



CyP

Revista Cambios y Permanencias
Publicación multi e interdisciplinar
orientada a los estudios sociales

Revista Cambios y Permanencias

Grupo de Investigación Historia, Archivística y Redes de Investigación

Vol.11, Núm. 1, pp. 379-409 - ISSN 2027-5528

La detención preventiva en Colombia a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: Un llamado a la aplicación del Control de Convencionalidad

Preventive detention in Colombia in the light of the American Convention on Human Rights: A call to the application of Conventionality Control

Héctor Fabio Suárez Palomo
Universidad Industrial de Santander
orcid.org/0000-0002-8990-59

Recibido: 30 de marzo de 2020
Corregido: 1 de mayo de 2020; **Aceptado:** 05 de mayo de 2020

**HA
RE
D**
Grupo de
Investigación
Historia
Archivística y
Redes de
Investigación



Universidad
Industrial de
Santander

Universidad Industrial de Santander / cambiosypermanencias@uis.edu.co

La detención preventiva en Colombia a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: Un llamado a la aplicación del Control de Convencionalidad

Héctor Fabio Suárez Palomo
Universidad Industrial de Santander

Estudiante
Escuela de Derecho y Ciencia Política

Correo electrónico: hfsuarez35@gmail.com

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-8990-59>

Resumen

En un Estado de derecho moderno, la detención preventiva se postula como la garantía de un proceso penal con presencia del imputado. Sin embargo, tal circunstancia deviene en una restricción al derecho fundamental de la libertad, razón por la cual adquiere una relevancia significativa, más aún si se tiene en cuenta que el imputado a quien se le restringe su derecho a la libertad se presume inocente en tanto no se declare su culpabilidad mediante sentencia judicial en firme. En Colombia, los intervinientes en el proceso penal deben tener especial cuidado en solicitar y aplicar la medida de detención preventiva, bajo la égida de que la misma debe ser la excepcionalidad; así, las causales para imponer esta medida deben ser estudiadas cuidadosamente, a la luz de los tratados internacionales y del derecho interno, en especial aquella denominada “peligro para la comunidad”, toda vez que la misma vulnera no solo la presunción de inocencia del imputado sino el principio del acto o derecho penal de acto.

Palabras clave: Detención preventiva, libertad de locomoción, control de convencionalidad, bloque de constitucionalidad, derecho penal de acto.

Preventive detention in Colombia in the light of the American Convention on Human Rights: A call to the application of Conventionality Control

Abstract

Within a modern rule of law, preventive detention is postulated as the guarantee of a criminal proceeding with the presence of the accused. However, this circumstance becomes a restriction on the fundamental right of freedom, which is why it acquires significant relevance, even more if one takes into account that the accused to whom his right to freedom is restricted is presumed innocent as long as do not declare his guilt through a final court sentence. In Colombia, those involved in the criminal process must take special care to request and apply the preventive detention measure, under the aegis that it must be exceptional; thus, the grounds for imposing this measure must be studied carefully, in the light of international treaties and domestic law, especially that called "danger to the community", since it violates not only the presumption of innocence of the accused but the principle of the act or criminal act law.

Keywords: Preventive detention, freedom of locomotion, conventionality control, constitutionality block, criminal act law.

Introducción

La libertad, junto con la dignidad e igualdad, se instituyen como los pilares sobre los que se funda todo Estado de Derecho moderno, partiendo de la premisa de que todos los hombres y mujeres nacemos libres, iguales y dignos; así lo consagra la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en su artículo primero al señalar que *«Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros»*.

Desde revoluciones como la francesa en 1789, se postuló como fundamento de la racionalidad y del derecho que el ser humano es libre y debe permanecer libre: *«Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común»* (Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 1789, art 1.). Así pues, la libertad se constituye y debe ser vista como parte esencial del ser humano, que le da sentido y lo dota de razón. El derecho a la libertad es entendido como un derecho sagrado e imprescriptible que todos los seres humanos poseen, el cual les faculta obrar según su voluntad, respetando la ley y el derecho del otro.

Ahora bien, el amplio espectro del derecho a la libertad condensa las áreas más diversas en que esta se manifiesta. Conviene pues que señalemos que existen dos grandes géneros del derecho a la libertad: las libertades individuales y las colectivas. Dentro de las libertades individuales podemos encontrar: libertad de expresión, libertad de circulación o locomoción, libertad de opinión, libertad de conciencia, libertad de religión, entre otras. Es decir, estas libertades atañen al ser humano como individuo con poder de decisión sobre su vida y sus circunstancias. Por otra parte, encontramos las libertades colectivas, es decir, aquellas que no solo incumben al ser humano de forma individual sino como sujeto social y político; entre estas libertades encontramos algunas como: libertad de asociación, libertad de reunión, libertad sindical, libertad de manifestación, entre otras.

En el presente trabajo, abordaremos lo relacionado con una libertad individual muy importante para el ser humano: la libertad de locomoción, también denominada libertad física. Esta libertad se puede entender, desde la misma Constitución Política de Colombia como la facultad de todo ciudadano para *«circular libremente por el territorio nacional, a entrar y salir de él, y a permanecer y residenciarse en Colombia»* (Const., 1991, art. 24).

El derecho a la libertad de locomoción ha sido reconocido por diferentes tratados internacionales, ratificados por Colombia. Así, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su Art. 13 señala que «*Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado*»; por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) consagra en su artículo 12 que¹:

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia. [...] 3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.

También la Convención Americana sobre Derechos Humanos, señala que:

Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

Es claro que el derecho a la libertad de locomoción o libertad física se constituye en una de las garantías más preciadas del ser humano y protegida por las normas nacionales y supranacionales, en cuanto le permite realizar su proyecto de existencia; esta garantía le da la facultad de moverse dentro y fuera del territorio nacional, asumiendo así su ciudadanía y experimentando una de las expresiones más grandes de la libertad.

Ahora bien, como quiera que se trata de esta garantía tan valiosa para el humano, su restricción, no solo en el ordenamiento jurídico colombiano sino en cualquier Estado de Derecho, debe obedecer a razones válidamente fundadas, que persigan salvaguardar el interés superior de la sociedad, partiendo de la posible existencia de un daño mayor si no llegare a restringirse.

Hechas las anteriores precisiones, debemos entrar a analizar si la detención preventiva de un ciudadano, cuando se ha instaurado un proceso penal en su contra, está llamada a prevalecer como regla general o sí, por el contrario, tal circunstancia debería comportar la excepcionalidad dentro de un Estado de Derecho como el colombiano. Así mismo, es menester que examinemos si la causal de “peligro para la comunidad” se ajusta a los

¹ Este pacto internacional, fue ratificado por Colombia en (Ley 74, 1968).

lineamientos constitucionales y los tratados internacionales, específicamente a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Proponemos realizar este análisis no solo a la luz de la ley procesal penal colombiana vigente –L.906 de 2004- sino a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la interpretación que, respecto de este tema en particular, ha adoptado el intérprete autorizado de esta convención: la Corte Interamericana de Derechos Humanos –en adelante Corte IDH-. Para lograr nuestro cometido, proponemos estudiar i) la libertad física como regla general o excepción, ii) los fines de la prisión preventiva, a la luz del ordenamiento jurídico colombiano, iii) interpretación de la Corte IDH acerca de los fines de una medida de prisión preventiva, y iv) Control de Convencionalidad. Finalmente propondremos al lector las conclusiones pertinentes.

Para abordar este trabajo, fundamentaremos nuestros argumentos en las normas que regulan el procedimiento penal en Colombia, algunos tratados que componen el bloque de constitucionalidad, algunos textos doctrinarios, y en especial, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia -Sala Penal-, de la Corte Constitucional de Colombia y la de la Corte IDH, respecto al tema que nos ocupa.

Es pertinente señalar que el presente trabajo no es el único que aborda las problemáticas planteadas, y por ello lo que pretende es aportar a la discusión, que se ha generado en escenarios académicos y judiciales. Dicho aporte, en concreto gira en torno al planteamiento según el cual la causal de “peligro para la comunidad” abre campo al ya superado derecho penal de autor –al fundarse en criterios eminentemente peligrosistas- en desmedro del derecho penal de acto y menoscabo de garantías fundamentales; así mismo, y como parte de lo que pretende aportar este trabajo, el autor plantea como posible solución a la controversia que genera en los estrados judiciales la solicitud de una medida de detención preventiva con base en la causal de “peligro para la comunidad”, la aplicación del Control de Convencionalidad por parte del juez con función de control de garantías.

El lector podrá encontrar en Sentencias como la C-1198 de 2008, C-121 de 2012 y C-469 de 2016 de la Corte Constitucional de Colombia el más reciente desarrollo

jurisprudencial que ha tenido la discusión a la que se adscribe el presente trabajo; así mismo encontrará algunos trabajos académicos al respecto, que se reseñarán para su consulta².

La libertad física como regla general

Es necesario precisar que, aunque comúnmente se ha entendido o restringido el derecho a la libertad, dentro de un proceso penal, al ámbito meramente físico, la Corte IDH le ha dado una connotación más amplia asociándola con la posibilidad de autodeterminación del sujeto³, lo cual, por supuesto, se traduce en una vulneración mayor de garantías fundamentales si partimos de esta tesis para abordar lo relativo a la prisión preventiva. No obstante, partiremos de la concepción preponderante a nivel del ordenamiento jurídico colombiano, según la cual este tipo de medidas restringe la libertad de locomoción (Corte Suprema de Justicia, Radicado No. 55007, marzo 27 de 2019).

Así pues, debemos manifestar que la libertad física debe prevalecer siempre como regla general en el transcurso de un proceso penal y que su restricción debe ser excepcionalísima, cuando se trate de circunstancias que la justifiquen de manera razonable y proporcionada. Esto, bajo la égida de que el derecho a la libertad física o de locomoción hace parte de los que conocemos como derechos de primera generación y su reconocimiento como tal ha sido acogido por tratados internacionales.

No obstante, resulta trascendente comprender que el derecho a la libertad física –así como otras manifestaciones del derecho a la libertad- no es un derecho absoluto, por lo cual puede ser objeto de restricciones. Estas restricciones deben ser interpretadas y aplicadas con sumo cuidado toda vez que se encuentran de por medio:

(i) el fin perseguido por el Estado Social de Derecho, y (ii) la razón justificativa de las restricciones impuestas a los derechos, en el entendido de que ambos factores apuntan hacia el disfrute pleno de las libertades por parte de los destinatarios, así para lograr ese propósito haya sido necesario el sacrificio temporal de algunos aspectos que hacen parte del derecho pero que no constituyen su núcleo esencial (Vanegas, 2007, p. 34).

Por tratarse de un derecho fundamental, cuandoquiera que se llegare a presentar duda sobre la procedencia, razonabilidad, necesidad o proporcionalidad de la medida de prisión

² Véase: (García Jaramillo, W, 2011) y (Castaño López, O., y Ríos Agudelo. J. 2019).

³ En ese sentido puede leerse los casos de la Corte IDH: (Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras, 2003); (Maritza Urrutia Vs. Guatemala, 2003); (Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú, 2004); (Instituto de Reeducación del Menor Vs. Paraguay, 2004); (Tibi Vs. Ecuador, 2004); (Acosta Calderón Vs. Ecuador, 2005); (García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú, 2005); (López Álvarez Vs. Honduras, 2006).

preventiva, el intérprete está llamado a aplicar el principio *pro favor libertatis* bajo el entendido de que la restricción al ejercicio de la libertad, en virtud de la imposición de una medida preventiva, es lo excepcional, y lo excepcional debe siempre justificarse sin que quede margen alguno de duda (Corte Constitucional, C-179, 1994).

En este sentido la Corte IDH ha sido bastante crítica de los Estados en los que, expresa o tácitamente, se invierte el orden que debe imperar, aplicando la restricción al ejercicio de la libertad física como regla y no como excepción. Así lo podemos observar en el caso Barreto Leiva Vs. Venezuela (2009), en donde la Corte condenó al Estado venezolano por someter al señor Barreto Leiva a una prisión preventiva arbitraria toda vez que la legislación interna únicamente requería “fundados indicios de culpabilidad”, sin hacer alusión a ningún fin legítimo que buscara la medida cautelar personal de detención preventiva. La Corte señaló que el Estado venezolano vulneró la Convención en el artículo 7.3, en lo concerniente a la libertad del sujeto, y en el artículo 2 de la Convención, en el entendido de que la «[...] ley interna [venezolana] no establecía garantías suficientes al derecho a la libertad personal, ya que permitía el encarcelamiento de comprobarse únicamente “indicios de culpabilidad”, sin establecer que, además, es necesario que la medida busque un fin legítimo».

La Corte IDH también ha reiterado que la libertad física del imputado debe ser la regla general, en virtud de los artículos 7.2, 7.3, 7.5 y 8.2 de la Convención, mientras se resuelve lo relacionado a la responsabilidad penal de éste, en virtud de que aún goza de la presunción de inocencia. En palabras de la Corte:

Para que una medida privativa de libertad se encuentre en concordancia con las garantías consagradas en la Convención, su aplicación debe conllevar un carácter excepcional y respetar el principio de presunción de inocencia y los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática (Caso Pollo Rivera y otros Vs. Perú, 2016).

Excepciones a la regla general

Como ya vimos, si bien es cierto que la regla general en un proceso penal debe ser la libertad del imputado mientras se resuelve lo relativo a su responsabilidad penal, también es cierto que existen unas excepciones a esa regla general. Mencionamos también que esas excepciones al ejercicio de la libertad física deben corresponder a criterios de razonabilidad,

necesidad y proporcionalidad, y deben ser aplicadas en casos de notoria urgencia, so pena de vulnerar las garantías fundamentales del imputado (Corte Constitucional, C-774, 2001)⁴.

Nos adentramos, entonces, en el ámbito de los fines que justifican la aplicación de la detención preventiva como medida cautelar de carácter personal (Vanegas, 2007, p. 72). Partimos de la base constitucional y convencional de que toda restricción al ejercicio de las libertades debe estar suficientemente justificada por fines que precisan de la utilización de medidas excepcionales para mantener el orden y la paz en un Estado de Derecho.

Comenzaremos por analizar esos fines, que permiten aplicar la detención preventiva, en el marco del ordenamiento jurídico colombiano; posteriormente, analizaremos si esos fines, aceptados y aplicados en Colombia están en consonancia con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la interpretación que de tal circunstancia tenga la Corte IDH.

Fines de la detención preventiva en Colombia

Lo primero que debemos examinar en el ordenamiento jurídico colombiano, es si la detención preventiva es una medida que va en concordancia con la Constitución Política, toda vez que contraviene la presunción de inocencia del imputado. En tal sentido, es preciso señalar que la detención preventiva no resulta contraria a la presunción de inocencia, en tanto tiene un carácter preventivo y no sancionatorio; de esta manera, el hecho de restringir la libertad física del imputado, mientras se resuelve su responsabilidad penal, no es fuente de indicio alguno de culpabilidad en contra de éste. Por el contrario, debido al amparo que brinda la presunción de inocencia, el Estado, por intermedio del ente acusador, tiene unos tiempos claramente establecidos para realizar todos los actos procesales pertinentes, so pena de que el imputado recobre inmediatamente su libertad (Ley 906, 2004):

Artículo 317: [...] La libertad del imputado o acusado se cumplirá de inmediato y solo procederá en los siguientes eventos:

[...]

4. Cuando transcurridos sesenta (60) días contados a partir de la fecha de imputación no se hubiere presentado el escrito de acusación o solicitado la preclusión, conforme a lo dispuesto en el artículo 294.

5. Cuando transcurridos ciento veinte (120) días contados a partir de la fecha de presentación del escrito de acusación, no se haya dado inicio a la audiencia.

⁴ Se reiteró lo ilustrado en (Corte Constitucional, C-397, 1997)

6. Cuando transcurridos ciento cincuenta (150) días contados a partir de la fecha de inicio de la audiencia de juicio, no se haya celebrado la audiencia de lectura de fallo o su equivalente.

Ahora bien, en el marco de un proceso penal, por tratarse de una audiencia preliminar aquella en la que se puede solicitar la medida de aseguramiento del imputado como medida cautelar, quien está llamado a decidir sobre tal circunstancia es un juez constitucional, que en el caso colombiano, es un juez con función de control de garantías (Ley 906, 2004, art. 306)⁵. Entendemos con esto que la ley procesal penal colombiana, de forma sistemática, encomendó los asuntos que eventualmente pudieran ser restrictivos de garantías fundamentales al conocimiento de jueces cuyo especial conocimiento constitucional y, en virtud del bloque de constitucionalidad, permitieran salvaguardar los derechos de los imputados. Sobre esta especial circunstancia volveremos más adelante.

Analizado lo anterior, procedemos a examinar los fines de la detención preventiva en Colombia; al respecto, es preciso indicar que el mismo Código de Procedimiento Penal –Ley 906 de 2004- nos señala dichos fines:

ARTÍCULO 308. REQUISITOS. El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos:

1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.
2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.
3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia⁶. ()

Nos detendremos a estudiar cada uno de estos fines, dejando de lado el orden en que se presentan en la norma transcrita.

1. Obstrucción al debido ejercicio de la justicia

⁵ «El fiscal solicitará al Juez de Control de Garantías imponer medida de aseguramiento, indicando la persona, el delito, los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, los cuales se evaluarán en audiencia permitiendo a la defensa la controversia pertinente».

⁶ En este caso como en todas las normas en donde se aplica a la citación, el subrayado está por fuera del original.

Este fin de la medida de detención preventiva suele conocerse como el entorpecimiento de la actividad probatoria; la Ley 906 de 2004, define en qué eventos se entiende que la libertad del imputado puede ser perjudicial al ejercicio de la justicia:

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

Dos precisiones debemos hacer respecto a este fin de la medida de detención preventiva: la primera de ellas es que, como lo podemos entender de la lectura del artículo transcrito, para que este se alegue, el imputado deber tener una cierta “cualificación” que le permita ejercer una influencia directa en el entorpecimiento de la actividad probatoria. Por esto entendemos que no todos los imputados cuentan realmente con las condiciones para entorpecer u obstruir la justicia. Lo segundo, que se relaciona con lo que acabamos de mencionar, es que la norma transcrita señala que para que se alegue ese fin como causal de imposición de la medida, deben existir “motivos graves y fundados”, es decir, que la persona del imputado tenga esa influencia potencial –que se pueda colegir- para afectar las actividades de recolección, aducción o práctica de los elementos materiales probatorios, la evidencia física o la información legalmente obtenida.

Es importante resaltar que si esos “motivos graves y fundados” en los que se basó la decisión del juez, previa petición por parte del ente acusador, el representante de víctimas o la propia víctima (Corte Constitucional, C-209, 2007) para la imposición de la medida de aseguramiento al imputado, llegaren a desaparecer, cualquiera de las partes podría solicitar al juez con función de control de garantías que revoque o sustituya la medida de aseguramiento, presentando los respectivos elementos materiales probatorios o información legalmente obtenida que sustenten la solicitud; ello se puede extraer de la lectura del artículo 318 de la L. 906 de 2004:

ARTÍCULO 318. SOLICITUD DE REVOCATORIA. Cualquiera de las partes podrá solicitar la revocatoria o la sustitución de la medida de aseguramiento, ante el juez de control de garantías que corresponda, presentando los elementos materiales probatorios o la información legalmente obtenidos que permitan inferir razonablemente que han desaparecido los requisitos del artículo 308.

2. No comparecencia del imputado al proceso

La L. 906 de 2004 no da una definición de lo que se entiende por la no comparecencia o posibilidad de no cumplimiento de la sentencia por parte del imputado, pero amplía los requisitos:

ARTÍCULO 312. NO COMPARECENCIA. Para decidir acerca de la eventual no comparecencia del imputado, se tendrá en cuenta la gravedad y modalidad de la conducta y la pena imponible, además de los siguientes factores:

1. La falta de arraigo en la comunidad, determinado por el domicilio, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades que tenga para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto.
2. La gravedad del daño causado y la actitud que el imputado asuma frente a este.
3. El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro anterior, del que se pueda inferir razonablemente su falta de voluntad para sujetarse a la investigación, a la persecución penal y al cumplimiento de la pena.

Este fin de la medida de detención preventiva se entiende básicamente como el peligro de que el imputado se fugue y no comparezca al proceso, y por ello, tampoco acate o cumpla la sentencia. Además de los requisitos que trae la norma transcrita, podríamos hacer la misma apreciación que en el punto anterior: no todos los imputados cuentan con los medios reales para evadir de esa forma la justicia, razón por la cual, mal se podría imponer una medida de aseguramiento, basados en ese fin, a quien no posee los medios para salir o pensar salir del municipio, departamento o incluso del país en donde reside. Consideramos que esta circunstancia debe ser también objeto de análisis el momento de decidir sobre la imposición de la medida de aseguramiento.

3. Peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima

Esta causal o fin en que puede sustentarse la imposición de una medida de aseguramiento la hemos dejado de último toda vez que merece que hagamos un examen acucioso, además de que se constituye en uno de los ejes centrales de este trabajo. Manifestemos, de entrada, que las causales o fines que hemos venido estudiando se fundamenten en el peligro, es decir, en la posibilidad que existe de que la libertad del imputado, mientras se decide sobre su responsabilidad penal, genere un perjuicio no deseado al proceso, a la sociedad o a las víctimas, teniendo claridad que se deberán presentar los respectivos elementos materiales probatorios que sustenten tales aseveraciones. La norma procesal penal –Ley 906 de 2004- divide ese fin de la medida de detención preventiva en dos:

3.1. Peligro para la víctima

ARTÍCULO 311. PELIGRO PARA LA VÍCTIMA. Se entenderá que la seguridad de la víctima se encuentra en peligro por la libertad del imputado, cuando existan motivos fundados que permitan inferir que podrá atentar contra ella, su familia o sus bienes.

Entendemos que las víctimas, dentro de un proceso penal, gozan de una especial protección, toda vez que han sido las afectadas con la conducta antisocial que puede haber cometido una persona, razón por la cual se debe evitar a toda costa que las mismas sean re-victimizadas. Bajo ese entendido, y en respeto por los derechos de quienes han padecido tal vulneración de derechos, consideramos que la víctima debe seguir manteniendo esas especiales garantías de protección que le ha dado el legislador y que han defendido las altas cortes.

No podemos descuidar que el legislador impone que, para que la solicitud de imposición de medida de aseguramiento basada en este fin prospere, deben existir “motivos fundados”, es decir, el simple hecho de considerar como posible autor de la conducta punible al imputado no es de suyo un motivo fundado para suponer que este tenga intención alguna de causarle un daño a la víctima. Será entonces la parte que solicita que se le imponga medida de aseguramiento al imputado la encargada de aportar los elementos materiales probatorios, de los que se pueda colegir que sí existen esos motivos fundados.

3.2. Peligro para la comunidad

Este fin, en concreto, de la medida de detención preventiva comporta uno de los principales objetivos de este trabajo, razón por la cual nos detendremos aquí. Sea lo primero señalar que a este fin se fundamenta en que la libertad del imputado comporta un peligro futuro para la seguridad de la comunidad. Al respecto, la L. 906 de 2004 consagra:

ARTÍCULO 310. PELIGRO PARA LA COMUNIDAD. Para estimar si la libertad del imputado representa un peligro futuro para la seguridad de la comunidad, además de la gravedad y modalidad de la conducta punible y la pena imponible, el juez deberá valorar las siguientes circunstancias:

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 organizada.

Para analizar este fin, debemos partir de la definición clásica del delito dada por el maestro Carrara (2000): «*la infracción de la ley del estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos resultante de un acto externo del hombre positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso*».

El delito vulnera y va en contravía de las expectativas de la sociedad; es por ello que desde los clásicos entendemos que el delito no solo afecta a la víctima –directa- sino que afecta a la sociedad en general –de forma indirecta-, razón por la cual comprendemos que la sociedad, mientras permanezcan las circunstancias que generan el delito como conducta antisocial, estará expuesta al peligro futuro de la comisión de delitos. Habiendo hecho la anterior precisión, debemos inquirir acerca del tratamiento y de alguna forma la estigmatización que se le ha dado al imputado, cuando con fundamento en el peligro futuro se le ha impuesto medida de aseguramiento, estableciendo así que, de permanecer en libertad, volverá a delinquir, y ello, sustentando tales apreciaciones en algunas circunstancias que existieron al momento de la comisión del delito –las del Art. 310-.

a. Derecho penal de acto y peligro futuro

El principio del acto –como algunos tratadistas lo conocen-, guarda íntima relación con los postulados de dignidad de la persona humana y de legalidad (Velásquez, 2007, p. 43). El punto de partida del derecho penal liberal es aquella premisa según la cual «no hay delito sin conducta humana»; de esa forma, se superó el llamado *derecho penal de autor* donde lo importante no era el acto que se le pudiera imputar a un agente, sino la peligrosidad del mismo o la manifestación de una personalidad criminal. Es gracias al advenimiento del liberalismo –que permeó el derecho-, que el derecho penal de autor fue relegado para dar paso al derecho penal de acto; así lo señala Velásquez:

El suceso acriminable no está constituido por un acto interno de la psique, sino por un acontecimiento en el mundo de la naturaleza referido a un actuar del hombre; la conducta punible, gracias a esta conquista de la especie humana, se traduce en una exterioridad, que le permite al derecho represivo castigar a los hombres solo por lo verdaderamente realizado y no por lo pensado, deseado o propuesto; ya Ulpiano decía: *cogitationis poenam nemo patitur* -que nadie tenga pena por sus sentimientos (Velásquez, 2007, p. 43).

La Constitución Política de Colombia consagra la garantía del derecho penal de acto dentro del derecho fundamental del debido proceso –esta garantía es replicada por el Art. 6 de la L. 599 de 2000-:

Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

Es así como la Constitución y la ley penal colombiana establecen la primacía del derecho penal de acto y no de autor. En virtud de lo anterior, consideramos que la norma que señala como fin, para imponer la medida de aseguramiento, el peligro para la comunidad atenta contra el principio de legalidad penal y contra la dignidad humana del imputado, toda vez que tiende a establecer una predisposición de este para cometer delitos y, como ya lo vimos, bajo ninguna circunstancia se puede presumir que tal o cual persona está predispuesta⁷ o no a cometer un delito; ello, devendría en un total retroceso de las garantías fundamentales de la persona humana.

b. Peligrosidad y fines de la privación preventiva de la libertad

Como lo habíamos mencionado, todos los fines que sustentan la imposición de una medida de aseguramiento se basan en peligros potenciales; sin embargo, insistimos que el fin más controversial, por decir lo menos, es el de peligro para la comunidad. Para entender mejor este argumento que hemos estado sustentando, es necesario abordar lo relativo a la peligrosidad desde un enfoque criminológico.

La criminología “peligrosista”⁸ se enfoca en los comportamientos antisociales, predelictivos o fronterizos del delito. Tal como lo señala Pérez Pinzón: «*desde esta óptica [peligrosista], es también criminal aquel comportamiento o modo de ser que con probabilidad conduce a la conducta punible, verbigracia, mendicidad, prostitución, alcoholismo, oposición política y vagancia*» (Pérez & Pérez 2006, p. 43.). Por supuesto esta

⁷ Recuérdese que, bajo los sistemas de derecho penal de autor, se consideraba que existían circunstancias internas que hacían que una persona estuviera más presta a cometer delitos –criminal endógeno-, las cuales variaban desde su estatura o la forma de sus orejas hasta su temperamento. Por otra parte, también se hablaba acerca de la influencia de instituciones sociales –como la familia, la religión, la escuela, etc.- en la tendencia de un sujeto a cometer delitos –criminal exógeno-. Así pues, solo bastaba examinar morfológicamente o socialmente las condiciones de una persona para concluir que en adelante cometería algún delito. Véase más en (Pérez Pinzón, Á., y Pérez Castro, B. 2006).

⁸ Véase al respecto: (Mariño Rojas, C. 2011).

tenencia peligrosista es propia de sistemas penales donde impera el derecho penal de autor, en donde es importante determinar quiénes son los futuros posibles infractores.

Por el contrario, en un Estado de Derecho como el colombiano, con un sistema penal con tendencia acusatoria, en donde se reconocen y respetan las garantías fundamentales del individuo, mal se podría hablar de la peligrosidad o tendencia a cometer un delito por parte de alguna persona humana; ello porque se vulneraría la dignidad del sujeto, además que, de antemano, se le estaría haciendo culpable por una conducta que no ha existido en el mundo naturalístico, es decir, que no constituye aún un acto y, que de existir, tan solo existe en el pensamiento de quien la quiera cometer.

En concreto, si analizamos las tesis de la peligrosidad conjuntamente con la causal de imposición de la medida de aseguramiento conocida como “peligro para la comunidad” o “peligro futuro”, colegimos que en realidad hemos aceptado tesis propias del derecho penal de autor, toda vez que en Colombia se ha impuesto la medida de aseguramiento con base en una causal o fin –peligro para la comunidad- que de suyo implica el desconocimiento de garantías fundamentales del imputado. Esa vulneración de garantías comienza por la estigmatización que se hace del imputado al solicitar que le sea impuesta medida de aseguramiento con el argumento de que el sujeto, por haber sido presuntamente el autor de la conducta que se investiga –además de algunas circunstancias del Art. 310-, probablemente cometerá delitos en el futuro mediato. Esto, insistimos, es regresar a postulados propios del derecho penal de autor.

Sea entonces esta la oportunidad, a propósito de los postulados del derecho penal de autor y las tesis de la peligrosidad en Colombia, para hablar acerca de una plataforma de reciente adquisición por parte de la Fiscalía General de la Nación: PRISMA «Perfil de Riesgo de Reincidencia para la solicitud de Medida de Aseguramiento». Esta plataforma o programa, implementado por la Fiscalía, es una herramienta de *predicción del riesgo* de reincidencia criminal, que busca apoyar el trabajo de los fiscales, dándoles más elementos para solicitar medidas de aseguramiento por el peligro que la libertad de esa persona representa. Básicamente, la plataforma es alimentada por la información que se tiene del sujeto, y

mediante algoritmos, establece patrones conductuales que permiten saber si el agente volverá a cometer delitos⁹.

Veamos pues como claramente, y sin lugar a equívocos, cada vez más se van perfilando rasgos del derecho penal de autor en Colombia –con todas las consecuencias de vulneración y afectación de garantías que ello implica- al punto de permitir que sea un algoritmo informático el que establezca si una persona es más propensa a cometer delitos o no. Consideramos que tal circunstancia no se diferencia en nada con las tesis del criminal endógeno o exógeno, quien debido a circunstancias o factores internos o externos era más propenso a cometer alguna conducta delictiva (Pérez & Pérez 2006, p. 43.). En ese lamentable escenario –en el que actualmente estamos- no resultaría extraño que algún ciudadano fuera privado de su libertad injustamente por la mala prescripción de una plataforma o programa como el que ahora ostenta la Fiscalía.

Es por estas precisiones realizadas que consideramos que esa causal o ese fin de la medida de aseguramiento –que la libertad del imputado representa peligro futuro para la comunidad- está llamada a desaparecer del ordenamiento jurídico colombiano, si de defender las garantías y derechos fundamentales de todos los colombianos se trata, en especial los de los imputados.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los fines de la detención preventiva

Hemos venido discutiendo acerca de los fines a los que, en el ordenamiento jurídico colombiano, debe obedecer la imposición de una medida de aseguramiento y nos hemos detenido a analizar uno en concreto: el peligro futuro que representa la libertad del imputado para la comunidad.

Recordemos que en el año 1969 Colombia firma la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, y posteriormente en 1973 la ratifica. De esta manera, la Convención vincula a Colombia, haciéndolo Estado parte. Así mismo, el 21 de junio de 1985 Colombia presentó un documento de aceptación por el cual reconoce la competencia de la Comisión Interamericana y de la Corte IDH. En este sentido, consideramos pertinente y necesario estudiar qué precisiones o reparos ha hecho la Corte IDH con respecto a los fines en que debe sustentarse una medida de aseguramiento. Lo primero que debemos mencionar es que la

⁹ Véase al respecto: (Fiscalía General de la Nación, 2019).

Convención Americana sobre Derechos Humanos, regula la situación que hemos venido tratando, es decir, lo referente a la detención preventiva:

Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

Respecto a esta norma convencional, la Corte IDH ha señalado¹⁰ que el Art. 7 de la Convención contiene garantías específicas –sobre todo los numerales 2 y 3- para evitar detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios. Concretamente, afirma la Corte, existe un elemento o aspecto material, según el cual nadie puede ser privado de su libertad salvo por las causas tipificadas expresamente en la ley, y existe un aspecto formal que prescribe que esas privaciones de la libertad deberán sujetarse a los procedimientos objetivamente definidos por la ley. Esta postura, la ha reiterado la Corte IDH¹¹ en su jurisprudencia.

Ahora bien, en el Caso Servellón García y otros Vs. Honduras (2006), la Corte estableció que de todas formas las disposiciones legales internas de los Estados parte, que rigen lo relativo a las causales de restricción de la libertad, deben ser acordes con los principios que rigen la Convención. Esa manifestación nos da la posibilidad de pensar que cualquier causal de restricción de la libertad, que estuviera en contravía de los principios de la Convención, debería ser inaplicada por contrariar la norma Convencional. Visto lo anterior, analicemos a la luz de las sentencias de la Corte IDH cuales criterios, causales o fines para la imposición de una medida de detención preventiva, ella acepta y valida.

En el Caso Servellón García y otros Vs. Honduras, ya mencionado, la Corte manifestó que:

Para que se cumplan los requisitos necesarios para restringir el derecho a la libertad personal, deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso y que la detención sea estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia (Párrafo 90).

¹⁰ Ver la Corte IDH: (Gangaram Panday Vs. Surinam, 1994).

¹¹ Corte IDH: (Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia, 2008), (Chitay Nech y otros Vs. Guatemala, 2010); (Herrera Espinoza y otros Vs. Ecuador, 2016).

Dos requisitos iniciales establece la Corte para que pueda proceder una medida de detención preventiva; el primero de ellos es que existan indicios suficientes que comprometan la culpabilidad de la persona y el segundo, que es lo que realmente nos interesa, es que se cumpla con alguno de los siguientes fines: i) que el acusado no impida el desarrollo eficiente de las investigaciones –lo que nosotros en Colombia denominamos obstrucción a la justicia o entorpecimiento de la actividad probatoria- y ii) que el acusado no eluda la justicia –lo que conocemos en Colombia como peligro de fuga-. Se echa de menos entonces, en este análisis de la Corte, la causal de peligro futuro o peligro a la comunidad, inclusive la de peligro para la víctima. Es claro que para la Corte IDH las causales que pueden ser alegadas son aquellas que no comprometan los derechos y garantías del procesado, bajo el entendido de que la libertad siempre debe ser la regla general. Esta posición la reitera la Corte IDH a través de su jurisprudencia. Así, tenemos que, en el Caso Herrera Espinoza y otros Vs. Ecuador (2016), la Corte IDH señaló:

En adhesión, la decisión judicial que restringe la libertad personal de una persona por medio de la prisión preventiva debe fundamentar y acreditar, en el caso concreto, la existencia de indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la conducta delictiva de la persona y que la detención sea estrictamente necesaria, y por tanto no puede tener como base la mera sospecha o percepción personal sobre la pertenencia del acusado a un grupo ilícito determinado. En todo caso, la privación de libertad del imputado sólo debe tener como fin legítimo el asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia.

Efectivamente la Corte IDH continúa manteniendo su posición respecto a las dos únicas causales por las que se podría solicitar una medida de detención preventiva –Obstrucción a la justicia y peligro de fuga-; sin embargo, consideramos de suma trascendencia lo que la Corte señaló en relación a que la imposición de una medida de detención preventiva no puede tener como sustento la mera sospecha o percepción personal sobre la pertenencia del acusado a un grupo ilícito; esto debemos contrastarlo con el Art. 310.1 de la Ley 906 de 2004 que señala como circunstancia para establecer el peligro futuro que representa el sujeto a la comunidad «*la continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales*». De ese numeral primero del Art. 310 pareciera desprenderse el entendimiento de que la mera probabilidad –lo cual no es muy garantista, y queda al arbitrio de quien interprete- de que el sujeto pudiera estar vinculado a alguna organización criminal, daría pie a fundamentar la medida de aseguramiento con base en ese peligro futuro que

representaría la libertad del procesado. Por el contrario, la Corte IDH señala que para alegar esa circunstancia –de pertenencia a un grupo u organización criminal- se deben tener indicios suficientes.

Continuando con lo relativo a los fines, por los cuales la Corte IDH acepta que puede proceder la medida de detención preventiva, esta corporación en el Caso Bayarri Vs. Argentina (2008) se pronunció en este sentido:

Al realizar esta tarea, las autoridades nacionales deben ofrecer los fundamentos suficientes que permitan conocer los motivos por los cuales se mantiene la restricción de la libertad, la cual, para que sea compatible con el artículo 7.3 de la Convención Americana, debe estar fundada en la necesidad de asegurar que el detenido no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludir la acción de la justicia. 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.

Reitera entonces la Corte que, únicamente se puede solicitar la medida de detención preventiva cuando pueda existir obstrucción probatoria o peligro de fuga.

Analicemos esa última parte del extracto transcrito; ahí encontramos dos circunstancias: i) las características personales del supuesto autor no justifican *per se* la prisión preventiva; nos preguntamos entonces ¿a qué hará referencia esa frase? A lo cual debemos responder que la Corte refiere directamente lo relativo a la prohibición de la teoría del derecho penal de autor, es decir, la persona humana y sus cualidades intrínsecas o extrínsecas no podrán ser sustento de la aplicación de una medida de prisión preventiva. Lo segundo ii) es que la gravedad del delito tampoco podrá ser justificación para la imposición de la medida; es necesario entonces volver al Art. 310 de la L. 906 de 2004 para analizar si nuestra ley procesal penal colombiana se ajusta a los criterios de la Convención. El Art. 310 señala que «*Para estimar si la libertad del imputado representa un peligro futuro para la seguridad de la comunidad, además de la gravedad y modalidad de la conducta punible y la pena imponible, el juez deberá valorar las siguientes circunstancias*». Vemos claramente como la norma procesal penal colombiana sí sostiene que la gravedad de la conducta es un criterio para alegar el peligro para la comunidad o peligro futuro, mientras la Corte IDH señala lo contrario.

Con los argumentos que hemos venido presentando en este trabajo, el lector puede darse cuenta cómo el peligro para la comunidad o peligro futuro –como causal o fin para solicitar la imposición de una detención preventiva- no solo atenta contra la Constitución

Política de 1991 –Art. 29- y contra la misma Ley 906 de 2004 –Arts. 1 y 6-¹² sino que, además, contraviene lo dispuesto por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la interpretación que realiza la Corte IDH.

Un llamado a la aplicación del Control de Convencionalidad

Por lo anteriormente estudiado, queda claro que las normas que consagran y regulan el peligro para la comunidad, como causal para solicitar una medida de detención preventiva - Arts. 308.2 y 310 de la L. 906 de 2004-, contravienen principios constitucionales, así como la interpretación que de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha realizado la Corte IDH. Frente a tal contradicción entre normas de carácter interno, y su interpretación, y normas consagradas en un tratado internacional ratificado, y su interpretación, nos corresponde preguntarnos ¿Cuál sería el criterio jurídico aplicable en un caso en concreto? ¿Debe el juzgador aplicar la norma de carácter interno, dejando de lado la norma de carácter internacional? O, por el contrario, ¿Debe aplicarse la norma internacional? Y, en caso de que esta última pregunta fuere respondida afirmativamente, ¿Estaría prevaricando el juez? Recordemos que el tema que nos ocupa son los fines que debe perseguir la imposición de una medida de detención preventiva, mientras se decide sobre la responsabilidad penal de una persona humana.

Para poder resolver los anteriores interrogantes, es necesario que abordemos aspectos importantes acerca del Control de Convencionalidad y su aplicabilidad en Colombia.

1. Constitución Política y Bloque de Constitucionalidad

La Constitución Política de Colombia se estatuye como norma de normas -Art. 4- por lo cual, como lo señala Sierra Porto (Sierra, 1998, p. 60), condiciona la validez de todo el ordenamiento jurídico. Lo anterior implica que las disposiciones constitucionales i) prevalecen respecto de aquellas que se encuentren contenidas en otras fuentes -v.gr. leyes, decretos, ordenanzas, etc.-, ii) establecen cómo y bajo qué condiciones se pueden producir otras fuentes, iii) pueden contener orientaciones concretas o pueden establecer valores que las leyes deberán promover y iv) pueden ser aplicadas directamente, sin necesidad de desarrollo alguno.

¹² Podríamos manifestar que se trata de una antinomia, es decir, una norma jurídica interna que va en contra vía de otra norma de otra norma de mayor jerarquía –en nuestro caso, sería una disposición de la Ley Procesal Penal Vs. Una norma constitucional-. (Corte Constitucional, C-1287, 2001).

Siendo entonces la Constitución la norma suprema, debe tenerse presente que ella misma señala, en el Art. 93, que los tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano, que reconocen derechos humanos, prevalecen en el orden interno. En virtud de esta disposición constitucional, desde el año de 1995, con la sentencia C-225 de 1995, se comenzó a utilizar formalmente en Colombia el concepto de “bloque de constitucionalidad”. Este concepto hace referencia a aquellas normas y principios que, sin estar consagradas formalmente en el texto de la Constitución Política, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, toda vez que han sido normativamente integrados a la Constitución. Tenemos entonces que concluir que los tratados ratificados por Colombia, así como las normas de Derecho Internacional, se insertan en el derecho local gracias al bloque de constitucionalidad.

Recordemos entonces que la Convención Americana sobre Derechos Humanos fue ratificada por Colombia, razón por la cual ingresó a ser parte del bloque de constitucionalidad; en otras palabras, fue insertada en la Constitución Política, en virtud de lo dispuesto por el Art. 93 constitucional.

El bloque de constitucionalidad tiene dos funciones: i) una función integradora, según la cual provee al ordenamiento jurídico de parámetros específicos de constitucionalidad en ausencia de disposiciones expresas, y ii) una función interpretativa, en tanto sirve de guía en la interpretación de cláusulas constitucionales y en la identificación de las limitaciones admisibles a los derechos fundamentales (Corte Constitucional, C-291, 2007). En concreto, los Estados han usado el Bloque de Constitucionalidad para aplicar el Control de Constitucionalidad y, más recientemente, el Control de Convencionalidad.

2. Control de Convencionalidad

De acuerdo con lo que expone Quinche Ramírez (2017, p. 58), el Control de Convencionalidad consiste en aquella labor de verificación que permite establecer si las normas de un Estado, aplicadas en cada caso en concreto, resultan conformes con los estándares mínimos definidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Básicamente, el Control de Convencionalidad se despliega en dos ámbitos: en el derecho externo y en el derecho interno de los Estados parte. El Control de Convencionalidad en el ámbito del derecho externo o internacional se refiere a la competencia asignada a la Corte IDH para determinar, en cada caso en concreto, si las normas o actos de un Estado

parte ha vulnerado la Convención Americana sobre Derechos Humanos y sus tratados concurrentes. Por su parte, el Control de Convencionalidad en el ámbito del derecho interno de los Estados parte de la Convención, hace referencia a la obligación que tienen todos los jueces y órganos estatales de verificar la aplicación y salvaguarda de los principios y disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en cada caso o actuación, adecuando las normas de derecho interno a las disposiciones convencionales.

De lo anterior, podemos entender que el Control de Convencionalidad no solo debe ser aplicado por la Corte IDH –control concentrado-, sino que debe ser aplicado por todos los jueces y autoridades estatales de los Estados parte –control difuso-.

Así pues, es preciso señalar que en la actualidad ha venido teniendo auge la categoría de Derecho Convencional, según la cual se entiende que el Control de Convencionalidad debe ser aplicado no solo respecto del texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino de otros tratados concurrentes que integran también el llamado *corpus iuris interamericano*. Ese marco normativo, en el que debe aplicarse el Control de Convencionalidad, ha sido llamado también como el “bloque de convencionalidad”, conformado por: i) las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ii) los tratados del Sistema Interamericano de Protección, iii) otros tratados de Derechos Humanos concurrentes con la Convención Americana y iv) las reglas y estándares fijados por la Corte IDH, por medio de sus interpretaciones de la Convención Americana, al resolver los casos contenciosos.

Ahora bien, consideramos de suma importancia, para los objetivos de este trabajo, enfatizar que las reglas y estándares fijados en sus sentencias por la Corte IDH, también forman parte del marco normativo del Control de Convencionalidad. Respecto a lo anterior, es necesario traer a colación la sentencia del Caso Mendoza y otros contra Argentina (2013), en donde la Corte IDH señaló:

Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia... deben tener en cuenta no solamente la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos, sino también la interpretación que de estos ha hecho la Corte Interamericana.

Lo anterior resulta trascendental si partimos del hecho que, en concreto, hemos estado analizando la causal de peligro para la comunidad –también llamada “peligro futuro”-, la cual consideramos no debería ser tenida como un fin válido para la imposición de una medida de

detención preventiva en Colombia, en virtud de la prevalencia del criterio del derecho penal de acto –que no de autor-, y la postura que tiene la Corte IDH, al interpretar el Art. 7 de la Convención. Esa postura que ha sentado la Corte IDH en sus sentencias, permite concluir que, a la luz de la Convención Americana, únicamente se pueden tener como fines válidos para imponer una medida de detención preventiva i) el peligro de no comparecencia del imputado al proceso –peligro de fuga- y ii) el peligro de que la actividad probatoria resulte entorpecida.

Al analizar lo anterior, nos damos cuenta que existe una clara contradicción entre las normas internas, que establecen como un fin válido para imponer una medida de detención preventiva el peligro a la comunidad –o peligro futuro-, y las reglas de interpretación que, de esos fines, ha adoptado la Corte IDH, en donde ha excluido la causal de peligro a la comunidad - “peligro futuro” -. Frente a esta contradicción entre normas de derecho interno y normas convencionales –porque recordemos que la interpretación de la Corte IDH se integra al marco normativo del Control de Convencionalidad- en preciso recordar el principio de prevalencia del derecho internacional sobre el derecho interno¹³, según el cual, en cada caso concreto, si hay incompatibilidad entre la norma interna y la Convención Americana, debe darse prevalencia a la norma convencional (Quinche, 2017).

Por otra parte, debemos manifestar que la Convención Americana consagra, en su Art. 29, el principio *pro homine*, según el cual, se debe aplicar siempre la disposición más amplia o favorable a los derechos de las personas, por lo cual, tal como Nogueira lo ha señalado, «siempre debe aplicarse aquel instrumento, regla o norma jurídica que en mejor forma garantice el derecho, sin importar si la mayor garantía se encuentra en la norma interna del Estado o en la norma de derecho internacional de los derechos humanos incorporada en el derecho interno» (Noriega, 2010, p. 143). Recordemos que una medida de detención preventiva restringe el ejercicio de la libertad de un ciudadano que se presume inocente, por lo que, la no aplicación de la cláusula de peligro para la comunidad al momento de imponer una medida de detención preventiva, resultaría más garantista, además de respetuosa de la Convención Americana y de los derechos y garantías del imputado.

¹³ Consagrado por el Art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969; en concordancia con el Art. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

También es preciso traer a colación el principio de efectividad y efecto útil de la Convención y de los fallos de la Corte Interamericana, según el cual la actividad de los jueces, el ejercicio del Control de Convencionalidad y el resultado de las decisiones judiciales deben estar encaminados a proteger de manera real y efectiva los derechos humanos contenidos en el marco normativo de la Convención, o bloque de convencionalidad. A este principio se adecuaría positivamente la prevalencia de la interpretación de la Corte IDH, respecto de los fines válidos para imponer una medida de detención preventiva, garantizando una mayor protección al derecho fundamentalísimo de la libertad del imputado.

Así las cosas, teniendo de presente lo hasta ahora discurrido en este trabajo, frente a una solicitud de imposición de medida de aseguramiento, que eleve alguno de los intervinientes en el proceso penal, cuyo fundamento sea que la libertad del imputado representa un peligro para la comunidad –peligro futuro-, el juez está obligado a realizar el respectivo Control de Convencionalidad –de oficio o a solicitud de parte-, observando no solo el articulado de la Convención, sino la interpretación que el intérprete autorizado -valga decir la Corte IDH- ha hecho respecto de los fines de la detención preventiva. Ese control de convencionalidad llevará al juez a las conclusiones que hemos ido anotando a lo largo de este trabajo, no quedándole ninguna otra alternativa más que negar la imposición de la medida de detención preventiva, si la causal o fin aludido para fundamentarla es el peligro para la comunidad.

Por último, es necesario señalar que el juez que da prevalencia a la interpretación de la Corte IDH, respecto de los fines válidos para imponer una medida de detención preventiva, a través del Control de Convencionalidad no prevarica; lo anterior toda vez que, como ya lo vimos, los jueces y órganos estatales tienen la obligación de aplicar la Convención Americana, en cada caso o actuación que adelanten. Por otro lado, si existiere alguna duda respecto a la fuerza vinculante de las sentencias de la Corte IDH, bien podría ponerse de presente, como ya lo habíamos mencionado, que en el año de 1985 Colombia presentó un instrumento de aceptación por el cual reconoce *«la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por tiempo indefinido, bajo condición de reciprocidad y para hechos posteriores a esta aceptación, sobre casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención, reservándose el derecho de hacer cesar la competencia en el momento que lo considere oportuno»* (Convención Americana Sobre Derechos Humanos, B-32, 1969).

Conclusiones

Dentro del amplio género de las libertades, una medida de detención preventiva, limita, en principio, la libertad de locomoción o libertad física. Recordemos que la libertad constituye la esencia misma del ser humano, razón por la cual su restricción solo puede ser la excepción y no la regla general.

Cualquier duda sobre la procedencia de la restricción a la libertad física, deberá resolverse en virtud del principio *pro favor libertatis*, por tratarse de un derecho fundamental. Aunado a lo anterior, mientras se resuelve lo relacionado con la responsabilidad del procesado, éste aún goza de la presunción de inocencia, razón por la cual se debe tener sumo cuidado al momento de entrar a restringir derechos como la libertad física; esta restricción – que se constituye como la excepción a la regla general-, puede darse en virtud del cumplimiento de un fin válido –entre los que no podemos incluir el peligro para la comunidad o peligro futuro-. Debemos tener siempre de presente que, cuando los motivos en que se fundó la solicitud de restricción a la libertad –por cumplirse con algún fin- llegaren a desaparecer, se deberá solicitar la revocatoria de la medida.

Los tres fines que trae la L. 906 de 2004 para solicitar una medida de detención preventiva, se fundamentan en el peligro, y debemos recordar que esa concepción peligrosista y de derecho penal de autor –no de acto- que ha intentado permear en Colombia, representaría –si llegare a fortalecerse- la negación de las garantías fundamentales del proceso penal.

El peligro para la comunidad o peligro futuro, como causal para solicitar la detención preventiva, afecta principios del derecho penal colombiano, como la dignidad y el derecho penal de acto; vulnera las garantías constitucionales contenidas en el Art. 29; y va en contravía del marco normativo de la Convención Americana. Es por ello que la Corte IDH, en virtud de la salvaguarda de las garantías fundamentales de los procesados, únicamente acepta dos fines válidos para solicitar medida de detención preventiva: i) peligro de obstrucción a la justicia y ii) peligro de fuga.

Mediante el control de convencionalidad se puede solicitar al juez con función de control de garantías que se abstenga de decretar la medida de detención preventiva, si la causal que alega el solicitante es la de peligro para la comunidad, en virtud de la interpretación que de la Convención Americana sobre Derechos humanos ha realizado la Corte IDH. Estando el juez con función de control de garantías obligado a realizar el

respectivo control de convencionalidad, su convencimiento de la improcedencia de la medida cautelar personal, con base en la causal mencionada, no implicaría prevaricar, toda vez que estaría dando cumplimiento a los mandatos constitucionales y convencionales, además de estar siendo más garantista respecto de los derechos de la persona del imputado.

Bibliografía

1. Doctrina

Bedoya Sierra, L. (2008). *La prueba en el proceso penal colombiano*. Bogotá, Colombia: Fiscalía General de la Nación.

Carrara, F. (2000). *Programa del curso de derecho criminal*. Traducido por Octavio Béeche Argüello y Alberto Gallegos Pacheco. (S.L.): Editorial: Jurídica Continental.

Castaño López O., y Ríos Agudelo J. (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. *Revista Nuevo Foro Penal*, 15(93).

Convención Americana Sobre Derechos Humanos (1969). *Información general del tratado B-32*. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm#Colombia

Granados Peña, J. (2013). *El principio de la excepcionalidad de la prisión preventiva y su aplicación práctica en Colombia*. Colombia: Editorial: Legis.

Nogueira, H. (2010). *El derecho procesal constitucional a inicios del siglo XXI en América Latina*. Bogotá, Colombia – México: Universidad Externado de Colombia – UNAM.

Quinche Ramírez, M. F. (2017). *El control de convencionalidad*. Bogotá, Colombia: Editorial: Temis.

Saray Botero, N. (2017). *Procedimiento penal acusatorio*. Bogotá, Colombia: Editorial Leyer.

Sierra Porto, H. (1998). *Concepto y tipos de ley en la Constitución colombiana*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Ulloa, C. M. (2010). El derecho fundamental de la libre locomoción. *Revista Derecho y Realidad*, 16 (II semestre de 2010).

Uprimny, R. (2017). *El bloque de constitucionalidad en Colombia: un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal*. Bogotá, Colombia.

Urbano Martínez, J. J., Bernal Cuellar, J., Ruiz López, C. E., Córdoba Angulo, M., Barreto Ardila, H., Mariño Rojas, C., Buitrago Ruiz, A. M., Caldas Vera, J., Ferro Torres, G. Bazzani Montoya, D., y Gómez, C. A. (2011). *Lecciones de Derecho penal: parte general*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Vanegas Villa, P. (2007). *Las audiencias preliminares en el Sistema Penal Acusatorio*. Bogotá, Colombia: Fiscalía General de la Nación.

Velásquez, Velásquez, F. (2007). *Manuel de Derecho Penal: parte general*. Medellín, Colombia: Editorial: Ediciones jurídicas Andrés Morales.

2. Normas jurídicas

Constitución Política de Colombia. 1991.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. 1969.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. 1789.

Ley aprobatoria de tratado, Ley 74 de 1968. (1968).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 1966

Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004. (2004)

Por la cual se expide el Código Penal, Ley 599 de 2000. (2000).

3. Jurisprudencia

Corte Constitucional. (1994). Sentencia C-179. M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional. (1997). Sentencia C-397.

Corte Constitucional. (2001). Sentencia C-1287.

Corte Constitucional. (2007). Sentencia C-209.

Corte Constitucional. (2007). Sentencia C-291. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional. (25 de julio de 2001). Sentencia C-774.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1 de febrero de 2006). *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1 de septiembre de 2016). *Caso Herrera Espinoza y otros Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 316.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (17 de noviembre de 2009). *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2 de septiembre de 2004). *Caso Instituto de Reeducación del Menor Vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (21 de enero de 1994). *Caso Gangaram Panday Vs. Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas, Párrafo 47.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (21 de octubre de 2016). *Caso Pollo Rivera y otros Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No.319.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (21 de septiembre de 2006). *Caso Servellón García y otros Vs. Honduras*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (24 de junio de 2005). *Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (25 de mayo de 2010). *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (25 de noviembre de 2005). *Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (27 de noviembre de 2003). *Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (30 de octubre de 2008.). *Caso Bayarri Vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (7 de septiembre de 2004). *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (8 de julio de 2004). *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (Sentencia de 27 de noviembre de 2008). *Caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (Sentencia de 7 de junio de 2003). *Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte Suprema de Justicia. (27 de marzo de 2019). Radicado No. 55007. M.P. Eugenio Fernández Carlier.