

**Perspectiva Jurídica de la Sustitución de una Medida Privativa de la Libertad por una No Privativa por los Jueces de Control de Garantías en Colombia a partir de la Ley 906 del 2004**

**Oscar Gustavo Baldovino Morales**



**Facultad de Ciencias Jurídicas**  
**Especialización en Derecho Penal Énfasis Profundización**  
**2020**

**Perspectiva Jurídica de la Sustitución de una Medida Privativa de la Libertad por una No Privativa por los Jueces de Control de Garantías en Colombia a partir de la Ley 906 del 2004**

**Oscar Gustavo Baldovino Morales**

Ensayo de trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de  
Especialista en Derecho Penal

Mg. Yudys Berdugo

Asesora

Universidad Simón Bolívar

Barranquilla

2020

**PERSPECTIVA JURIDICA DE LA SUSTITUCION DE UNA MEDIDA  
PRIVATIVA DE LA LIBERTAD POR UNA NO PRIVATIVA POR LOS JUECES  
DE CONTROL DE GARANTIAS EN COLOMBIA A PARTIR DE LA LEY 906  
DEL 2004**

La libertad no consiste en hacer lo que nos gusta,  
sino en tener el derecho a hacer lo que debemos”  
Juan Pablo II

***Introducción:***

En Colombia el derecho es el conjunto de normas que constituyen el ordenamiento jurídico del país, desde la época de la colonia hasta nuestros tiempos. En ese lapso se han dado muchos cambios en las leyes, normas, decretos, resoluciones, las cuales van transformando nuestros juristas por los mismos avances que se van presentando en la sociedad como son de tipo económicos, laborales, sociales, políticas y científicos, que de una u otra forma inciden en el ordenamiento del Estado. La constitución, las leyes, las costumbres son la base del derecho en Colombia, de hecho, la constitución es considerada la norma de normas, la ley fundamental, la base jurídica de todo Estado.

En concordancia surge el Derecho Penal como instrumento que permite el control social en un país, que legalmente lo debe asumir el Estado a través de las ramas del poder público y sus órganos de control. De ahí que la ley 906 de 2004, actualmente código de procedimiento penal contiene unos artículos que permiten darle un mejor manejo a la

justicia en Colombia, entre estos tenemos una serie de preacuerdos y negociaciones que hacen menos dura la pena y protege los derechos humanos tanto de las víctimas como de los victimarios. Uno de los artículos que encontramos en esta Ley y materia de estudio, es el artículo 307 que nos habla de la medida de aseguramiento.

Como su nombre lo dice la medida de aseguramiento se constituye en una medida para tratar a una persona que es riesgosa para la sociedad o para un proceso que busca llegar a la verdad. Para el entendimiento popular la medida de aseguramiento es encerrar en la cárcel a alguien que cometió un delito, pero lo que no se sabe es que este proceso reviste una naturaleza excepcional que debe responder a unas medidas concretas ya que es uno de las partes en las que más fácilmente se pueden vulnerar los derechos fundamentales de las personas, en el caso en que esta medida se realice sin una justa causa (García Falconi, 2009).

La medida de aseguramiento busca que se pueda asegurar la comparecencia del investigado al proceso y que este no obstruya o evada la justicia, que no ponga en peligro a las víctimas. Pero esta medida de aseguramiento no puede ser indefinida, debe tener límites porque de lo contrario se vulnera el derecho a la libertad y a la presunción de inocencia de la que goza toda persona que esta sindicada o investigada dentro de un proceso penal, y es el Estado el que debe garantizar estos derechos a las personas, para que estas tengan confianza en las instituciones que lo representan, porque de lo contrario se pierde la credibilidad para con la justicia.

De ahí que la tesis fundamental en este ensayo es abordar la aplicación irregular de la medida privativa de la libertad por una no privativa de la libertad por parte de los jueces de garantía, quienes no le dan la aplicación adecuada a este párrafo, vulnerando los derechos de un procesado y poniendo en riesgo a la misma justicia y la confianza de las personas del común en las instituciones del Estado. En tal sentido el legislador previó que el límite máximo en Colombia de una medida de aseguramiento privativa de la libertad debe tener vigencia de máximo un año, con el objeto que el sujeto de derecho tenga la oportunidad de que se le sustituya esta medida de privativa de la libertad por una no privativa de la libertad.

Teniendo en cuenta lo anterior se hace necesario hacer un análisis de la ley 906 de 2004, exactamente del Artículo 307, el párrafo 1 , presentar la revisión teórica de autores que hayan expresado su posturas a favor y en contra de la sustitución de la medida privativa de la libertad por una no privativa de la libertad, y con un intencionalidad propositiva esbozar unas sugerencias que se aproximarán a minimizar estas irregularidades, para una efectiva garantía al derecho que tiene toda persona a su libertad, a un debido proceso y a respetar sus derechos como ser humano.

Actualmente Colombia contiene una vida jurídica basada en la Constitución Política de 1991, dividida en capítulos, estos a su vez en artículos, y con una serie de jurisprudencias que permiten aclarar las dudas que surgen de la constitución. También encontramos los

códigos que manejan unas normas específicas para ayudar a organizar la convivencia ciudadana. Entre estos códigos tenemos: el código civil, administrativo, laboral y en el que nos concierne el código penal, el cual define las conductas que causan desorden social: los delitos y su respectiva penas o sanciones, que pueden conllevar a que se prive de la libertad a un individuo, generar multas o arrestos. El código penal trabaja en conjunto con el código de procedimiento penal, en este último se establece el procedimiento que se le debe aplicar a una persona que ha vulnerado o violado la ley penal, respetándosele el derecho a la defensa y el debido proceso.

El artículo 307 del Código de Procedimiento Penal define como medidas de aseguramiento:

*A. Privativas de la libertad*

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

*B. No privativas de la libertad.*

- 1. La obligación de someterse a un mecanismo de vigilancia electrónica.*
- 2. La obligación de someterse a la vigilancia de una persona o institución determinada.*
- 3. La obligación de presentarse periódicamente o cuando sea requerido ante el juez o ante la autoridad que él designe.*

*4. La obligación de observar buena conducta individual, familiar y social, con especificación de la misma y su relación con el hecho.*

*5. La prohibición de salir del país, del lugar en el cual reside o del ámbito territorial que fije el juez.*

*6. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o lugares.*

*7. La prohibición de comunicarse con determinadas personas o con las víctimas, siempre que no se afecte el derecho a la defensa.*

*8. La prestación de una caución real adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda\* o hipoteca, entrega de bienes o la fianza de una o más personas idóneas.*

*9. La prohibición de salir del lugar de habitación entre las 6:00 p.m. y las 6:00 a.m.*

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

Sin embargo, se debe tener en cuenta que la medida de aseguramiento se imparte al inicio de la etapa de investigación por parte del juez de garantía, solicitada por el fiscal asignado al caso. Si el indiciado no se le ha resuelto la situación jurídica, esta medida no

puede exceder el año, salvo que en el caso haya tres o más implicados y esta se extiende un año más. Lo anterior está establecido en el párrafo 1 del artículo en mención.

*PARÁGRAFO 1o. Salvo lo previsto en los párrafos 2o y 3o del artículo 317 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), el término de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad no podrá exceder de un (1) año. Cuando el proceso se surta ante la justicia penal especializada, o sean tres (3) o más los acusados contra quienes estuviere vigente la detención preventiva, o se trate de investigación o juicio de actos de corrupción de los que trata la Ley 1474 de 2011 o de cualquiera de las conductas previstas en el Título IV del Libro Segundo de la Ley 599 de 2000 (Código Penal), dicho término podrá prorrogarse, a solicitud del fiscal o del apoderado de la víctima, hasta por el mismo término inicial. Vencido el término, el Juez de Control de Garantías, a petición de la Fiscalía, de la defensa o del apoderado de la víctima podrá sustituir la medida de aseguramiento privativa de la libertad de que se trate, por otra u otras medidas de aseguramiento no privativas de la libertad de que trata el presente artículo.*

*En los casos susceptibles de prórroga, los jueces de control de garantías, para resolver sobre la solicitud de levantamiento o prórroga de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad, deberán considerar, además de los requisitos contemplados en el artículo 308 del Código de Procedimiento Penal, el tiempo que haya transcurrido por causa de maniobras dilatorias atribuibles a la*

*actividad procesal del interesado o su defensor, caso en el cual dicho tiempo no se contabilizará dentro del término máximo de la medida de aseguramiento privativa de la libertad contemplado en este artículo.*

Esta medida de aseguramiento surte efecto cuando existan pruebas que ameriten suspenderle la libertad a un individuo, de hecho, en el párrafo 2 del artículo 307 de la Ley 906 de 2004 lo estipula.

*PARÁGRAFO 2o. Las medidas de aseguramiento privativas de la libertad solo podrán imponerse cuando quien las solicita pruebe, ante el Juez de Control de Garantías, que las no privativas de la libertad resultan insuficientes para garantizar el cumplimiento de los fines de la medida de aseguramiento.*

También la ley nos indica, la persona encargada de impartir justicia que en este caso es el Juez de Control de Garantía, quien es el competente para pronunciarse sobre las condiciones fácticas y jurídicas que sustentan la solicitud del Fiscal, y determinar si dicha solicitud resulta razonable, adecuada, necesaria y proporcional y en caso de que así sea, autorizar la medida de aseguramiento.

La Corte Constitucional en la Sentencia C-591 de 2005, hace referencia a las funciones que debe cumplir el Juez de Control de Garantías. *“Es el juez de garantías quien resuelva sobre la legalidad del procedimiento de captura y sobre las demás peticiones que le presenten las partes, incluyendo la de la posible imposición de una medida de aseguramiento.”* (Vanegas, 2007:69).

En los casos susceptibles de prórroga, los jueces de control de garantías, para resolver sobre la solicitud de levantamiento o prórroga de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad, deberán considerar, además de los requisitos contemplados en el artículo 307 del Código de Procedimiento Penal, el tiempo que haya transcurrido por causa de maniobras dilatorias atribuibles a la actividad procesal del interesado o su defensor, caso en el cual dicho tiempo no se contabilizará dentro del término máximo de la medida de aseguramiento privativa de la libertad contemplado en este artículo.

En los últimos años en Colombia se han implementados algunos cambios en las leyes y sobre todo de tipo penal que conlleven a una descongestión judicial, por eso se ha flexibilizado un poco las penas y los principios para emitir una medida de aseguramiento. Sin embargo, es necesario que los juristas pongan en práctica el parágrafo 1 del artículo 307 del CPP, que nos dice:

*PARÁGRAFO 1o. Salvo lo previsto en los párrafos 2o y 3o del artículo 317 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), el término de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad no podrá exceder de un (1) año. Cuando el proceso se surta ante la justicia penal especializada, o sean tres (3) o más los acusados contra quienes estuviere vigente la detención preventiva, o se trate de investigación o juicio de actos de corrupción de los que trata la Ley 1474 de 2011 o de cualquiera de las conductas previstas en el Título IV del Libro Segundo de la Ley 599 de 2000 (Código Penal), dicho término podrá prorrogarse, a solicitud del fiscal o del apoderado de la víctima, hasta por el mismo término inicial. Vencido el término, el Juez de Control de Garantías, a petición de la Fiscalía, de la defensa o del apoderado de la víctima podrá sustituir la medida de aseguramiento privativa de la libertad de que se trate, por otra u otras medidas de aseguramiento no privativas de la libertad de que trata el presente artículo.*

En esta se evidencia que un detenido después de un año privado de la libertad se le debe sustituir la medida de aseguramiento privativa de la libertad por una no privativa de la libertad, y si el delito es de la justicia especializada, actos de corrupción y delitos contra el pudor sexual no puede exceder dos años privado de la libertad, situación está que muchos jueces de garantías interpretan de manera errónea o no utilizan de manera adecuada, De ahí que la Corte constitucional ha sometido varios artículos de la constitución a estudios profundos para ser más específicos en las funciones de los

jueces de garantías. La Corte Constitucional ha realizado varios pronunciamientos para que las personas privadas de la libertad no se sientan con sus derechos afectados, uno de ellos lo podemos evidenciar en:

*El Acto Legislativo 03 de 2002 reformó los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución, elevó a rango constitucional la estructura básica del sistema penal colombiano e introdujo importantes reformas al sistema de investigación, acusación y juzgamiento en materia penal. Para los efectos del presente asunto, merece especial mención la función que cumple el Juez de control de garantías en materia de reserva judicial de la libertad, así como el establecimiento expreso de límites constitucionales a la posibilidad de que se decreten medidas restrictivas de la libertad.*

Para muchos togados aplicar beneficios a personas que han cometido delitos tan aberrantes, como por ejemplo contra el pudor sexual no le es fácil, porque nuestra sociedad no está preparada para aplicar dichos beneficios. En la práctica, la medida de aseguramiento preventiva sigue siendo impuesta con mucha frecuencia. Tal vez esto se debe a que los colombianos solemos encontrar difícil aplicar dos derechos que todos

conocemos: 1. La presunción de inocencia. 2. El derecho de defensa en el proceso penal. O tal vez se debe a los altos índices de criminalidad y a la lata probabilidad de que se obstruya el accionar de la justicia (Velasco Abogados, asesoría jurídica especializada).

A raíz de esta situación, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado realizó un diagnóstico de las principales falencias en las que puede incurrir el operador judicial al momento de decretar o avalar una medida de detención preventiva. Encontrándose falencias en los procesos que se pueden convertir en cuantiosas condenas al Estado. La intención del estudio es procurar que los jueces y fiscales tengan en cuenta para hacer procedimientos adecuados y así evitar demandas contra el Estado en caso que no se vislumbre un delito y un mal procedimiento.

Este análisis de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, pretende estudiar tres elementos fundamentales, primero ilustrar a la comunidad jurídica sobre un problema complejo que le atañe al Estado en todo su conjunto, como es, la preservación de unas finanzas sanas que pueden verse severamente amenazadas por los errores judiciales al momento de privar de la libertad a los penalmente investigados, segundo redimensionar el problema de la detención preventiva a partir de la interpretación que se ha hecho de la noción de privación injusta de libertad por parte del Consejo de Estado y por último generar

una política de prevención del daño antijurídico en materia de privación injusta de la libertad.

Todo lo anterior es producto de los malos manejos que realizan los fiscales y jueces, desde la misma captura, hasta emitir una medida de aseguramiento, que no cumple con los requisitos necesarios para culpar a un individuo y por ende verse afectado su derecho a la libertad. Conllevando a la noción de “Privación injusta de la libertad” convirtiéndose está en discusión permanente entre los estamentos del estado que imparten justicia y control del mismo. En el Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700 de 1991), se instauró en el marco del proceso penal una noción conocida como Indemnización por privación injusta de la libertad, según la cual:

“quien fuere privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios, cuando haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente, porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible”

Mientras que, en el Código de Procedimiento Penal, Ley 906 del 2004, nos plantea las medidas de aseguramiento privativas de la libertad y no privativas de la libertad, producto

de los procedimientos inadecuados por partes de algunos fiscales y jueces que imparte una decisión inequívoca, vulnerando el derecho a la libertad, consagrado en la Constitución de 1991.

Hay varias situaciones donde los togados afectan en el debido proceso y por ende en la libertad del indiciado, conllevando a una medida de aseguramiento que le restringe la libertad, como nos lo dice el profesor Edgardo Niebles Osorio, En algunos momentos la presunción puede confundirse con los indicios; para *“...y es aquí donde la presunción la confunden con el indicio, que la presunción es más valedera o tenida como cierta, de acuerdo a que el hecho presumido es natural, usual o una rara consecuencia del hecho, o hechos, vistos, conocidos o probados”*.

*“De acuerdo con el pensamiento de MONTESQUIEU, la libertad es ‘la tranquilidad del espíritu que proviene de la opinión que cada uno tiene de su seguridad’*. Este pensamiento es propio de muchos togados que no quieren aplicar la ley, en este caso el cambio de sustitución de la medida de aseguramiento privativa de la libertad por una no privativa de la libertad, porque consideran que el sindicado va a delinquir nuevamente, pronosticando el futuro, se identifica con el delito o imponen sus pensamientos personales, emocionales y lo

que menos utiliza es lo que está escrito en la Ley. De ahí la necesidad de acudir a instancia de control que vigilen los derechos del sindicado, el debido proceso y el cumplimiento de la norma.

Esta es una situación en el derecho penal de nunca acabar donde los fiscales y los jueces tienen un punto de vista sobre la norma y el litigante otra, es de interpretación, pero para eso están la doctrina, la jurisprudencias, las sentencias, los fallos, que de una u otra forma se pueden tomar de referentes para dar una sentencia, y más cuando lo que se solicita es la libertad o el cambio de medida que conlleve a favorecer al implicado, que también tienen sus derechos a pesar que está imputado de un delito. De ahí que el juez de garantía tiene la obligación constitucional de hacer un análisis racional sobre la medida de aseguramiento, donde impere la ley antes las emociones, y más aún que se aplique sin afectar la libertad, los derechos del sindicado y el debido proceso. Como dice Tarrío, *” la libertad ya no sería algo que habría que recuperar o reencontrar fuera, sino que habría que procurarla dentro, intramuros de la cárcel. Empresa ardua, tarea titánica ”*.

La medida de aseguramiento privativa de la libertad y no privativa de la libertad, que encontramos en el Artículo 307 de la Ley 906 de 2004, exactamente en el párrafo 1, encontramos que algunos detenidos que tiene ese beneficio no se le otorga por decisión de algunos jueces que la interpretan diferente a como está escrito. El legislador previendo que

una persona no debía estar privado de la libertad un tiempo indefinido, porque en la ley 906 de 2004 no establece un tiempo estipulado para que estuviera vigente una medida de aseguramiento, solo hacía referencia se comentaba de una libertad por vencimiento de termino dentro de un tiempo mientras se daba el juicio oral.

Sin embargo, en el año 2015 nace la Ley 1760 de 2015, que dice:

*Artículo 1°. Adiciónense dos párrafos al artículo 307 de la Ley 906 de 1 2004, del siguiente tenor: '1 I Parágrafo 1°, Salvo lo previsto en los párrafos 2° y 3° del artículo 317 del 1 Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), el término de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad no podrá exceder de un (1) año. Cuando el proceso se surta ante la justicia penal especializada, o sean tres (3) o más los acusados contra quienes estuviere vigente la detención preventiva, o se trate de investigación o juicio de actos de corrupción de los que trata la Ley 1474 de 2011, dicho término podrá prorrogarse, a solicitud del fiscal o del apoderado de la víctima, hasta por el mismo término inicial. Vencido el término, el Juez de Control de Garantías, a petición de la Fiscalía o del apoderado de la víctima, podrá sustituir la medida de aseguramiento privativa de la libertad de que se trate, por otra u otras medidas de aseguramiento de que trata el presente artículo. Parágrafo 2°, Las medidas de*

*aseguramiento privativas de la libertad solo podrán imponerse cuando quien las solicita pruebe, ante el Juez de Control de Garantías, que las no privativas de la libertad resultan insuficientes para garantizar el cumplimiento de los fines de la medida de aseguramiento.*

Y la Ley 1786 de 2016, que dice:

*Artículo 1°. Modifícase el artículo 1° de la Ley 1760 de 2015, el cual quedará así:*

*Artículo 1°. Adiciónense dos párrafos al artículo 307 de la Ley 906 de 2004, del siguiente tenor: Párrafo 1°. Salvo lo previsto en los párrafos 2° y 3° del artículo 317 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), el término de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad no podrá exceder de un (1) año. Cuando el proceso se surta ante la justicia penal especializada, o sean tres (3) o más los acusados contra quienes estuviere vigente la detención preventiva, o se trate de investigación o juicio de actos de corrupción de los que trata la Ley 1474 de 2011 o de cualquiera de las conductas previstas en el Título IV del Libro Segundo de la Ley 599 de 2000 (Código Penal), dicho término podrá prorrogarse, a solicitud del iscal o del apoderado de la víctima, hasta por el mismo término inicial. Vencido el término, el Juez de Control de Garantías, a petición de la Fiscalía, de la defensa o del apoderado de la víctima podrá*

*sustituir la medida de aseguramiento privativa de la libertad de que se trate, por otra u otras medidas de aseguramiento no privativas de la libertad de que trata el presente artículo. En los casos susceptibles de prórroga, los jueces de control de garantías, para resolver sobre la solicitud de levantamiento o prórroga de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad, deberán considerar, además de los requisitos contemplados en el artículo 308 del Código de Procedimiento Penal, el tiempo que haya transcurrido por causa de maniobras dilatorias atribuibles a la actividad procesal del interesado o su defensor, caso en el cual dicho tiempo no se contabilizará dentro del término máximo de la medida de aseguramiento privativa de la libertad contemplado en este artículo.*

Estas dos leyes determinaron que la medida de aseguramiento solo debe durar máximo un año, siempre y cuando no se haya tomado una decisión por parte del togado de una condena, una absolución del imputado o indiciado, este debería obtener su libertad con una medida de aseguramiento no privativa de la libertad.

En el Artículo 307 de la Ley 906 de 2004 del CPP, están implícitas las medidas de aseguramiento privativas de la libertad, en el literal A, que son la intramural y prisión domiciliaria y en el literal B las no privativas de la libertad. También evidenciamos el Parágrafo 1 del Artículo 307, que establece que cuando se cumpla un año sin sentencia, al

individuo se le debe sustituir una medida privativa de la libertad del literal A por una medida no privativa de la libertad del literal B.

Para lo anterior se debe acudir ante el juez de garantía por parte de la defensa para solicitar la sustitución de la medida de aseguramiento privativa de la libertad por una no privativa. Sin embargo, el mismo párrafo establece unas causas para poder sustituir la medida de aseguramiento. Estableció que esta medida se pida ante el juez de garantía para que este determine si se cumplió el año.

Pero el legislador previo que esta medida se puede prolongar por un año más cuando se tratará de ciertos delitos, como es contra el pudor sexual. Esta prórroga no opera de manera inmediata, sino que debe ser solicitada por la fiscalía o el representante de víctimas, para que se considere una prórroga. Esta prolongación se da cuando la defensa del imputado haya contribuido a la dilatación del proceso. Sin embargo, en la práctica sin que la fiscalía o el abogado de víctimas soliciten la prórroga, los jueces de garantía cuando el abogado defensor solicita la sustitución del cambio de medida de aseguramiento, descuentan tiempo aludiendo que el defensor fue el que conllevó que se venciera el año. Todo lo anterior sin revisión previa sino por el contrario lo aseguran.

En parágrafo 1 de la Ley 307, el legislador busca que la sustitución se conceda sin necesidad de descontar tiempo, sino por el contrario se aplique como esta redactado. De esta forma se respetan los derechos del indiciado y el debido proceso. Pero los jueces de garantías y los entes de control, en este caso procuraduría consideran que se debe descontar tiempo a pesar que el parágrafo no lo dice. Vulnerando el derecho de todos ser humano a la libertad y al principio *pro homine*:

*Principio Pro Homine: es un relevante criterio interpretativo que establece que toda autoridad perteneciente al poder judicial, legislativo o ejecutivo debe aplicar la norma o la interpretación más favorable a la persona o a la comunidad, en toda emisión de actos, resoluciones o normas que traten o en que se considere la protección o la limitación de los derechos humanos, la cual debe ser la más amplia en el primer caso o la menos restrictiva, en el segundo.*

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, manifiesta que en Colombia la detención preventiva de la libertad es utilizada para “forzar a los procesados a que colaboren aceptando cargos o aportando pruebas en contra de otros sospechosos”, utilizando así los fiscales la detención como una herramienta de investigación y en muchos casos aceptada por el juez de garantías. Haciendo un mal uso de la medida de aseguramiento privativa de la libertad, violando el debido proceso y por ende los derechos del indiciado.

En Colombia la Ley 1142 de 2007, por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana, decreta:

*Artículo 1°. El artículo 2° de la Ley 906 de 2004 quedará así:*

*Libertad. Toda persona tiene derecho a que se respete su libertad. Nadie podrá ser molestado en su persona ni privado de su libertad sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, emitido con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley.*

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

*En todos los casos se solicitará el control de legalidad de la captura al juez de garantías, en el menor tiempo posible, sin superar las treinta y seis (36) horas siguientes.*

Además, la ley 1142 de 2007 estableció que, para otorgar la sustitución de la detención privativa, además del cumplimiento de algunos principios ya establecidos en el Código de procedimiento Penal, debía cumplirse como segunda condición que al procesado no se le sea imputado ninguno de los más de dieciochos delitos enumerados en un párrafo que la ley adiciona (artículo 27)

Luego de abordar las disposiciones jurídicas relacionadas con la reflexión acerca de la sustitución de una medida privativa de la libertad por otra no privativa de la libertad , es conveniente la revisión teórica de la doctrina al respecto, es así que se inicia con lo expresado por el Fiscal General de la Nación para el año 2014 Luis Eduardo Montealegre Lynett, que manifestó: que no es posible se tenga como preferente la imposición de la medida de privación de la libertad, cuando esta no debe ser una preferencia en el marco de las garantías constitucionales. Como evidencia se refiere el ente acusador que la privación de la libertad debe ser una excepción dentro del proceso

penal, pero realmente esta se ha convertido en una regla general en la práctica misma, solicitada por el ente acusador y acolitada por el juez de garantía.

Para Solórzano Garavito (2012), es un pilar esencial en la vida del ser humano, de una sociedad democrática presuntamente civilizada, que debe ser protegida al interior del sistema penal en especial cuando el Ius puniendi este delegado al ejercicio del Estado en el establecimiento de penas a delitos que son de fundamental control.

Para el Dr. Oscar Augusto Toro (2013), conferencista de la Universidad libre, manifiesta que la medida de aseguramiento privativa de la libertad es y debe ser excepcionalísima y no debe ser la regla general, pero en Colombia es la regla general y la excepción es una medida de libertad, que puede ser una caución. También manifiesta que los fines de la medida de aseguramiento a nivel internacional pueden ser dos: riesgos de fuga y riesgos a la obstrucción a la investigación. Sin embargo, en Colombia se le inventa a la medida de aseguramiento, que es protección a la seguridad, considerando al detenido un peligro a la sociedad o a la víctima. Es la categoría que más se está utilizando para privar de la libertad al indiciado.

El grupo de investigación sistema penitenciara y semilleros penitenciarios (2106), considera que el estado solo hizo fue ajustar una norma para que el juez tenga unos

límites, que no pueda extenderse en el tiempo con la detención preventiva, situación a favor de los centros carcelarios y de los mismos detenidos. Pero el poder legislativo considera que esta ley debe ser modificada para evitar que personas que llevan años con una detención privativa de la libertad de manera innecesaria vuelvan obtener la libertad. Todo lo anterior apoyado por los medios de comunicación, sacrificando la libertad de las personas.

Para Vélez (2012) sostiene que en la consagración del régimen de detención preventiva se le asignaron a ésta funciones ocultas o no declaradas, como la de servir de herramienta para la lucha contra la criminalidad, demostrando con ello que en este nuevo régimen procesal penal la detención preventiva no es, de ninguna manera, un instituto excepcional sino que el fin de las medidas de aseguramiento constituye un concepto vago, difuso, abierto y ambiguo, que el legislador introdujo más como un imperativo para disciplinar al imputado, obligándolo a observar una determinada conducta de colaboración con el proceso.

Así como el poder legislativo solicita que esta ley sea derogada porque favorece al detenido, sin tener en cuenta el debido proceso, encontramos personalidades de acuerdo con esta postura como es el caso del profesor Londoño (1983) afirma que dar a la

detención preventiva es un fin de “*ejemplaridad*” o de “*satisfacción del sentido público de justicia*”. Lo anterior sin importar si la persona es culpable o no.

Para Barona (2000), considera que en el transcurso del tiempo este artículo 307, debilita el proceso porque mientras se recauda el material probatorio por parte de la Fiscalía General de la Nación, este se somete a custodia, y a los peritos y testigos se les puede otorgar mecanismos de protección que los salvaguarde de amenazas, coacciones o injerencias indebidas, lo que hace que la medida de aseguramiento pierda su objetivo al no contar con un interés protegido, permitiendo restringir derechos para asegurar la labor del ente de investigación.

Para Guillermo José Ospina López (2015), considera que antes de conceder una medida de aseguramiento no privativa de la libertad se debe hacer en primer lugar, un análisis a la persona del imputado, pues lo que ha de resultar peligroso para la víctima o la comunidad es el comportamiento asumido por éste en condición de libertad, razón por la cual debe indagarse por las circunstancias personales, familiares, psicológicas, sociales y de toda índole acerca de esa persona en particular a efectos de establecer el grado de probabilidad de que ese sujeto actúe en contra de ellas. En segundo lugar, el fin de protección de la comunidad y/o la víctima solo se alcanza con una medida de aseguramiento en particular –la restricción de la libertad del imputado– puesto que es en esa situación de libertad en la que él puede atentar contra ellas.

Teniendo en cuenta los aspectos analizados en lo referente a la medida de aseguramiento y a la sustitución de una medida privada de la libertad por una medida no privativa de la libertad, podemos decir que en Colombia se hace necesario un estudio más a fondo de la ley por parte de los entes que imparten la ley como de los litigantes e incluso de parte de los implicados en el proceso, para que se haga un buen uso de la norma, que no afecte los proceso y mucho menos los derechos humanos.

Lo anterior porque se evidencia que cada juez de garantía interpreta la norma a su manera, sin importar si afecta los derechos de una persona, a un proceso jurídico y, pero aún puede llegar a conceder una libertad o negar la misma sin tener el derecho. En este caso puede determinar una medida de aseguramiento privativa de la libertad a un individuo que es inocente y tiene el derecho o concederle la medida de aseguramiento no privativa de la libertad a una persona que no cumple con los requisitos. Todo lo anterior es por la interpretación de la ley.

### **Conclusiones.**

A manera de síntesis del ensayo, se permite realizar algunas precisiones:

- A raíz de lo anterior, se hace necesario que el Congreso de la república, la Corte Constitucional e incluso la academia cuando sea el caso, hagan una revisión exhaustiva al artículo 307 de la Ley 906 de 2004 y en especial al párrafo 1,

con el fin que sea clara, precisa y fácil de aplicar por parte del togado, en este caso por los jueces de garantía. Así apliquen la ley de manera puntual y precisa y no dilaten la libertad de un ser humano cuando tiene derecho a la misma.

- También es necesario que, en la revisión de la ley estudien la situación de la medida de aseguramiento, porque esta no se debe ubicar como una medida genérica sino por el contrario debe responder a casos particulares, de acuerdo a cada caso. No todas las situaciones son iguales y no todos los indiciados tienen la misma vida jurídica. Por lo tanto, sugiero humanizar más la justicia, donde las leyes sirvan para organizar a la sociedad, donde impere la dignidad humana y el respeto entre los hombres.
  
- Es satisfactorio generar momentos de estudios que conlleven al análisis de situaciones y acontecimientos, en este caso de la Ley 906 de 2004, el artículo 307, con el párrafo 1, que hace referencia a las medidas de aseguramiento privativa de la libertad y no privativa de la libertad. Con lo mencionado se permite aportar a la vida jurídica de nuestro país e implementarlo cuando sea necesario, en pos de mejorar la aplicación de la ley, aportar al debido proceso y lo más importante sin vulnerar el derecho a la libertad que tiene todo individuo hasta que se le compruebe su culpabilidad.

## **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

Acto Legislativo 03 de 2002, Constitución política de Colombia 1991. Por medio del cual se reforma la Constitución Nacional. Diario oficial No. 45.040, de 20 de diciembre de 2002.

Análisis Respecto De Las Medidas de Aseguramiento Vigentes en la Ley 906 de 2004, ante el Juez de Control de Garantías, en la ciudad de Pereira, periodo 2013-2014, John Heyder Castro Martínez, Pereira, Colombia, 2015.

Astrolabio. Revista internacional de filosofía Año 2012 Núm. 13. ISSN 1699-7549. pp. 395-405

Barona, S. (2000). Prisión provisional: “solo” una medida cautelar (Reflexiones ante la doctrina del TEDH y del TC, en especial de la STC 46/2000, 17 de febrero). Actualidad penal, 42, 891-911.

Código de Procedimiento Penal, decreto 2700 de 1991. Por medio del cual se expide las normas de procedimiento penal. Diario oficial No. 40.190, de 30 de noviembre de 1991.

Corte Constitucional en la Sentencia C-591 de 2005. Magistrado ponente: Clara Inés Vargas Hernández

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-293 de 2013. Magistrado Ponente: María Victoria Calle Correa.

Grupo de investigación sistema penitenciario y semillero penitenciario. Análisis de la Ley 1760 de 2015. Universidad de Antioquía. Junio de 2016.

EL DERECHO HUMANO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD, Kevin Johan Villalobos Badilla San Ramón, Costa Rica, 2012.

El Sistema Acusatorio en Colombia. Ley 906 de 2004. Vigencia primero de enero de 2005. Recuperado en [https://www.oas.org/juridico/mla/sp/col/sp\\_colint-text-sa.pdf](https://www.oas.org/juridico/mla/sp/col/sp_colint-text-sa.pdf)

GARCÍA Falconi José. El derecho constitucional a la presunción de inocencia y prisión preventiva. Universidad Andina, Ecuador, 2009.

Informe Sobre El Uso De La Prisión Preventiva En Las Américas. Comisión Interamericana De Derechos Humanos. Organización de los Estados Americanos. 2013.

LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA. Guillermo José Ospina López. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 2015.

LEY 153 DE 1887. Por medio de la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887. Art. 1°.

LEY 906 DE 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. (Corregida de conformidad con el Decreto 2770 de 2004). Diario Oficial No. 45.658. Congreso de la República de Colombia, agosto de 2004.

LEY 1142 DE 2007. Por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana. Diario Oficial No. 46.673. Congreso de la República de Colombia, junio de 2007.

LEY 1760 DE 2015. Por medio de la cual se modifica parcialmente la Ley 906 de 2004 en relación con las medidas de aseguramiento privativas de la libertad. Diario Oficial No. 49.565. Congreso de la República de Colombia, julio de 2015.

LEY 1786 DE 2016. Por medio de la cual se modifican algunas disposiciones de la ley 1760 de 2015. Diario oficial 49.921 de 1 de julio de 2016.

NIEBLES. Osorio E. Análisis al debido proceso. Presunción de inocencia. Derecho de defensa y libertad personal. Macla teórico- práctico. Ediciones librería del profesional. Bogotá, 2001.

SOLÓRZANO. Garavito Carlos Roberto. Sistema Acusatorio y Garantías Procesales. Cuarta edición. Ediciones Nueva Jurídicas. Bogotá Colombia. 2012. Pág. 71 21 Ibid. Pg. 72  
25

UNIVERSIDAD LIBRE. Guía para la elaboración de proyectos de investigación. Facultad de derecho. Centro de investigaciones socio-jurídicas. Bogotá, 2013.

VALDES Mejía Heriberto y otros. La presunción de inocencia frente a las medidas de aseguramiento en el sistema penal acusatorio colombiano. Universidad Libre. Bogotá, 2018.

VANEGAS Villa, Piedad Lucía. (2007). Las audiencias preliminares en el Sistema Penal Acusatorio. Fiscalía General de la Nación. Bogotá. p. 69

VELASCO ABOGADOS, asesoría jurídica especializada. 29 d enero 2020.

Webgrafia.

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2680/22.pdf>

[https://leyes.co/codigo\\_de\\_procedimiento\\_penal/307.htm](https://leyes.co/codigo_de_procedimiento_penal/307.htm)

