**LA DETENCION PREVENTIVA FRENTE A LOS TRATADOS
INTERNACIONALES**

LUZ MARINA DE LAS SALAS SANJUAN

Ensayo presentado como requisito para optar el título de Abogada

ASESOR

REYNALDO MORA MORA

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO SIMON
BOLIVAR

MODULOS EN ACTUALIZACIÓN EN JURISPRUDENCIA

INSTITUTO DE EDUCACIÓN CONTINUA E INVESTIGACION

FACULTAD DE DERECHO

BARRANQUILLA

2003

INTRODUCCION

Una gran conquista del siglo XX en el ámbito del derecho mundial y que ha sido aceptada, es el reconocimiento de principios fundamentales a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. A través de numerosos tratados surge como un paradigma que incide en todas las ramas del derecho, en especial en el derecho penal y brinda la posibilidad de reformar el articulado de nuestro código penal desde los principios que lo estructuran.

Partiendo del supuesto obligado de que, a partir de 1991, Colombia se erigió en un Estado Social y Democrático de Derecho, en el cual se rige como principio fúndante el respeto a la dignidad de la persona humana, a una legitimidad sustancial que exige verdaderas acciones en pro de la dinamización y realización de las garantías. El respeto a la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, a la libertad o a cualquier otra garantía fundamental, no puede quedarse reducida a un mero enunciado legal, sino que debe reflejarse en todas y cada una de las acciones estatales como expresión de la vigencia de los derechos fundamentales.

El tratado internacional de los derechos humanos se ha construido para limitar los abusos del Estado en el ejercicio de su poder coactivo y por ello, este nuevo paradigma refleja los principios de un sistema general garantista o sea que es el encargado de tutelar las libertades del individuo frente a las formas del ejercicio arbitrario del poder estatal. Analiza la antítesis entre libertad y poder y se erige en el protector del derecho a la libertad personal, que forma parte de un conjunto de garantías que aseguran a la persona humana un espacio de autonomía inviolable.

Podemos observar que la aplicación del tratado internacional de los derechos humanos desempeña un papel fundamental en el sistema de justicia de un Estado

en especial en el sistema de justicia penal, de tal forma que sólo una efectiva protección en el ámbito interno puede asegurar la plena vigencia de los derechos humanos y constituirse en la defensa del ciudadano frente a la violación de sus derechos.

El tema del presente trabajo es el de resaltar la importancia que tiene cada persona frente a los tratados internacionales de derechos humanos siendo uno de los principales la presunción de inocencia, el cual está íntimamente ligado con el derecho fundamental a la libertad; ¿cómo el legislador desconociendo otro derecho fundamental, el de la igualdad, legisla beneficiando a los delincuentes de cuello blanco en detrimento de las clases menos favorecidas?

Resulta deplorable, que si se tiene en cuenta que esa detención preventiva rige para la etapa instructiva, de donde resulta que, en nuestro país, se priva de la libertad a la persona para investigarla, a partir de unos requisitos probatorios que lejos están de cuestionar el principio de presunción inocencia vulnerando tanto el principio de la dignidad humana como también el de libertad y la presunción de inocencia. Me pregunto: ¿si de continuar con la violación de los derechos fundamentales, será que muy pronto la Fiscalía General de la Nación deja de cumplir con su papel importante de aportar las pruebas para demostrar la culpabilidad del procesado y sea éste quien tenga que aportarlas para demostrar su inocencia?, por que estamos frente a una vulneración del principio constitucional de la presunción de inocencia.

DESARROLLO

La regulación de la detención preventiva, tal como quedó en el nuevo código de procedimiento penal, abre un amplio espacio al arbitrio judicial en la medida que, los denominados fines de detención, resultan de difícil demostración, cuando no imposible. Por lo mismo, queda como simple reflejo de los fines no declarados de la pena de prisión.

En lo que concierne al derecho a la libertad art. 28 de la Carta establece que toda "persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandato escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley".

Lo transcrito implica varias consecuencias importantes para lo que nos ocupa. En primer lugar, se reconoce, como corresponde a un Estado Social de Derecho que la libertad es un derecho fundamental de la persona. En esta medida, su limitación debe estar acorde con el respeto a la dignidad humana; es decir, que cuando se limite o se prive a una persona de su libertad ello se haga teniendo en cuenta que la persona es un fin en sí mismo y no un fin para medios cualesquiera.

Consecuente con lo anterior, la norma constitucional determina que esa privación de la libertad no sólo debe cumplirse mediante orden escrita de autoridad competente, sino también por motivo previamente señalado en la ley; lo cual tiene plena armonía con el art. 29 de la misma obra, en cuanto dispone que nadie puede ser juzgado sin ley previa que tipifique la conducta que se le imputa y que se presume inocente en tanto no haya sido vencido en el juicio. Esto significa, que nadie puede ser privado de la libertad sin mandamiento judicial de autoridad competente, sin ley que previamente haya declarado como delictiva la conducta que se enrostra en la persona y sin desconocer la

presunción de inocencia que la ampara hasta tanto no sea condenada, previo juicio, con el lleno de todas las formalidades legales. Cualquier limitación a la libertad de una persona que desconozca estos parámetros fundamentales, deviene por lo mismo como vulneradora del principio del respeto a la dignidad de la persona humana y, por ende contraria a la Constitución y a los tratados internacionales ratificados por Colombia, en virtud de lo establecido en el art. 93, de la Carta Magna que conforman el denominado bloque de constitucionalidad.

De cara a lo anterior, debe tenerse presente, frente al derecho a la libertad que la legitimidad de cualquier limitación a la misma está ligada, al tenor a lo ahora consignado, a que ésta sea realizada por un Juez tal como expresa el art. 28 citado; referencia expresa un Juez, que no puede entender como simple error taquigrafico, sino como una consecuencia obligado del sistema acusatorio que en la misma Carta Magna se establece y que, además, se armoniza con los tratados internacionales de derechos humanos suscrito por Colombia, como la Convención Americana de Derechos Humanos, ratificada a través de la ley 16 de 1972 en ese instrumento, expresamente en el numeral 5° del art. 7° , se establece que cuando la persona es detenida o retenida "debe ser llevada, sin demora, ante un Juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio". De esta norma, claramente se infiere que la libertad solo puede limitarse por un Juez o quien cumpla funciones judiciales, pero solo para efecto de lograr la comparecencia de la persona al juicio, lo cual supone cuando menos que ya exista una acusación que se soporte en pruebas que comprometan seriamente la presunción de inocencia; no obstante lo cual, se dé aún en esta etapa conforme a la norma internacional, dar

prevalencia a la libertad simplemente condicionada su disfrute a garantías que aseguren la comparecencia al mismo, más no garantizado éste último privando de la libertad al sindicado, por ser ello contrario al principio del respeto a la dignidad de la persona humana.

Por dicha razón, toda limitación al derecho a la libertad, antes de que exista una condena debe ser estrictamente regulada y limitada, en todo caso, no debe ser anterior, para no desconocer los tratados internacionales sobre derechos humanos, emitida antes de que nuestro sistema procesal actual, justificara la privación de la libertad de la persona para asegurar su comparecencia al proceso, o para cualquiera de las circunstancias señaladas en el art. 355 del C.P.P, antes de que exista juicio, como mínimo, que no como factor justificante pleno se le estará utilizando como un medio para fines del Estado, desconociendo que el ser humano es un fin por sí mismo, porque se está sacrificando su libertad para subsanar la ineptitud del Estado, para implementar los mecanismos idóneos y así, lograr la comparecencia del individuo al proceso; lo que resulta a todas luces injusto, si tenemos en cuenta que la persona está amparada por la presunción de inocencia.

Tan cierto resulta lo anterior, que en el art. 431 del Nuevo Código de Procedimiento Penal, se consagra el denominado principio de libertad, en virtud del cual se prohíbe *dictar medida de aseguramiento contra los altos dignatarios del país*, en procesos adelantados en su contra por el Congreso de la República. Es decir, que para el legislador sí es claro que la detención preventiva es una institución que vulnera las garantías fundamentales de las personas; sólo que esta claridad se tiene únicamente en relación con los altos funcionarios del Estado, y no con relación con el resto de la población, poniendo de manifiesto el aberrante criterio selectivo que rige en la creación de

las normas en nuestro país, no obstante ser las conductas delictivas realizadas por los altos funcionarios del Estado, en razón de alta investidura y la confianza que en ellos se depositó, de una mayor connotación política y de un mayor daño social. De relieve lo anterior, el desconocimiento grave del principio de la igualdad consagrado en el art. 13 de la Constitución Nacional, sin que se pueda argüir, al tenor de la doctrina de la Corte Constitucional, de su interpretación no pueda hacerse a partir de un criterio matemático o formal, sino atendiendo a las diferencias entre los distintos y a la igualdad entre los similares; porque, en materia de infractores a la ley penal, las diferencias se tornan difusas cuando el criterio elegido es el de simple posición social. De ser ello así, el establecimiento de diferencias en procura de justificar una excepción al principio de igualdad a partir de ese único factor, comportaría el reconocimiento oficial de que la diferencia de clase rige también entre los infractores de la ley penal, lo que, sin ser una novedad, es, cuando menos, una cínica posición.

Por todo lo anotado, resulta claro que, los fines de la detención preventiva, tal como lo consagra el art. 355 del C.P.P. resulta manifiestamente contrario a las garantías fundamentales de la persona, con lo cual dicha norma es contraria a los postulados de un Estado Social de Derecho, en la medida que supedita, cual estado liberal, los derechos fundamentales de la persona a la ley y no ésta a aquellos, como corresponde a aquel modelo estatal; pues, aunque, a diferencia, de la normatividad derogada, supedita la privación de la libertad al cumplimiento en el caso específico, de los referidos fines, analizada la dimensión o posibilidad probatoria de cada una de ellos, pronto se advierte que la dificultad de su demostración conduce a dejar descubierto su carácter eminentemente arbitrario.

En efecto, saber ¿cuándo una persona no comparecerá al proceso, cuándo pondrá en peligro las pruebas o cuándo continuará delinuyendo? Es algo que,

fragante a una verdadera dialéctica probatoria resultará muy difícil, cuando no, de imposible demostración; con lo cual, fragante al mismo caso específico, será, al arbitrio del funcionario judicial el que dará por establecida cada una de estas situaciones. En esta medida, es capaz de imprimirle un aparente garantismo a la toma de decisión privativa de la libertad, en verdad terminó abriéndole amplio espacio al arbitrio judicial y con ello a la selectividad clasista del sistema; pues, sin que sea necesario mayores esfuerzos intelectivos, al punto se advertirá que en la detención preventiva continuará reservada para las clases marginadas y para las que, según afortunada expresión de ZAFFARONY, carecen o perdieron la "cobertura del sistema" pues, en virtud de su condición social o política presenta un mayor grado de vulnerabilidad frente al control social ejercido por medio del derecho penal. La delincuencia de cuello blanco y la delincuencia próxima al poder, poco peligro tendrán de ser detenidas, mientras se tramita el proceso; ya que, frente a este tipo de criminalidad, dada su inmunidad al sistema penal, siempre se dirá que no eludirán la actuación de la justicia, ni pondrán en peligro la prueba, ni existe posibilidad de continuar su actividad delincencial, la que siempre será calificada de ocasional y accidental.

En ese orden de ideas, sólo para estos últimos, se hará realidad el principio de presunción de inocencia, y la posibilidad de ejercer un verdadero contradictorio que es inherente a la libertad en cuanto permite la real posibilidad de aportar pruebas y controvertir las aducidas en su contra. Para los otros, la *privación de la libertad* será la constante, y por ello, la imposibilidad de ejercer una eficaz defensa material.

Esto resulta hasta más deplorable, si se tiene en cuenta que esa detención rige para la etapa instructiva, de donde resulta que, en nuestro país, se priva de la libertad a la persona para investigarla, a partir de unos requisitos probatorios que lejos están de cuestionar el principio de presunción de inocencia. Con ello,

entonces, se viola tanto el principio de respeto a la dignidad humana, como también los de libertad y presunción de inocencia; Toda una gama de vulneraciones que torna arbitraria en grado sumo dicha institución, de cara a un Estado Social de Derecho. En efecto, bajo ninguna circunstancia puede entenderse como legítima una norma jurídica cuya justificación es lograr la comparencia del sindicado al proceso, tornándola por lo mismo en un medio para remediar la ineptitud del Estado y no como un fin en sí mismo; es decir, se *cocifica* a la persona desconociéndole su dignidad como tal so pretexto de justificar la incapacidad, física y moral de lograr la comparencia del inculcado al proceso. Lo primero, por ineficacia de los organismos de seguridad; lo segundo, por la incapacidad de entender, como lo plantea FERRAJOLI, que brindándole al individuo la posibilidad de estar en libertad y de comparecer al juicio por su propia voluntad se tutela dentro de la plenitud del debido proceso, el derecho de defensa, al permitirle a la persona que pueda ejercer en toda su dimensión la contradicción en el juicio a través de una completa libertad de movimiento, no limitada por las ataduras que las rejas propician, haciendo el debate probatorio y del derecho de contradicción, una pantomima matizada por un defensor que poco puede hacer en términos de eficiencia, la actividad probatoria, dado que su función siempre estará mediatizada a través del verdadero actor histórico

Hasta que se haga efectiva esta plena igualdad en la interpretación de la norma consagratória de la detención preventiva, como subsidio a su permanencia legal, podrá decirse que la función del Estado en orden a hacer efectivos el derecho a la dignidad humana, la libertad y la presunción de inocencia, se ajustará a los postulados de un Estado Social y democrático de Derecho.

Si bien es cierto resultan sanas las advertencias por la Corte Constitucional, entre otras, en su sentencia C-774-2001, también lo que es el marco político

de nuestro país y su incidencia en la conciencia jurídica del mismo.

Podemos observar en el octavo informe rendido por Defensor del Pueblo al Congreso de la República, que el Estado es inerte a la solución del problema carcelario en el país violando flagrantemente los derechos fundamentales no solo de los procesados sino también de los condenados.

"El sistema penitenciario y carcelario del país se halla integrado por 10 penitenciarías, 23 cárceles de distrito, 1 colonia penal, 10 reclusiones de mujeres y 124 cárceles del circuito judicial para un total de 168 centros carcelarios y penitenciarios. Con excepción de las penitenciarías de Itagüí y Valledupar que son construcciones recientes, las demás tienen un promedio de vida de medio siglo y presentan un deterioro general ostensible y deficiente en todos los servicios públicos básicos. No disponen de infraestructura adecuada y de suficientes cupos que impidan, por lo menos alivien, el actual hacinamiento. Esta situación de hacinamiento se viene presentando desde hace más de 10 años". VER ANEXO No. 1

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su art. 11 reafirma este carácter fundamental cuando dice: " Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley en juicio público en el que se haya asegurado todas las garantías necesarias para su defensa"

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José art. 8º ratificado por Colombia a través de la ley 16 de 1.974 expresa: "Toda persona inculpada del delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad".

Art. 66 Del Estatuto de Roma de la Corte Penal internacional dice:

"Se presumirá que toda persona es inocente mientras no se pruebe su

culpabilidad ante la Corte de conformidad con el derecho aplicable".

En el artículo 29 inciso 4° de la Constitución Nacional dice: " Toda persona se presume inocente mientras no se haya declarado judicialmente culpable".

El Decreto 2700 1991 señala en su artículo 2° (Este decreto aún se aplica en los casos de los delitos cometidos durante su vigencia para dar cumplimiento al principio de favorabilidad). "..En desarrollo de las actuaciones Penales prevalece el principio de la presunción de inocencia, según el cual toda persona se presume inocente, y debe ser tratada como tal mientras no se produzca una declaración definitiva sobre su responsabilidad".

Ley 600 de 2000 en su artículo 7° expresa: " Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal mientras no se produzca una sentencia condenatoria definitiva sobre su responsabilidad penal. En las actuaciones penales toda duda debe resolverse a favor del procesado."

Cesar Beccaria 1.771 en su libro de los delitos y de las penas expresa que:

"En efecto si el hombre se presume inocente por que atormentarlo con la detención preventiva hasta constatar su inocencia? La presunción es más bien un castigo que una seguridad del reo. 1

Carrara Francisco, en su obra Programa de derecho criminal dice: que la detención preventiva hay que administrarla en razón de tres necesidades:

La Justicia, para impedir la fuga del reo.

La Verdad, para impedir al sindicado que estorbe las indagaciones de la autoridad, destruya las huellas del delito e intimide a los testigos y la defensa pública para impedirle a ciertos facinerosos que durante el proceso continúen

1. Cesare Beccaria, de los delitos y de las penas página XXII

en sus andanzas.

Pero, así mismo sostiene que estas circunstancias solamente han de ser tenidas en cuenta en aquellos delitos que sean graves o de carácter habitual en el sindicado y en los que resulten diversos a estas consideraciones debe suavizarle la providencia con otorgamiento de la libertad provisional caucionada” 2

Vanegas González David, en su obra: La Investigación Previa en la Nueva Ley de Procedimiento Penal expresa:

“En primer término, la detención preventiva gubernativa tiene que basarse en razones objetivas, en motivos fundados. Esta exigencia busca tanto proteger los derechos ciudadanos contra injerencias policiales arbitrarias como permitir que la legitimidad de la aprehensión pueda ser controlada, tanto por los superiores del funcionario que la practicó como por las autoridades judiciales y los organismos de vigilancia y control del Estado pero, ¿qué entiende la Corte Constitucional por "motivos fundados"?

Bernal Cuéllar Jaime, Montealegre Lynett Eduardo en su obra el Proceso Penal sostiene:

"La detención preventiva debe interpretarse conforme a la Carta Política, según la cual las normas restrictivas de la libertad son de aplicación excepcional.

El artículo 357 del CPP establece los casos en que es procedente las medidas de aseguramiento de detención, el legislador tuvo en cuenta tres criterios fundamentales para regular la medida cautelar. Ellos son: *1.un criterio objetivo*, que apunta al mínimo de la pena establecido en la respectiva disposición.

2 Venegas González David La Investigación previa en la nueva ley penal

que apunta al mínimo de la pena establecido en la respectiva disposición legal, es decir, la gravedad del hecho, porque procede por delitos sancionados con pena mínima que sea o exceda de cuatro años de prisión; 2. *El bien jurídico tutelado*, independientemente de la sanción, por lo cual se hizo una enumeración taxativa de los delitos que ameritan esa medida, no obstante tener pena inferior a cuatro años de prisión; y 3. *Los antecedentes de la persona* a quien se le va a resolver situación jurídica, en sentido de afectarla con resolución de detención si en su contra se encuentra vigente sentencia condenatoria ejecutoriada por delito doloso o preterintencional sancionado con prisión.”³

Respecto a este tema se han proferido sentencias de la Corte Constitución tales como: C-093/93, 411 Y 412-93, C301-93, C-106-94, C- 578-95, C-689-96, C-549-97, C-358 de 1.997, C-191-98, T-568-99, C-708-1999, C925-99, C-327-97, C-700-99, C-708-99, C-492-200, 634-2000,

Una de ellas la atinente a la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 354 a 367 de la ley 600 de 2000, siendo MAGISTRADO PONENTE:

RODRIGO ESCOBAR GIL, en donde el Señor DIOGENES ESCOBAR en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en los artículos 421 y 242 de la C.P. demandó la inexecutable entre otros de los artículos 354 a 367 del Código de Procedimiento Penal.

Expresa el Señor DIOGENES ESCOBAR que la detención preventiva es violatoria al art. 28 en concordancia con el art. 29 inciso 3° de la Constitución

3. Bernal Cuellar Jaime, El proceso penal pag. 217

Nacional, debido a que vulnera el principio de presunción de inocencia y el derecho a la libertad personal, y explica el término PRESUMIR, según la Real Academia de la Lengua Española, vigésima primera edición de 1.992 que tiene esta primera acepción "sospechar, juzgar o conjeturar una cosa por tener indicios o señales para ello".

Considera el demandante que sí es necesaria la determinación de culpabilidad por parte de una autoridad judicial competente, a través de una sentencia condenatoria en firme, mientras esto no suceda se presume su inocencia, y por lo mismo, no puede ser detenida ni siquiera preventivamente, por que de hacerlo se estaría vulnerando la consagración de inocencia y su libertad personal.

Afirma el señor DIOGENES ESCOBAR que las normas demandadas vulneran el Derecho Internacional Humanitario como consecuencia del hacinamiento carcelario y las condiciones inhumanas en que se encuentran las personas detenidas preventivamente, por lo cual, el Estado Colombiano se encuentra Incumpliendo los citados tratados y las normas carcelarias.

Con base en tales argumentos del demandante la Corte Constitucional al realizar un análisis constitucional de la figura de la detención preventiva la luz de los art. 28 y 29 y el numeral 1 del art. 250 de la Constitución Política, con la finalidad de impulsar y formular orientaciones jurisprudenciales que permitan por la vía de la clarificación hermenéutica, contribuir al perfeccionamiento de las garantías constitucionales que tienen las partes en el proceso penal, lo cual constituye una exigencia de carácter social y política de trascendental importancia para la consolidación del Estado Social de Derecho y la salvaguarda de los derechos fundamentales, estableció que la presunción de inocencia se encuentra reconocida en el art.29 inciso 4º de la C.P. *"Toda persona se presume inocente mientras no se haya declarado judicialmente*

culpable". Este postulado cardinal de nuestro ordenamiento jurídico, no admite excepción alguna e impone como obligación la práctica de un debido proceso de acuerdo con los procedimientos que la Constitución y la ley consagran para desvirtuar su alcance.

Etimológicamente se entiende por presumir suponer algo por indiscutible aunque no se encuentre probado. La presunción se convierte en una guía para la valoración de las pruebas.

La presunción de inocencia en nuestro ordenamiento jurídico adquiere el rango de derecho fundamental, por virtud del cual, el acusado no está obligado a presentar prueba alguna que demuestre su inocencia y por el contrario ordena a las autoridades judiciales competentes la demostración de culpabilidad del agente. Y exige para ser desvirtuada la convicción o certeza más allá de una duda razonable, basada en el material probatorio, que establezca los elementos del delito y la conexión del mismo con el acusado. Esto es así, por que ante la duda en la realización del hecho y en la culpabilidad del agente se debe aplicar el principio de *in dubio pro reo*.

La declaración Universal de los Derechos Humanos en su art. 11 reafirma el carácter fúndante de la presunción, por virtud del cual "*Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa*".

La libertad personal, principio y derecho fúndante del Estado Social de Derecho comprende "*la posibilidad y el ejercicio positivo de todas las acciones dirigidas a desarrollar las aptitudes y elecciones individuales que no pugnen con los derechos de los demás ni entrañen abuso de los propios, como la proscripción de todo acto de coerción física o moral que interfiera o suprima la autonomía de la persona sojuzgándola, sustituyéndola oprimiéndola o*

reduciéndola indebidamente"

El derecho a la libertad personal, no obstante ser reconocido como elemento básico y estructural del estado de Derecho, no alcanza dentro del mismo ordenamiento jurídico un carácter absoluto e ilimitado. Por lo que ha precisado esta Corte: " *Los derechos fundamentales, no obstante su consagración constitucional y su importancia, no son absolutos y, por lo tanto, necesariamente deben armonizar entre sí y con los demás bienes y valores protegidos por la Carta, pues, de lo contrario, ausente esa indispensable relativación, la convivencia social y la vida institucional no serían posibles.*" ⁴.

El art. 28 de la Carta Política consagra: "*Toda persona nace libre*"

Así pues aún cuando el derecho a la libertad no es absoluto es claro que su limitación tampoco ha de tener ese carácter y, por lo tanto, el legislador, al regular los supuestos en los que opere la restricción del derecho, debe observar criterios de razonabilidad y proporcionalidad que fuera de servir al propósito de justificar adecuadamente una medida tan drástica, contribuyan a mantener inalterado el necesario equilibrio entre las prerrogativas en lo consiste al derecho y límites del mismo. ⁵

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político, ratificados por la ley 74 de 1.968 "*Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitraria. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la ley con arreglo al procedimiento establecidas en ésta. La Convención Americana de Derechos Humanos ratificada por la ley 16 de 1.972 precisa: "Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física salvo por las causas y en las condiciones fijadas*

⁴ Sentencia c-301 DE 1993 en igualo sentido c-634 de 2000

⁵ Sentencia C-578 de 1.995

de Antemano por las Constituciones políticas de los Estados o por las leyes dictadas conforme a ellas.

El Conjunto de normas que hacen parte del bloque de Constitucionalidad *latu sensu*, forman parámetros para determinar el valor constitucional de las disposiciones sometidas a control," *conforme a esta acepción el bloque de constitucionalidad estaría conformado no solo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, algunas ocasiones, por las leyes estatutarias.*⁷

Frente al derecho a la libertad personal esta Corporación mediante sentencia C-327 de 1.997, señaló que *"al efectuar el análisis de constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria: por la cual se regulan los estados de excepción en Colombia, la Corte declaró*

Exequibilidad del art. 4º en el cual, el legislador valiéndose de la Convención Americana de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos

Civiles enuncia una serie de derechos que califica de intangible, durante los estados de excepción, los cuales no pueden ser objeto de suspensión o restricción alguna por el legislador extraordinario y dentro de esa enunciación no aparece la libertad personal que es susceptible de limitaciones.

En la parte relativa a la libertad personal no forman parte del bloque de constitucionalidad

Claro está, tratándose del art. 93 de la Constitución Política, el alcance de su garantía constitucional debe interpretarse a la luz de los tratados

Sentencia C- 3558 de 1.997 sobre ley estatutaria y bloque de Constitucionalidad C-708 de 1.999

internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. Frente a la presunción de inocencia si forma parte del bloque de constitucionalidad toda vez que es un derecho humano."

"La medida de aseguramiento consistente en detención preventiva no comporta siempre la privación efectiva de la libertad, pues dada la presunción de inocencia que acompaña al procesado durante toda la investigación penal, la restricción de su libertad sólo puede estar determinada por la necesidad de que se cumplan los fines de la "No obstante la procedencia de la detención no se sujeta únicamente" al cumplimiento de los requisitos formales y sustanciales que el ordenamiento impone, sino que además, para decretarla debe atenderse a los fines u objetivos que, de acuerdo con la Constitución se haya establecido con la misma."

Con base en tales consideraciones, la Corte Constitucional conceptuó y decidió que los art. 398,399,400.403, 404, 405, 408 y 418 del Decreto 2700 de 1.991 y los art. 354,355,.358,360,364 y 367 de la ley 600 de 200, deben ser declarados exequibles, en razón a que fueron demandados exclusivamente por regular la institución de la detención preventiva por lo que fue declara exequible.

Respecto a ello mi primera inquietud tiene que ver con la relación que se establece entre distintos conceptos. Son los que he resaltado en negrita: debido proceso, presunción de inocencia, principios de legalidad, y retroactividad, y garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos. Obviamente, estos conceptos son diferentes. La relación que se establece diluye las diferencias que los separan. Esto se hace con el loable propósito de incluir la presunción de inocencia dentro del bloque de constitucionalidad en sentido estricto, en el cual se ubican los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales ratificados por Colombia y que prohíben su "limitación" en los estados de excepción.

En la lista de derechos que no pueden ser suspendidos no figura, de manera expresa, la presunción de inocencia. Sin duda, ello es sorprendente, pero es así. Para incluirla, la sentencia recurre a dos argumentos. Primero, dice que la presunción de inocencia es fundamento del debido proceso y del principio de legalidad. Segundo, emplea un argumento para sostener que sí ambas "garantías judiciales" no pueden ser suspendidas entonces mucho menos puede serlo la

presunción de inocencia, por ser fundamento de ambas.

No comparto estos argumentos. En la Convención Americana citada se distingue claramente entre los principios del artículo 9°(legalidad y retroactividad), y el debido proceso que está consagrado en el artículo 8°. La presunción de inocencia no es ubicada por la Convención como fundamento de los principios mencionados, ni tampoco del debido proceso, sino como una de las manifestaciones del debido proceso prevista en el inciso segundo del artículo 8, como es la del derecho al juez natural o el principio de imparcialidad, los cuales están previstos en el inciso primero del artículo 8.

En cuanto a la expresión "las garantías judiciales", incluida al final del artículo 27, inciso 2, de la Convención citada, la confusión consistente en no distinguir entre el debido proceso y garantías judiciales insuspondibles, puede deberse a un error de transcripción. En efecto, el texto citado en la sentencia se refiere a esas garantías a "los derechos", es decir, a todos los derechos, mientras que el texto oficial de la Convención los refiere a "tales derechos", es decir, a los expresamente enumerados como insuspondibles por la misma norma dentro de los cuales, como se anotó, no se encuentran las garantías del debido proceso del artículo 8 de la Convención. Las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos son los recursos judiciales efectivos, como, por ejemplo, el habeas corpus y el amparo o tutela.

Las relaciones que se hacen entre estos conceptos en la ponencia tienen un fin loable, pero no responden al tenor de las normas de la Convención. Además, tampoco reflejan la interpretación que les ha dado la Corte Interamericana, su intérprete autorizado.

Ahora bien, dentro de esas "garantías judiciales indispensables" se encuentra el habeas corpus, al cual se refiere expresamente la Opinión Consultiva citada. Este recurso judicial efectivo para proteger la libertad, la integridad física, la vida y otros derechos de quién está privado legal o arbitrariamente de su libertad, no sólo no puede suspenderse sino que las reglas procesales aseguran su efectividad, es decir, las que corresponden al debido proceso que se debe aplicar al trámite y decisión judicial del habeas corpus, no en cualquier proceso judicial, tampoco pueden ser suspendidas ya que constituyen su marco de funcionamiento.

Se puede observar que la presunción de inocencia adquiere más valor porque está en el bloque de constitucionalidad y da un sentido estricto. Esa razón, por las vulnerabilidades del argumento plasmado en la sentencia de la Corte Constitucional puede volverse en contra. La presunción de inocencia es un derecho fundamental sagrado por que así lo establece la Constitución.

Además en la Constitución la presunción de inocencia es una manifestación del debido proceso que ha sido concedido desde una perspectiva sustancial, o formal. Por eso, la detención preventiva, viola la presunción de inocencia y un abuso de su utilización conlleva al desconocimiento de este derecho fundamental. Así lo ha reconocido la Corte Interamericana independientemente si un país se encuentra o no bajo un estado de excepción.

La Corte estima que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea que una persona es inocente hasta que la culpabilidad sea demostrada. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del

detenido más allá de los límites estrictamente necesario para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que eludirá la acción de justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Este concepto está plasmado en múltiples instrumentos de derecho internacional de los derechos humanos y, entre otros, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone que la prisión de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser regla general (art. 9.3) En caso contrario se estará cometiendo una injusticia al privar de la libertad, por un espacio desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocido.

Si embargo, estimo importante hacer una diferencia entre estos tres conceptos. La suspensión de un derecho consiste en restarle efectividad total de manera temporal, generalmente mediante una declaración formal de suspensión. Eso está prohibido en Colombia expresamente en nuestra Constitución en el artículo 214(2), no solo de los derechos enunciados en el artículo 27 de la Convención C.I.D.H. sino de todos los derechos constitucionales fundamentales. Por eso bajo el imperio de la Constitución de 1.991 no es posible que un decreto de excepción diga que queda prohibido el derecho de reunión como se hizo en el Estado de Sitio.

El concepto de limitación de un derecho es distinto, se limita un derecho cada vez que este es regulado y la razonabilidad de la limitación se puede apreciar tanto en abstracto como en concreto. Los límites pueden resultar del conflicto del derecho, con un deber, con un fin público, o con un principio. Pero también puede resultar de simples regulaciones dirigidas a organizar su ejercicio. Todos los derechos, incluido el derecho a la libertad personal o a la presunción de inocencia, son limitantes y generalmente han sido limitados en virtud de leyes ordinarias de

manera permanente. La Corte ha establecido criterios para determinar si una limitación es constitucional o no es, dentro de las cuales se destaca la razonabilidad y proporcionalidad.

CONCLUSIONES

El modelo ideal planteado por el garantismo consiste en una máxima eficacia en la aplicación de la coerción penal con un respeto absoluto a la dignidad humana y a los derechos fundamentales y se constituye en un punto de referencia básico para reflexionar y analizar los sistemas vigentes entre los límites del poder del Estado y su necesidad de ser eficaz, no es fácil de lograr. En término de eficacia una de las fallas fundamentales del sistema penal es la carencia de verdaderos sistemas de investigación, donde los funcionarios delegan esta labor a las fuerzas de seguridad, quienes en la práctica no están sujetas a un auténtico control por parte de los poderes democráticos.

Se debe observar criterios de razonabilidad y proporcionalidad que fuera de servir al propósito de justificar adecuadamente una medida tan drástica, contribuyan a mantener inalterado el necesario equilibrio entre las prerrogativas entre el derecho y límites del mismo.

Reconocidos en el art. 431 C.P.P. los principios de libertad y presunción de inocencia, de igual manera se debe aplicar el derecho fundamental a la igualdad a todos los habitantes del territorio nacional mediante una ley estatutaria para dar cumplimiento con lo establecido en el acto legislativo No.003-02 mediante el, cual se hace reforma al art. 250 de la Constitución Nacional, (Reforma a la Fiscalía General de la Nación) donde solicitará al Juez que ejerza las funciones de control de garantías necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba, mediante mecanismos establecidos por el Estado que no vulneren los derechos fundamentales, de la dignidad humana, presunción de inocencia, libertad e igualdad entre otros establecidos en

---

los pactos internacionales reconocidos por Colombia.

Dotar mediante mecanismos eficaces al Ministerio de Justicia para garantizar la comparecencia de los imputados al proceso penal, respetando los principios de la Constitución Nacional en favor de los derechos humanos y de esta manera le permita cumplir los compromisos internacionales adquiridos.

Se debe impulsar, acelerar los procesos penales para evitar la congestión en los despachos judiciales.- Colocar Funcionarios Judiciales capaces e imparciales, dejando a un lado el tráfico de influencias. Debido a la demora injustificada de los términos que tienen los funcionarios para emitir sus decisiones, produce un gravoso perjuicio para quienes acuden a la administración de justicia, ya que se configura una violación a todo procesado a tener un juicio sin dilaciones injustificadas.

Capacitación a la Policía Judicial del respeto a los derechos humanos, a diario vemos en las cárceles, internos donde la Policía Nacional por ganarse un estímulo que le concede la institución, sin discriminación alguna suben a la patrulla a personas inocentes y aducen haberlos detenidos en flagrancia y los mismos funcionarios firman el acta del detenido violando de esta manera todos los derechos humanos inherentes a la persona.

**POBLACION CARCELARIA Y CAPACIDAD DE LOS CENTROS DE
RECLUSION 1.991-2000**

ANEXO No. 1

AÑO	POBLACIÓN	CAPACIDAD
1990	32.387	28.380
1991	29.695	28.303
1992	27.316	28.252
1993	28.550	27.560
1994	29.308	26.525
1995	30.304	27.540
1996	39.676	28.332
1997	42.454	29.217
1998	44.398	33.119
1999	45.064	33.600
2000	52.000	37.986

Fuente: Informe al Congreso de la República

BIBLIOGRAFIA

BERNAL CUELLAR Jaime, El Proceso Penal, Universidad Externado de Colombia, Bogotá Marzo 2.002

DEFENSORIA Del Pueblo, Octavo Informe del Defensor del Pueblo al Congreso de Colombia, Imprenta Nacional de Colombia, Bogotá JULIO 2001

FIERRO MENDEZ - Heliodoro, La Privación Provisional de la Libertad, Leyer, Bogotá, Junio de 1.998

VANEGAS GONZALEZ David, La investigación Previa en la Nueva Ley Penal, Biblioteca Dike, Colombia, 20 de Julio de 2002