constitución Política.

La Corte debe recabar en que los criterios interpretativos orientadores y relevantes que desempeñan la doctrina elaborada por la Corte IDH y la CIDH no implican la generación de tensiones con las normas constitucionales. Por el contrario, su papel puede ser desarrollado gracias a la necesidad de que los preceptos que componen el bloque de constitucionalidad, tanto de uno como otro origen, mantengan entre sí el mayor grado posible de armonía. De este modo, la interpretación sistemática y coherente de los estándares incorporados al bloque se convierte en el elemento que preserva su cohesión interna¹³.

13 Colombia Corte Constitucional. Sentencia C-469 de 2016. Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

Tras la cita in extenso de la sentencia en la cual señala la adecuación de la causal del peligro para la comunidad con la CADH resulta desafortunada para la protección de los derechos y garantías de los procesados al permitir la utilización de criterios culpabilistas y circunstancias que predicen la presunción de culpabilidad del procesado.

La argumentación presentada por el Alto Tribunal constitucional recae en un fraude de etiquetas al considerar la posibilidad de comisión de nuevas conductas delictivas por parte del procesado como fin loable constitucional cuando existe una argumentación razonable y proporcional que permita predicar la posibilidad de acaecimiento de dicha circunstancia. Sin embargo, esto parte de una concepción de mala fe y presunción de culpabilidad del procesado dando por sentado su actitud e inclinación hacia el crimen¹⁴, haciéndolo portador del calificativo de delincuente, a pesar de la inexistencia de antecedentes.

En esa misma línea, si bien se argumenta con base en los desarrollos interpretativos de la CIDH y de la Corte IDH, la Corte Constitucional enmarca una discusión alrededor de la armonización normativa para superar la incoherencia entre los fines constitucionales para la procedencia de la detención preventiva con los fines convencionalmente admisible. La Corte aduce que la protección a la comunidad complementa los criterios ya establecidos por la CADH, indicando una ampliación al ámbito de protección de los derechos de la sociedad:

63. En este orden de ideas, la Sala estima que la causal de justificación de la detención preventiva fundada en la protección de la comunidad es compatible con los pronunciamientos de la CIDH y la jurisprudencia de la Corte IDH. Específicamente, la Corte Constitucional considera que la citada justificante es complementaria a las razones para privar de la libertad al imputado basadas en la necesidad de garantizar su comparecencia al proceso y evitar que obstruya la justicia.

(...)

La salvaguarda y protección de los derechos humanos no es algo que compete e interesa solo al legislador y al Constituyente colombiano sino que es, de hecho, la razón de ser de la CADH y el eje misional de la CIDH y la Corte IDH. En este sentido, incorporar la protección de la comunidad como justificación de las medidas de aseguramiento que, de manera específica, repercute en la garantía de las prerrogativas individuales de los miembros de la comunidad se

14 LONDOÑO, HERNANDO, "La detención preventiva en las Jurisprudencias de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia. Reflexiones a propósito de la sentencia C-774 de 2001" En: *Nuevo Foro Penal*, tercera época, N 65, Medellín, Universidad EAFIT, 2003, pp 189-270.

articula bien con el sentido fundamental del citado instrumento internacional y permite asumir el principio de que en la determinación del sentido de las disposiciones del bloque de constitucionalidad se deben preferir aquellas interpretaciones que amplíen el ámbito de protección de los derechos.

(...) Sin embargo, es claro que dentro del trámite, particularmente, el derecho a la libertad personal está sujeto a restricciones proporcionadas y una de ellas puede encontrarse legítimamente motivada en la protección de los derechos de las demás personas, derechos reconocidos en las citadas fuentes y que, en casos concretos, pueden hallarse realmente expuestos a violaciones por la acción del procesado. De ahí la relevancia que adquiere la causal bajo examen y la justificación que encuentra en el bloque de constitucionalidad.

64. Aunado a lo anterior, para la Corte IDH, las garantías del procesado frente a normas que establezcan privaciones arbitrarias de la libertad consisten sobre todo en que las medidas que dispongan dichas injerencias tengan “un carácter excepcional, ya que se encuentran limitadas por el derecho a la presunción de inocencia y los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática.

Ahora bien, la argumentación presentada por la Corte Constitucional contiene falencia a la hora de justificar la constitucionalidad del fin en mención; en un primer momento indica que este fin permite un mayor ámbito de protección de los derechos de la sociedad, desconociendo los derechos del procesado e instrumentalizándolo para un fin más cercano a la sanción que a la medida cautelar, al enviar un mensaje de prevención general a la sociedad. De igual forma, desconoce el principio *pro homine* al hacer una interpretación más restrictiva a los derechos humanos del perseguido, desconociendo la teleología de la CADH.

Asimismo, desconoce los lineamientos de la jurisprudencia reciente de la Corte IDH sobre la materia, utilizando amañadamente extractos que sustentan sus tesis de cara a mantener una finalidad abiertamente inconstitucional. Señala la Corte IDH sobre el particular:

311. La Corte ha precisado también las características que debe tener una medida de detención o prisión preventiva para ajustarse a las disposiciones de la Convención Americana:

(a) Es una medida cautelar y no punitiva: debe estar dirigida a lograr fines legítimos y razonablemente relacionados con el proceso penal en curso. No puede convertirse en una pena anticipada ni basarse en fines preventivos-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena.

(...)

312. De conformidad con lo indicado, no es suficiente con que sea legal; además, es necesario que no sea arbitraria, lo cual implica que la ley y su aplicación deben respetar los requisitos siguientes:

(a) Finalidad compatible con la Convención: la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad debe ser compatible con la Convención (supra párr. 311.a). La Corte ha indicado que “la privación de libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que sólo se puede fundamentar [...] en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia”. En este sentido, la Corte ha indicado reiteradamente que las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. Asimismo, ha destacado que el peligro procesal no se presume, sino que debe realizarse la verificación del mismo en cada caso, fundado en circunstancias objetivas y ciertas del caso concreto¹⁵.

Dada la naturaleza cautelar de la medida, esta debe fundarse en fines orientados a la protección del proceso y no a la lógica de una sanción punitiva, por lo cual, los fines legítimos a la luz de la convención son de naturaleza procesales¹⁶, los cuales deben ser analizados en el caso concreto¹⁷. Asimismo, en la citada sentencia la Corte IDH señala:

Está probado que las decisiones de sometimiento y mantenimiento de la prisión preventiva respecto de los señores Norín Catrimán y Pichún Paillalao

15 Corte Interamericana de Derechos Humanos, sala plena, sentencia caso Norín Catrimán y otros (pueblo Mapuche) vs Chile. 29 de mayo de 2014.

16 Indica la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Informe dirigidas a reducir la prisión preventiva en las Américas de 2017: desde hace dos décadas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la CIDH” o “la Comisión”) ha señalado que la aplicación arbitraria e ilegal de la prisión preventiva es un problema crónico en la región. A fin de que este régimen resulte compatible con los estándares internacionales, la CIDH recuerda que la prisión preventiva debe partir de la consideración al derecho a la presunción de inocencia y tener en cuenta la naturaleza excepcional de esta medida; además, debe aplicarse de conformidad con los criterios de legalidad, necesidad y proporcionalidad. La privación de libertad de la persona imputada debe tener un carácter procesal, y en consecuencia, sólo puede fundamentarse en sus fines legítimos, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia. De igual forma, la CIDH recuerda que las normativas que excluyen la posibilidad de aplicar otras medidas cautelares distintas de la prisión preventiva en razón de la gravedad del acto o de la expectativa de la pena, resultan contrarias a los estándares de aplicación en la materia. (pág.11)

17 Comisión Interamericana De Derechos Humanos, *Informe dirigidas a reducir la prisión preventiva en las Américas*, 2017.

se fundaron en que su libertad constituía un “peligro grave para la sociedad” o “por estimar [su libertad] peligrosa para la seguridad de la sociedad” (supra párrs. 345 a 347). Para ello se tuvieron en cuenta criterios tales como el “número de delitos investigados”, la “gravedad de la pena”, la “gravedad del delito investigado” y los “antecedentes personales del imputado”, que no justifican por sí mismos la prisión preventiva, y que no fueron valorados en el contexto de la evaluación de la necesidad de la medida en las circunstancias del caso concreto. Aun cuando en la resolución que dispuso la prisión preventiva del señor Pascual Pichún se indicó que la misma era “indispensable para el éxito de la investigación”, no se motivó tal afirmación de modo que permitiera conocer si consideraron que la libertad del imputado afectaba de alguna forma la realización de diligencias específicas¹⁸.

Tras lo descrito por las consideraciones jurisprudenciales de la Corte IDH sobre la restricción de la libertad se permite afirmar que para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, no es plausible la aplicación de fines que se basen en la peligrosidad del sujeto, toda vez que esto riñe con la configuración de la presunción de inocencia que conlleva a un juzgamiento en sede de imposición de medidas cautelares donde se realiza un análisis de culpabilidad o de constatación de predeterminación del procesado para la comisión de nuevas conductas delictivas.

Es por ello, que la conclusión de constitucionalidad a la cual llega la Corte Constitucional sobre el artículo 310 de la Ley 906 de 2004 en lo atinente al fin del peligro para la comunidad resulta contraria a una lectura convencional al alcance de la protección del derecho a la libertad y a la presunción de inocencia. El fin de peligro para la comunidad resulta regresar a criterios personalísimos del sujeto que parte de un concepto de presunción de culpabilidad que contraría los postulados de un Estado Social y Democrático de Derecho que la que adapta la Carta Política de 1991.

3. Presunción de inocencia

En punto de la presunción de inocencia, debe tenerse en cuenta *grosso modo*, que todo sujeto que se encuentre inmerso en una investigación penal, se encuentra amparado por la presunción de inocencia, en virtud de lo cual, en principio sólo podrá ser privado de la libertad, si así lo impone una sentencia condenatoria debidamente ejecutoriada. Cuando se dice *grosso modo*, se quiere hacer referencia a que solo excepcionalmente puede restringirse la libertad de una persona que es investigada.

18 Corte Interamericana de Derechos Humanos, sala plena, sentencia caso Norín Catrیمان y otros (pueblo Mapuche) vs Chile. 29 de mayo de 2014.

Esto, aunque suena problemático, debe entenderse bajo la posición generalizada y aceptada por la doctrina en torno a la presunción de inocencia en su vertiente de *regla de juicio*, la cual debe entenderse como señala Laudan¹⁹ bien como regla de juicio material, bien como regla de juicio probatoria; y por último, como *regla de tratamiento*.

Sobre la presunción de inocencia y su eventual resquebrajamiento o vulneración, de cara a la imposición de una medida de aseguramiento; sostuvo la Corte Constitucional en sentencia C-469 de 2016, que en principio las medidas de aseguramiento no riñen o no contrarían la presunción de inocencia, en tanto y en cuanto no están encaminadas a definir la responsabilidad penal del procesado, sino que sus fines son meramente preventivos. No obstante, sostuvo la Corte Constitucional en la referida sentencia, recogiendo su propia jurisprudencia, que, si la medida cautelar es desproporcionada, ergo, injusta; termina fulminando la finalidad preventiva, erigiéndose como auténtica respuesta punitiva adelantada, lesionando de contera la presunción de inocencia.

Con todo, resulta imperioso indagar sobre la consabida finalidad meramente preventiva de la medida de aseguramiento privativa de la libertad, sin perder de vista, que de lo que se está privando precisamente al procesado es del preciado y sagrado bien de la libertad, como bien inmanente al ser humano en su dimensión ontológica.

Debe revisarse pues en punto de la proporcionalidad en sentido estricto, como subprincipio del principio de proporcionalidad, como indica Bernal²⁰; si no queda más remedio que echar mano de la medida de detención preventiva por considerarse que son mayores las ventajas que se obtienen mediante la intervención legislativa en el derecho fundamental de libertad y que en tal medida, quedan compensados los sacrificios que debe asumir el procesado, de cuya libertad personal se le priva. Sobre el particular, es oportuno traer a colación la postura de Sánchez-Vera Gómez-Trelles²¹, cuando indica que la presunción de inocencia es una garantía inmanente al proceso, de su esencia, y que cuando se acude a la gravísima afectación de la libertad de un sujeto procesado sólo puede perfilarse a la finalidad de protección del propio proceso, concluyendo en consecuencia y en claro respeto de los derechos fundamentales, que la única razón o motivo admisible para aceptar la cautela de detención preventiva en curso del proceso, sería el riesgo de fuga o de no comparecencia del procesado, descartando incluso las finalidades de obstrucción de la prueba y de peligro para la comunidad.

19 LAUDAN, LARRY (2005): "POR QUÉ UN ESTÁNDAR DE PRUEBA SUBJETIVO Y AMBIGUO NO ES UN ESTÁNDAR", ALICANTE, EN REVISTAS DOXA: CUADERNOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO N° 28,, PP. 95-113.

20 BERNAL, CARLOS, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.

21 SÁNCHEZ-VERA, JAVIER, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

Es que no puede perderse de vista, que precisamente, la presunción de inocencia puede ser asumida como *regla de juicio*, lo cual eleva el estándar probatorio al punto de que solo pueda condenarse al perseguido si el juez llega al conocimiento de la comisión del hecho punible más allá de duda razonable; y como *regla de tratamiento*; bien material, bien probatoria, como sostiene Laudan²²; que no es otra cosa que asumir durante la investigación que el procesado es inocente y en consecuencia debe tratársele como tal.

A simple vista, la cautela de detención preventiva, riñe con la presunción de inocencia como regla de tratamiento; pues no es dable pensar que se restrinja la libertad si precisamente el debate probatorio no se ha surtido, al punto de poder afirmar bajo el estándar probatorio requerido para dicho estadio procesal, que alguien no es inocente. Empero, como se dijo con anterioridad, debe realizarse dentro del test de proporcionalidad, una minuciosa revisión de la necesidad de la imposición de la cautela y la proporcionalidad en sentido estricto.

Sobre los posibles abusos que pueden presentarse con la cautela preventiva, es importante tener en cuenta como indica Ferrajoli²³, que las funciones que se le atribuyen a la detención preventiva, entre las que se encuentra la posibilidad de que el procesado obstruya la actividad probatoria y que se constituya en un eventual peligro para la sociedad, son funciones de corte policial; que en últimas terminan por ser una pena anticipada, derribándose de tajo la presunción de inocencia, y de paso instrumentalizándose al sindicado, pues se le castiga en pleno proceso, cuando es claro bajo una respetuosa mirada del derecho penal liberal desde Hobbes hasta Filangieri y Carrara, que el castigo debe ser el culmen del rito procesal precedido de todas las garantías; entre ella la más sagrada, la libertad.

4. Bibliografía

BERNAL, CARLOS, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.

BIGLIANI, PAOLA & BOVINO, ALBERTO, *Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano*, Buenos Aires, Editores del puerto, 2008.

22 LAUDAN, LARRY (2005): "POR QUÉ UN ESTÁNDAR DE PRUEBA SUBJETIVO Y AMBIGUO NO ES UN ESTÁNDAR", ALICANTE, EN REVISTAS DOXA: CUADERNOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO N° 28, pp. 95-113.

23 FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Editorial Trotta, 1995.

- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Informe sobre el uso de la detención preventiva en las Américas*, 2013.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Informe dirigidas a reducir la prisión preventiva en las Américas*, 2017.
- Corte interamericana de derechos humanos, sala plena, *Sentencia caso norín catriman vs. Chile*, 29 de mayo de 2014.
- FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Editorial Trotta, 1995.
- Laudan, Larry "Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar", Alicante, *Revistas Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. 2005.
- LONDOÑO AYALA, CÉSAR AUGUSTO. *El bloque de constitucionalidad*, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2010,
- LONDOÑO, HERNANDO, "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", *Nuevo Foro Penal*, tercera época, N 65, Universidad EAFIT, Medellín, 2003, pp. 189-270.
- SÁNCHEZ-VERA, JAVIER, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 2012.
- UPRIMNY, RODRIGO, *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal*. En P. G. Nación, *Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal. Los grandes desafíos del juez penal colombiano*, Bogotá, Procuraduría General de la Nación, 2005, pp. 21-63.