



Agencia Nacional de  
Defensa Jurídica del  
Estado

**PROSPERIDAD  
PARA TODOS**

# 9.

## **ESQUEMA DE DECISIÓN ADECUADA PARA IMPONER LA MEDIDA CAUTELAR DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD**

Junio de 2014

**Documentos Especializados**  
*de la Agencia Nacional  
de Defensa Jurídica del Estado*

**Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Bogotá, Colombia**  
**Carrera 7 # 75- 66**  
Conmutador (571) 255 8955  
[www.defensajuridica.gov.co](http://www.defensajuridica.gov.co)



Agencia Nacional de  
Defensa Jurídica del  
Estado

**PROSPERIDAD  
PARA TODOS**

**Ministerio de Justicia y del Derecho**

[www.minjusticia.gov.co](http://www.minjusticia.gov.co)

**Ministro de Justicia**

Alfonso Gómez Méndez

**Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado**

[www.defensajuridica.gov.co](http://www.defensajuridica.gov.co)

**Dirección General**

Adriana María Guillén Arango

**Dirección de Políticas y Estrategias para la Defensa Jurídica**

Diana Fajardo Rivera

**Dirección de Defensa Jurídica**

Alexandra Torres Acosta

**Dirección de Gestión de la Información**

Mariana Martínez Cuéllar

**Secretaría General**

Isabel Abello Albino

**Equipo técnico**

**Investigador principal**

Oscar Julián Guerrero Peralta

**Equipo de revisión por parte de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado**

Carolina Estrella Bolaños

Paula Caballero Ruiz

**Diagramación e Impresión**

Imprenta Nacional de Colombia

**1ª Edición**

**Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado**

Carrera 7 No. 75-66, Bogotá D.C. - Teléfono: 2558955

ISSN: 2339-417X

**Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Bogotá, Colombia**

**Carrera 7 # 75- 66**

Conmutador (571) 255 8955

[www.defensajuridica.gov.co](http://www.defensajuridica.gov.co)



Agencia Nacional de  
Defensa Jurídica del  
Estado



## PRÓLOGO

Una de las mayores causas de litigiosidad en contra del Estado es la relativa a la privación injusta de la libertad y, en razón de lo anterior, una parte importante de los recursos públicos ha tenido que ser destinada al pago de condenas judiciales que se han generado por este concepto.

Es por esto que consciente de dicha problemática, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado ofrece un diagnóstico de las principales falencias en las que puede incurrir el operador judicial al momento de decretar o avalar una medida de detención preventiva. Si bien, en la mayoría de las providencias del Consejo de Estado, el régimen de responsabilidad empleado para resolver estos casos es el objetivo de daño especial, lo cierto es que en el sustrato de dichas decisiones es posible advertir que dichos operadores incurren en una serie de falencias que al final redundan en cuantiosas condenas en contra del Estado, cuando el proceso penal no concluye con una sentencia condenatoria.

Así mismo, con fundamento en la jurisprudencia analizada, el presente documento procura un modelo adecuado de detención preventiva que permitirá a jueces y fiscales proceder de manera óptima en los casos en que resulte procedente tal medida cautelar en el trámite de un proceso penal, esto es, con plena observancia de las distintas normas procesales y sustanciales que gobiernan estas medidas. Lo anterior permitirá a los operados judiciales contar con una herramienta sencilla para analizar la procedencia de una medida de detención preventiva y evitar de esta manera detenciones que a la postre ocasionan condenas judiciales en contra del Estado que pudieron ser fácilmente prevenidas.

De esta manera, el documento que se presenta trata de impactar positivamente en la etapa prejudicial del ciclo de defensa, generando cambios en las actuaciones de los funcionarios facultados para privar de la libertad a las personas, de tal forma que se cumplan los mandatos constitucionales y legales que aseguren decisiones judiciales ajustadas a derecho, lo que permitirá a los ciudadanos tener una mayor confianza y seguridad en la administración de justicia y al Estado una reducción de litigios y condenas judiciales en su contra por privaciones injustas de la libertad.

**ADRIANA MARÍA GUILLÉN ARANGO**  
**Directora General**



Agencia Nacional de  
Defensa Jurídica del  
Estado

**PROSPERIDAD  
PARA TODOS**

## **ESQUEMA DE DECISIÓN ADECUADA PARA IMPONER LA MEDIDA CAUTELAR DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD**



<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	7
<b>CAPÍTULO 1. PRÁCTICAS JUDICIALES QUE GENERAN DAÑO ANTIJURÍDICO EN MATERIA DE PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD A PARTIR DEL ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO</b> .....	9
1. Introducción a las categorías esenciales que se manejan en el estudio .....	9
2. Información analizada .....	11
3. Descripciones relevantes.....	11
3.1 Providencias analizadas que fundamentan la indemnización por privación injusta .....	11
3.2 Relación entre la absolución o preclusión y el análisis concreto del Consejo de Estado sobre el sentido injusto de la privación de la libertad .....	14
3.3 Evaluación del Consejo de Estado en el contexto de la insuficiencia probatoria.....	18
3.4 Evaluación del Consejo de Estado en el marco de las violaciones al debido proceso .....	21
3.5 Falencias relacionadas con la presunción de inocencia (in dubio pro reo - dudas insalvables en la decisión y demostración de causales de exclusión de responsabilidad) .....	22
3.6 Incorrecta construcción de la prueba indiciaria para imponer la medida cautelar de detención preventiva .....	24
3.7 La reconstrucción de las situaciones de flagrancia y cuasi-flagrancia en la captura.....	27
4. Entidades demandadas.....	28
5. Valoraciones del contencioso frente a la actuación defectuosa de las autoridades de investigación y juzgamiento penal.....	30
6. Título de imputación .....	31
<b>CAPÍTULO 2. POSIBLE ESQUEMA DE DECISIÓN PARA LA AFECTACIÓN DE LA LIBERTAD A EFECTO DE EVITAR DAÑO ANTIJURÍDICO</b> .....	35
1. La apreciación de la libertad como un valor constitucional de primer orden .....	41
2. Análisis sobre el sentido de la excepcionalidad.....	42
3. Valoración de la presunción de inocencia frente a la necesidad del encarcelamiento preventivo.....	42
4. Análisis pormenorizado de los requisitos legales para imponer medidas restrictivas de libertad.....	43
4.1. Requisitos objetivos para imponer medida de aseguramiento. ....	43
4.2. La solidez de la investigación penal .....	44
4.3. Los fines constitucionales de la detención preventiva. ....	45
<b>CAPÍTULO 3. PLAN PREVENTIVO EN MATERIA DE PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD CON FUNDAMENTO EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS</b> .....	45
1. Introducción .....	45
2. Fundamentos .....	46
3. La aplicación de principios del derecho internacional de los derechos humanos a situaciones de captura .....	47
4. La regla general es la libertad y su restricción es la excepción.....	49
5. La reconstrucción de la noción de flagrancia y el principio de legalidad procesal.....	51



Agencia Nacional de  
Defensa Jurídica del  
Estado

**PROSPERIDAD  
PARA TODOS**

6. La exigencia de una fundamentación más sólida.....	54
7. Confrontación constitucional con las nociones de peligrosidad o gravedad para optar por la detención preventiva.....	56
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>58</b>



## INTRODUCCIÓN

La libertad, contemplada en la Constitución como un derecho fundamental, aparece atravesada por varias lecturas legales, bien provengan estas del derecho constitucional, del derecho internacional, del derecho penal o como la que aquí interesa, la del derecho contencioso administrativo. Durante años se ha discutido, la legitimidad del derecho penal para generar una injerencia tan severa en la vida de los ciudadanos, como es la de la privación de la libertad, a tal punto que han surgido las teorías de un derecho penal mínimo, de un derecho penal más orientado a la reparación que al castigo, para no hablar de casos tan complejos como el abolicionismo. Pero, como bien se afirma, si el derecho penal con su ola expansionista que ampara la idea falsa de que la pena y el castigo son esenciales para la convivencia social no se impone límites, también se puede afirmar que la contracara de ese fenómeno expansionista que utiliza el internamiento preventivo como política criminal preponderante es la noción de privación injusta de la libertad. Esta noción que no es nueva en nuestra tradición jurídica se debería presentar como un correctivo frente a los excesos de una política criminal desbordada que convirtió el proceso penal en castigo anticipado y el encarcelamiento preventivo en la regla a pesar de la excepcionalidad con la que la carta trata el problema.

En tal sentido este trabajo, pretende tres cosas fundamentales. En primer lugar, ilustrar a la comunidad jurídica sobre un problema complejo que le atañe al Estado en todo su conjunto, como es, la preservación de unas finanzas sanas que pueden verse severamente amenazadas por los errores judiciales al momento de privar de la libertad a los penalmente investigados. En tal sentido, la investigación realizada busca aportar información básica sobre la evaluación de la jurisprudencia del Consejo de Estado con relación al trabajo de los operadores penales en los eventos en que han aplicado medidas cautelares personales.

En segundo lugar, el documento que se presenta pretende redimensionar el problema de la detención preventiva a partir de la interpretación que se ha hecho de la noción de privación injusta de libertad por parte del Consejo de Estado. En efecto, se sabe que la legislación procesal define los presupuestos de aplicación de las medidas cautelares personales, pero el aporte de este estudio se cifra en saber cuáles son las variables que más allá de las consideraciones de orden penal estrictamente dichas juegan un papel definitivo en la privación ilegítima de la libertad de los ciudadanos investigados penalmente.

Y, en tercer lugar, se busca generar una política de prevención del daño antijurídico en materia de privación injusta de la libertad. A partir de la información recaudada y del aporte correctivo que se hace con las herramientas de derecho internacional y derecho constitucional, se pretende que los operadores judiciales involucren en su trabajo una serie de apreciaciones que resultan necesarias en orden a que la medida de aseguramiento sea verdaderamente una excepción. Es importante recordar en todo caso que la privación de la

**Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Bogotá, Colombia**

**Carrera 7 # 75- 66**

Conmutador (571) 255 8955

[www.defensajuridica.gov.co](http://www.defensajuridica.gov.co)



Agencia Nacional de  
Defensa Jurídica del  
Estado

**PROSPERIDAD  
PARA TODOS**

libertad únicamente tiene fines procesales, como siempre lo ha reclamado la doctrina penal y nunca las necesidades de protección social que corresponden a la pena. Quizá ahí radique la solución al problema y que nos retorna a una vieja discusión que ampara la presunción de inocencia, esto es, que a la sociedad se la protege en sus valores jurídicos con el derecho penal, pero a los ciudadanos en particular se les protege del derecho penal con las garantías del proceso penal.



## **CAPÍTULO 1. PRÁCTICAS JUDICIALES QUE GENERAN DAÑO ANTIJURÍDICO EN MATERIA DE PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD A PARTIR DEL ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO**

### ***1. Introducción a las categorías esenciales que se manejan en el estudio***

El presente informe se elabora con el objeto de servir como apoyo a la Dirección de Políticas y Estrategias de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (en adelante, Agencia) en materia de privación injusta de la libertad. Se pretende que a partir de esta información se puedan plantear posibles soluciones de política pública para mitigar una de las mayores fuentes del daño antijurídico que debe asumir el Estado por las falencias del servicio público en la administración de justicia penal. Esta primera parte del documento va dirigida a presentar los conceptos que usualmente se manejan, de tal manera que el lector pueda ubicar las categorías y el método adecuado para llegar a las conclusiones que resultan útiles tanto para la Agencia como para los operadores judiciales.

En primer lugar, procede destacar la noción de “Privación Injusta de la Libertad”. Este concepto ha sido parte del debate permanente entre la rama del derecho administrativo y la disciplina penal. A partir del Decreto 2700 de 1991 (Código de procedimiento penal) se instauró en el marco del proceso penal una noción conocida como ***Indemnización por privación injusta de la libertad***, según la cual *“quien fuere privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios, cuando haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente, porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible”*. El derecho a ser indemnizado surgía entonces por la detención preventiva que le hubiere sido impuesta a una persona penalmente investigada que luego resulta absuelta.

La jurisprudencia contencioso administrativa relacionada con la noción de privación injusta de la libertad, ha permitido ver una evolución un tanto accidentada en lo que hace relación a la ubicación de este concepto en la categoría tradicional del daño antijurídico, atribuible al Estado a título de falla del servicio. No obstante, a partir de la entrada en vigor del Decreto 2700 de 1991, la tendencia jurisprudencial se decantó en atribuir el daño bajo el título de imputación objetivo de daño especial, lo que implica, en general, que cualquier afectación de la libertad dentro de una investigación o un proceso penal que no culmine con sentencia condenatoria en firme, genera para el Estado la obligación de indemnizar el daño antijurídico causado. Esta anotación es necesaria pues en el análisis estadístico se podrá observar que, pese a que el título de imputación empleado sea el de daño especial, derivado de la aplicación del artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, lo cierto es que se evidencia que la privación de la libertad estuvo precedida de ciertas falencias en las que incurrieron los operadores jurídicos penales. En efecto, dichas falencias pueden ser catalogadas como verdaderas fallas



del servicio, en tanto la inapropiada aplicación de normas procesales penales con efecto directo en la afectación del derecho fundamental a la libertad evidencia una deficiente prestación del servicio de administración de justicia para los ciudadanos.

Un segundo concepto, que es necesario aclarar para efectos de este estudio, es el de las “prácticas judiciales generadoras de daño antijurídico”. Como se pudo observar anteriormente, el fin del presente estudio es identificar las falencias judiciales que tienen un efecto en las finanzas del Estado al momento de privar a alguien de la libertad y, por eso, más que una crítica a la labor de las instituciones que administran justicia, se limita a describir las valoraciones que hace el Consejo de Estado en las decisiones condenatorias y absolutorias sobre el tópico de privación injusta de la libertad.

En este sentido, en un análisis de la normativa fundamental se observa, que dichas falencias se pueden agrupar en tres categorías fundamentales, esto es, sentencia absolutoria definitiva o su equivalente por inexistencia del hecho, no comisión de una conducta delictiva del sindicado privado de la libertad, o la privación de la libertad porque el hecho no constituía conducta punible. A pesar de que este análisis se ha hecho en este documento, se debe anotar que para encontrar una noción acertada de las prácticas judiciales que generan daño antijurídico, resultaba necesario profundizar en las elaboraciones doctrinales y en el examen que sobre el proceso penal hace el Consejo de Estado y que, por lo mismo, la noción de práctica judicial corresponde a los hechos que el Consejo de Estado caracteriza como defectuosos y que pueden ser enmarcados en las categorías legales de inexistencia, no comisión o atipicidad el hecho. En tal sentido, lo que a continuación se expone obedece a una categorización de los problemas de facto que dan origen al daño y su correspondiente evaluación por parte del Consejo de Estado en sus decisiones sobre privación injusta de la libertad.

El tercer concepto que es necesario atender, es el tipo de providencia que analiza el Consejo de Estado, esto es, si se trata de una absolución mediante sentencia judicial o una preclusión de la investigación penal mediante auto interlocutorio. Estas dos categorías provienen de la configuración procesal penal y son el fundamento del Consejo de Estado para decidir sobre la indemnización cuando una persona ha padecido la imposición de una medida de aseguramiento personal y, con posterioridad, es absuelta o la investigación en su contra resulta precluida.

Es preciso aclarar que la preclusión puede ser decretada por las propias autoridades de persecución penal, esto es, la Fiscalía General de la Nación o los jueces penales de la República de conformidad con las normatividades aplicables, es decir, el Decreto 2700 de 1991 o la Ley 600 de 2000, correspondientes a los ordenamientos procesales penales que estaban en vigencia al momento de la comisión de los hechos a los que se refiere este estudio. Todo depende del momento procesal en el que se aplique la figura (investigación a cargo de la Fiscalía o de los jueces a cargo del juzgamiento).

**Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Bogotá, Colombia**

**Carrera 7 # 75- 66**

Conmutador (571) 255 8955

[www.defensajuridica.gov.co](http://www.defensajuridica.gov.co)



## 2. Información analizada

La información que soporta el presente estudio corresponde a una muestra de 86 providencias proferidas por el Consejo de Estado en materia de privación injusta de la libertad entre los años 2000 y 2012. La información referenciada es la que aparece oficialmente en la página *web* de la Rama Judicial, vínculo Sección Tercera del Consejo de Estado.

Dentro del universo total de providencias, se ubicaron aquellas en las que la privación de la libertad resultó calificada como injusta, ya sea porque no se hubiere logrado desvirtuar la presunción de inocencia o porque la investigación o juzgamiento no se llevó a cabo al tenor de las normas que regulan su desarrollo.

A continuación se presenta un cuadro que refleja las decisiones del Consejo de Estado que sirven al estudio, extractadas por año.

**Gráfica número 1. Sentencias**



## 3. Descripciones relevantes

### 3.1 Providencias analizadas que fundamentan la indemnización por privación injusta

Del total de las sentencias analizadas para este estudio (86) que fundamentan la privación injusta de la libertad, se encontró que la preclusión de investigación corresponde a la mayor frecuencia, al punto que poco menos de la mitad (49%) atañen a este concepto. Una interpretación del guarismo indica que las privaciones injustas de la libertad se dan sin que culmine el proceso de forma completa, a través de una decisión absolutoria o condenatoria, lo que a su vez requiere de las siguientes explicaciones concernientes a los sistemas de investigación y juzgamiento penal, esto es, el Decreto 2700 de 1991 y la Ley 600 de 2000. En efecto, en estas dos normativas, se entiende que en cualquier momento del proceso en el que



se pueda demostrar que el hecho no existió, o que el sindicato no lo cometió, o que la conducta es atípica, o que está plenamente demostrada una causal excluyente de antijuridicidad o de culpabilidad, o que la actuación no podía iniciarse o no podía proseguirse, el fiscal declarará extinguida la acción penal mediante providencia interlocutoria. El juez, considerando las mismas causales, declarará la cesación de procedimiento cuando se verifiquen durante la etapa del juicio. (Ver gráfica número 2).

Con tal normativa se puede apreciar en las sentencias analizadas que la Fiscalía privó de la libertad a varios ciudadanos en una decisión de primera o segunda instancia y, con posterioridad, en el curso del proceso penal, fue factible demostrar que se presentaba alguna causal de las anotadas que, por lo demás, corresponden a los mismos supuestos por los cuales se condena al Estado por privación injusta.

En lo que corresponde a las decisiones absolutorias de los jueces penales que fundamentan una indemnización para personas que fueron privadas de la libertad y absueltas con posterioridad, el análisis indica que el guarismo, siendo menor, no deja de ser preocupante, pues indica que a pesar de las falencias investigativas de la persecución penal, la Fiscalía no repara en sus posibles errores prefiriendo llegar hasta la sentencia absolutoria. En nuestro análisis este problema ocurrió en el (36%) de los eventos analizados.

Como se decía anteriormente en la interpretación normal de los problemas que pueden ocurrir en un proceso penal, la norma de preclusión o cesación de procedimiento está dispuesta justamente para que las pruebas que lleguen al proceso definan anticipadamente la inocencia del procesado. Este aspecto resulta igualmente plausible en el sistema procesal penal actual de la Ley 906 de 2004, pero, por lo mismo, es importante anotar que el nuevo sistema ha restringido esta posibilidad de manera ostensible, dado que el escenario ideal para que se llegue a una decisión de inocencia es el juicio oral, con lo cual se esperaría que las nuevas decisiones del Consejo de Estado finquen su análisis en lo que pudo haber hecho la Fiscalía antes de llegar a juicio, y no se hizo. Igualmente, es necesario anotar que a diferencia de lo que ocurría en los sistemas anteriores, la preclusión de investigación está en cabeza de la Fiscalía General para todas las causales y, a los defensores se les restringe la solicitud a los casos de las llamadas causales objetivas.

Las frecuencias menores responden a los ítems de revocatoria de la medida de aseguramiento y libertad por vencimiento de términos. Estas frecuencias permiten apreciar los casos en los que el Consejo de Estado fundamentó su decisión de indemnización por privación injusta respecto de dos figuras que también se relacionan con la libertad.

La revocatoria de la medida de aseguramiento es una institución que permite que se levante una restricción de la libertad cuando sobrevengan eventos que indiquen que la medida de aseguramiento dictada en forma originaria no se sostiene de conformidad con los presupuestos que el fiscal examinó al momento de imponerla. Esto indica que las nociones



que maneja el Contencioso también se extienden a situaciones en las que la primera aproximación de la Fiscalía fue acertada pero no justa.

Cuando se habla de vencimiento de términos, es necesario anotar que se trata de situaciones en las que la persona recobra su libertad por cuenta del vencimiento de términos para adelantar la actuación procesal y con posterioridad la decisión final absuelve penalmente al imputado. En tal sentido, el tiempo de detención también se reputa para estos casos como una privación injusta. En cualquier caso, se precisa que estos dos últimos eventos (revocatoria y vencimiento de términos) se relacionan con sentencias absolutorias.

Teniendo en cuenta esta gama de posibilidades, es necesario señalar que si bien la consideración legal originaria del artículo 414 del Código de Procedimiento Penal de 1991 contemplaba como causales de indemnización la inexistencia del hecho, la atipicidad de la conducta o el hecho de que el sindicado no cometió el delito, la jurisprudencia del Consejo de Estado encuentra la fuente de estas causales en las discusiones de orden probatorio, la ilegalidad de los procedimientos o las falencias de identificación de los sindicados cuando se les atribuye un hecho que no cometieron.

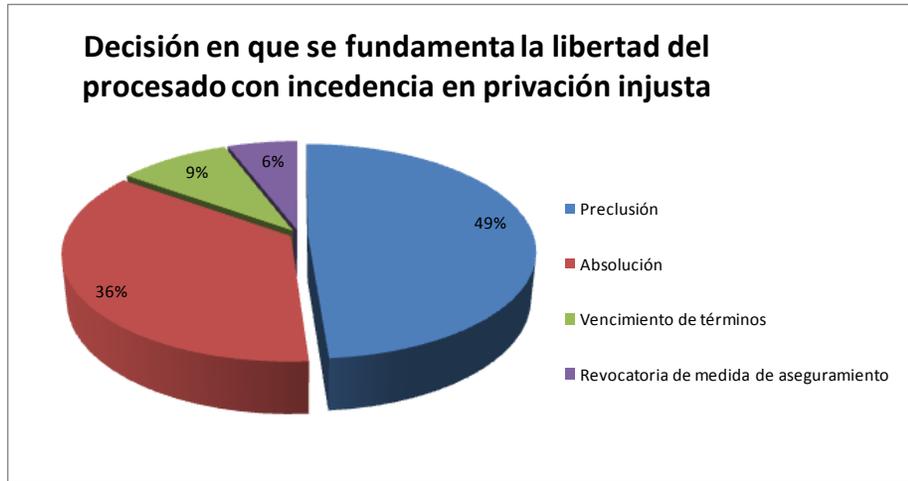
El Consejo de Estado ha avalado estas soluciones por fuera de la construcción legal originaria cuando afirma:

*“El fundamento se radica en que la actuación judicial por medio de la cual se impuso la medida de aseguramiento compromete la responsabilidad de la administración de justicia, específicamente por haber causado un daño antijurídico consistente en la privación injusta de la libertad, lo que debe ser objeto de reparación en cabeza de la autoridad que produjo la misma (sic).*

*No siempre puede esperarse encajar la responsabilidad de la administración de justicia en el evento de privación de la libertad cuando la medida de aseguramiento consistente en detención se produzca por ser contraria a derecho (pese a su carácter sustancial), porque en la mayoría de los casos esta se encontrará conforme a la legalidad en la que se fundamenta, por lo que habrá que indagar si producido el daño antijurídico este se reputa de la decisión bien porque no hay elementos fácticos para determinar la existencia del hecho punible, o en otros eventos porque no existe prueba o esta permita inferir la duda a favor del sindicado o imputado, de tal manera que obre una valoración del in dubio pro reo”<sup>1</sup>.*

**Gráfica número 2.** Decisión que fundamenta la libertad del procesado con incidencia en privación injusta

<sup>1</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera., sentencia del 13 de abril de 2011, Exp. 26679, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.



Decisión en que se fundamenta la libertad del procesado con incidencia en privación injusta	Sentencias	%
Preclusión	42	49%
Absolución	31	36%
Vencimiento de términos	8	9%
Revocatoria de medida de aseguramiento	5	6%
<b>TOTAL</b>	<b>86</b>	<b>100%</b>

### 3.2 Relación entre la absolución o preclusión y el análisis concreto del Consejo de Estado sobre el sentido injusto de la privación de la libertad

En este acápite se analizaron las situaciones que ocurrieron en concreto dentro del proceso penal, esto es, la expedición de una providencia de absolución o preclusión de la investigación y la evaluación que hizo el Consejo de Estado sobre las falencias de la investigación penal que fundamentan la responsabilidad por privación injusta de la libertad.

El análisis global muestra que el cuarenta y dos por ciento (42%) de las decisiones relacionadas con la privación injusta, que evaluó el Consejo de Estado, están relacionadas con falencias en la vinculación de los indagados al proceso por problemas de insuficiencia probatoria.

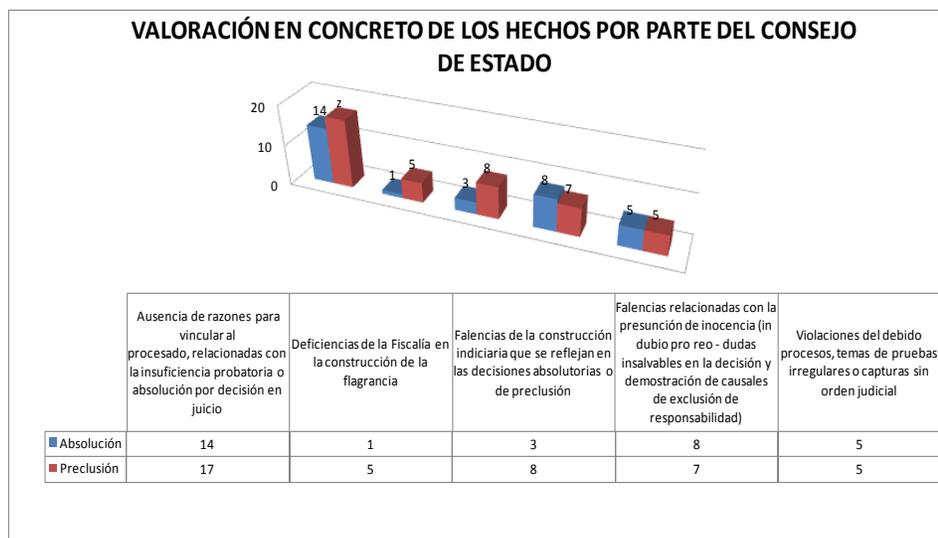
La frecuencia siguiente, con veintiuno por ciento (21%), está constituida por las falencias relacionadas con la presunción de inocencia, que en nuestro estudio están marcadas por los indicadores legales sobre el *in dubio pro reo*, las dudas insalvables en la decisión o la



demonstración sobreviniente de causales de exclusión de responsabilidad penal que permiten que al detenido se le otorgue la libertad.

En el siguiente campo, con quince por ciento (15%), aparece como fundamento de la responsabilidad estatal las falencias de la construcción indiciaria. Seguidamente, con un catorce por ciento (14%), las violaciones del debido proceso que implican un arrastre de las ilegalidades que se dan desde la captura y por último, aparecen con un ocho por ciento (8%) las relacionadas con los problemas de construcción indiciaria para la detención preventiva y las formalidades para ciertas formas de privación como la flagrancia. Para todos los efectos anteriores, remitirse a la gráfica No. 3.

### Gráfica número 3. Valoración en concreto de los hechos por parte del Consejo de Estado – Absolución y Preclusión



VALORACIÓN EN CONCRETO DE LOS HECHOS POR PARTE DEL CONSEJO DE ESTADO	Absolución	Preclusión	TOTAL	%
Ausencia de razones para vincular al procesado, relacionadas con la insuficiencia probatoria o absolución por decisión en juicio	14 <sup>2</sup>	17 <sup>3</sup>	31	42%

<sup>2</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera., sentencia del 26 de marzo de 2008, Exp.16902, C.P. Enrique Gil Botero. (Ver anexo 1).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera., sentencia del 23 de abril de 2008, Exp. 15843, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. (Ver anexo 1).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera., sentencia del 15 de abril de 2010, Exp. 18284, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. (Ver anexo 1).

<sup>3</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera., sentencia del 5 de agosto de 2004, Exp. 14358, C.P. Germán Rodríguez Villamizar. (Ver anexo 2).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera., sentencia del 01 de marzo de 2006, Exp. 15537, C.P. María Elena Giraldo Gómez. (Ver anexo 2).



Falencias relacionadas con la presunción de inocencia (in dubio pro reo - dudas insalvables en la decisión y demostración de causales de exclusión de responsabilidad)	8 <sup>4</sup>	7 <sup>5</sup>	15	21%
Falencias de la construcción indiciaria que se reflejan en las decisiones absolutorias o de preclusión	3 <sup>6</sup>	8 <sup>7</sup>	11	15%
Violaciones del debido procesos, temas de pruebas irregulares o capturas sin orden judicial	5 <sup>8</sup>	5 <sup>9</sup>	10	14%
Deficiencias de la Fiscalía en la construcción de la flagrancia	1 <sup>10</sup>	5 <sup>11</sup>	6	8%
<b>TOTAL</b>	<b>31</b>	<b>42</b>	<b>73</b>	<b>100%</b>

Ahora bien, el análisis separado entre absolución y preclusión muestra las siguientes peculiaridades: En los casos de absolución la mayor frecuencia sigue siendo la ausencia de razones para vincular al imputado con fundamento en deficiencias probatorias (45%), seguido de las falencias relacionadas con el in *dubio pro reo* (26%) y las violaciones al debido proceso. (Ver gráfica No. 4 y 5).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera., sentencia del 11 de mayo de 2006, Exp. 156626, C.P. Ramiro Saavedra Becerra. (Ver anexo 2).

<sup>4</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera., sentencia del 4 de diciembre de 2006, Exp. 13168, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. (Ver anexo 1).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera., sentencia del 4 de diciembre de 2007, Exp. 15498, C.P. Enrique Gil Botero. (Ver anexo 1).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera., sentencia del 21 de mayo de 2011, Exp. 18902, C.P. Danilo Rojas Betancourth. (Ver anexo 1).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera., sentencia del 15 de noviembre de 2011, Exp. 21410, C.P. Stella Conto Díaz Del Castillo. (Ver anexo 1).

<sup>5</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera., sentencia del 1 de marzo de 2006, Exp. 15440, C.P. María Elena Giraldo Gómez. (Ver anexo 2).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera., sentencia del 30 de enero de 2013, Exp. 21938, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. (Ver anexo 2).

<sup>6</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera., sentencia del 7 de diciembre de 2004, Exp. 14676, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. (Ver anexo 1).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera., sentencia del 18 de julio de 2012, Exp. 25220, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. (Ver anexo 1)

<sup>7</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera., sentencia del 1 marzo 2006, Exp.15138, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. (Ver anexo 2).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera., sentencia del 3 de febrero de 2010, Exp. 17123, C.P. Myriam Guerrero De Escobar. (Ver anexo 2).

<sup>8</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera., sentencia del 11 de noviembre de 2009, Exp.15485, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. (Ver anexo 1).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera., sentencia del 26 de mayo de 2010, Exp. 18467, C.P. Gladys Agudelo Ordoñez. (Ver anexo 1).

<sup>9</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera., sentencia del 14 de marzo de 2002, Exp. 12076, C.P. Germán Rodríguez Villamizar. (Ver anexo 2).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera., sentencia del 2 de mayo de 2002, Exp. 13449, C.P. María Elena Giraldo Gómez. (Ver anexo 2).

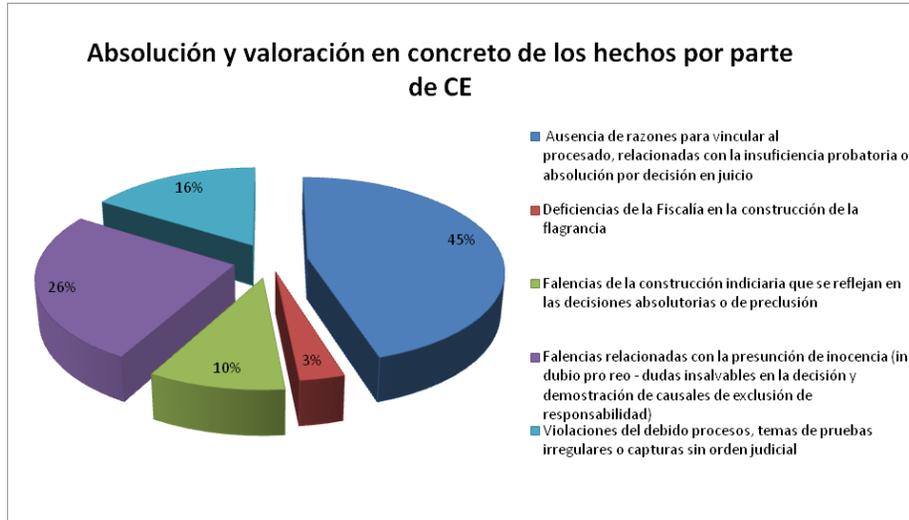
<sup>10</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. sentencia del 3 de mayo de 2013, Exp. 27876. (Ver anexo 1).

<sup>11</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera., sentencia del 15 de agosto de 2002, Exp. 13032, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. (Ver anexo 2).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera., sentencia del 16 de agosto de 2012, Exp. 25214, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. (Ver anexo 2).

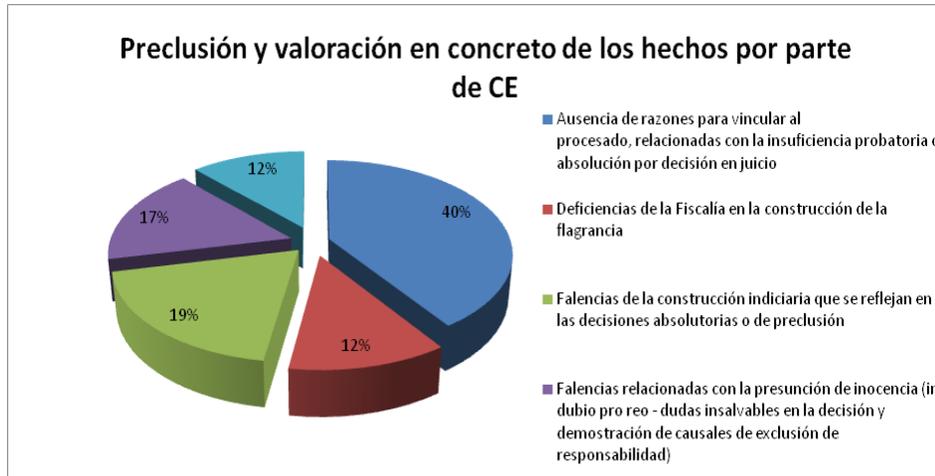
En los casos de preclusión de la investigación, el comportamiento es similar, aunque varía en el guarismo de las violaciones del debido proceso y la construcción de la flagrancia.

**Gráfica número 4.** Valoración en concreto de los hechos por parte del Consejo de Estado – Absolución



Valoración en concreto de los hechos por parte del Consejo de Estado	Absolución	%
Ausencia de razones para vincular al procesado, relacionadas con la insuficiencia probatoria o absolución por decisión en juicio	14	45%
Falencias relacionadas con la presunción de inocencia (in dubio pro reo - dudas insalvables en la decisión y demostración de causales de exclusión de responsabilidad)	8	26%
Violaciones del debido procesos, temas de pruebas irregulares o capturas sin orden judicial	5	16%
Falencias de la construcción indiciaria que se reflejan en las decisiones absolutorias o de preclusión	3	10%
Deficiencias de la Fiscalía en la construcción de la flagrancia	1	3%
<b>TOTAL</b>	<b>31</b>	<b>100%</b>

**Gráfica número 5.** Valoración en concreto de los hechos por parte del Consejo de Estado – Preclusión



VALORACIÓN EN CONCRETO DE LOS HECHOS POR PARTE DEL CONSEJO DE ESTADO	Preclusión	%
Ausencia de razones para vincular al procesado, relacionadas con la insuficiencia probatoria o absolución por decisión en juicio	17	40%
Falencias de la construcción indiciaria que se reflejan en las decisiones absolutorias o de preclusión	8	19%
Falencias relacionadas con la presunción de inocencia (in dubio pro reo - dudas insalvables en la decisión y demostración de causales de exclusión de responsabilidad)	7	17%
Violaciones del debido procesos, temas de pruebas irregulares o capturas sin orden judicial	5	12%
Deficiencias de la Fiscalía en la construcción de la flagrancia	5	12%
<b>TOTAL</b>	<b>42</b>	<b>100%</b>

### 3.3 Evaluación del Consejo de Estado en el contexto de la insuficiencia probatoria

El estudio de las decisiones del Consejo de Estado en materia de privación injusta de la libertad, nos ubica en el marco de las deficiencias de la investigación penal que se hacen más agudas cuando se trata de la imposición de medidas de aseguramiento privativas de la libertad. Aunque, la discusión pasa por diversos elementos de política criminal que están íntimamente relacionados con la forma en que se cumple la obligación de persecución penal por parte de las autoridades judiciales, lo cierto es que las privaciones injustas de la libertad que trata el Consejo de Estado están referidas en su mayor frecuencia al hecho de que el privado injustamente de la libertad no ha cometido el delito que se le endilga.

Esta apreciación ha llevado al Consejo de Estado a examinar los pormenores probatorios del proceso penal en los que se declara la preclusión de la investigación en la propia Fiscalía o la



sentencia judicial absolutoria por el juez penal. El guarismo más alto, las deficiencias probatorias para la vinculación de las personas al proceso penal, apareja discusiones jurídicas que se refieren al problema del examen judicial del testimonio en la etapa de indagación penal. En efecto, es claro que el problema de la validación del conocimiento en la investigación penal, requiere que las pesquisas sean lo suficientemente sólidas como para proferir una injerencia en el derecho a la libertad. Pero lo que se observa en el análisis de las sentencias de privación injusta, es que existen eventos de pruebas testimoniales débiles con las cuales los fiscales asumen la posibilidad de una autoría o una coautoría sin verificación de la fuente. En otras palabras, el problema fundamental que enfrenta el fiscal es el de creerle o no creerle a una declaración para proceder a una captura o a la imposición de una medida de aseguramiento.

Se debe destacar que la ley procesal penal -tanto la Ley 600 de 2000, como la Ley 906 de 2004-, no soluciona el problema de la credibilidad del testimonio en la etapa de investigación penal, pues se limita a establecer criterios de valoración en la etapa del juicio, esto es, cuando dicha prueba se puede confirmar y confrontar con otros materiales recogidos en la investigación penal. Así, en la Ley 600 de 2000 el artículo 277 dispone:

*“Criterios para la apreciación del testimonio. Para apreciar el testimonio, el funcionario tendrá en cuenta los principios de la sana crítica y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, a la personalidad del declarante, a la forma como hubiere declarado y las singularidades que puedan observarse en el testimonio”.*

En el marco de la Ley 906 de 2004, la evaluación testimonial es mucho más exigente, toda vez que la prueba emblemática del juicio está referida justamente a las declaraciones testimoniales y, en tal sentido, las reglas para interrogar y contrainterrogar, así como las exigencias mismas de credibilidad, aparecen controladas en muchos aspectos. Para estos efectos, la legislación le da al juez unas variables de decisión que dejan poco margen a la subjetividad por cuenta de lo que ocurre en el juicio. Así, el artículo 404 de esta normativa contempla:

*“Apreciación del testimonio. Para apreciar el testimonio, el juez tendrá en cuenta los principios técnico científicos sobre la percepción y la memoria y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad”.*



A diferencia de estos presupuestos del juzgamiento, para la investigación penal, el funcionario de la policía judicial o la Fiscalía tiene muy pocas herramientas de evaluación, de manera que el problema a solucionar para efectos de evitar privaciones injustas de la libertad por esta vía, estaría referido esencialmente a validar la información primaria con la que cuenta una investigación criminal a partir de información oral recogida por diversos medios policiales. A ello se añade que también podría realizarse un trabajo con la policía judicial que disponga los elementos de psicología criminal necesarios para que el investigador opte por enfoques más racionales al momento de definir una elaboración intelectual sobre la autoría de un delito a partir de información oral por validar. La psicología criminal tiene a este respecto metodologías probadas que permiten desechar o adaptar información a efectos de mejorar la fiabilidad de la identificación de los testigos y del recuerdo en general diseñado para la reinstauración del contexto que rodea el acontecimiento.

En efecto, los problemas que observa el Consejo de Estado en esta materia evalúan temas como los testimonios contradictorios en la indagación y la construcción de indicios a partir de allí, testimonios poco claros a los cuales se les dio credibilidad o testimonios indirectos que le resultaron fiables al fiscal para imponer medidas de aseguramiento en la investigación, pero que fueron desvirtuados en etapas posteriores o hasta el juzgamiento.

Pero con todo, la propia jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en su Sala Penal no favorecería un enfoque que supere el problema, debido a que las últimas decisiones, en esta materia, enfatizan la necesidad de un examen de conjunto de la prueba practicada, según la sana crítica, para establecer si el testigo dice la verdad. La Sala Penal opta por un criterio profundamente subjetivo, conforme al cual, la credibilidad del testimonio, corresponde a un trabajo analítico de comparación y nunca de eliminación, con el fin de establecer en cuáles de las distintas y opuestas versiones se dijo la verdad.

La incriminación de personas que no han infringido la ley penal, pero sobre las cuales se puede levantar un indicio poco fiable o un indicio construido erróneamente con fundamento en una información no verificada por la Fiscalía, se constata como un defecto de la investigación penal que pone de presente el divorcio entre el trabajo de la policía y el de los fiscales, pues en varios casos se reconoce que las declaraciones fueron recibidas por inteligencia policial y luego trasladadas al fiscal. Lo anterior denota que en ninguna de las dos instituciones existió trabajo de confirmación sobre aspectos tan elementales como la presencia de la persona absuelta en el lugar de los hechos o los rasgos físicos del inculpado. A título de ejemplo el Consejo de Estado en estos casos afirma:

*“Aunque la Sala ha sostenido que en los casos de absolución por ausencia de pruebas, el título de imputación es el de la falla probada del servicio, en los supuestos del artículo 414 del C.P.P y en los casos de in dubio pro reo, la*



*responsabilidad se deriva a título objetivo. En el caso particular, los elementos de juicio que resultaron concluyentes permiten inferir que el sindicato no cometió el delito (...) el argumento consistente en la “falta de pruebas” constituyó un juicio adicional que refuerza el análisis sobre la no participación del sindicato en el atentado terrorista. La Fiscalía Delegada ante el Tribunal, al absolver al sindicato y hacer una ponderación de las razones que condujeron al juzgador para adoptar dicha decisión, tuvo como fundamento central el hecho de que el sindicato nunca fue participe directo o indirecto en el hecho punible, según se infiere de las versiones dadas por varios de los implicados, especialmente por Jairo León Posada y Víctor Manuel Escobar González, y además, porque las personas responsables del delito, quedaron plenamente identificadas por el órgano de instrucción. Bajo las circunstancias anteriores, no hay duda de que aparece configurada una de las causales previstas en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991. Ahora, como quedó expuesto, en los asuntos sobre privación injusta de la libertad, previstos en el artículo 414 del C.P.P., el régimen de responsabilidad aplicable es objetivo, por cuanto el mismo legislador calificó los eventos en los cuales la privación de la libertad se torna injustificada y resulta indiferente determinar cuáles fueron las razones que condujeron al funcionario judicial a adoptar la medida de aseguramiento que implicaron la detención del afectado, porque a la postre ésta se convierte en injusta siempre que el procesado resulta absuelto, bajo el entendido de que era ajeno a la realización del delito, bien porque no lo cometió, porque el hecho no constituía delito o porque su conducta tampoco constituía hecho punible. En conclusión, para la Sala en el caso concreto se estructuró principalmente uno de los presupuestos que comprometen la responsabilidad de la administración, bajo el régimen de responsabilidad objetivo, pues, la justicia penal precluyó la investigación adelantada contra el señor GERMÁN DARÍO POSADA PALACIO por considerar que no cometió el delito, de modo que la Nación, Fiscalía General de la Nación deberá reparar los perjuicios causados por la privación injusta del demandante.”<sup>12</sup>*

### **3.4 Evaluación del Consejo de Estado en el marco de las violaciones al debido proceso**

Se trata de una nota preocupante por las consideraciones que existen en torno al autoritarismo judicial y policial cuya fuente directa es la vulneración de los derechos constitucionales y fundamentales del ciudadano privado de la libertad.

En los casos analizados, los problemas se presentan a partir de una captura policial ilegal que resulta avalada por los fiscales y que con posterioridad genera incidencia en la detención

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 31 de enero de 2011, Exp. 18626, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.



preventiva sin que los jueces reparen en la ilegalidad primigenia que tiene entidad para afectar todo el proceso. Así, por ejemplo, el proceso emblemático que puede analizarse como una situación límite de falencias en todos los órdenes, es el caso de los detenidos con ocasión de la muerte del líder político Luis Carlos Galán Sarmiento. En primer lugar, se presentó una seria debilidad en las pruebas testimoniales que recogió la Policía, luego la exposición mediática que analizó el Consejo de Estado generó una incidencia negativa en el proceso que permitió la detención preventiva y de ahí las derivaciones sobre la ausencia de pruebas contundentes sobre la autoría de los implicados.

Se debe aclarar que si bien cualquier afectación del orden legal se relaciona con el debido proceso, en los casos que se analizan esas vulneraciones tienen una incidencia directa en los derechos fundamentales. En tal sentido, el Consejo de Estado también ha encontrado la fuente de la injusticia en la privación cuando se trata de restricciones que se ampararon en ilicitudes probatorias o capturas irregulares por parte de la policía judicial como lo establece el siguiente precedente:

*“A propósito, es menester anotar que la prueba obtenida con violación del debido proceso, esto es sin la observancia de las formalidades legales esenciales requeridas para la producción de la prueba, configura una causal de nulidad, que opera de pleno derecho. No hay duda que la decisión judicial que privó de la libertad a Javier Moreno le produjo un daño antijurídico que la víctima no estaba en el deber de soportar, el cual, por lo demás, resulta imputable a la entidad oficial que profirió dicha medida. Tal y como se dejó dicho, de conformidad con el artículo 90 de la Constitución Política, los errores judiciales pueden ser fuente de reclamaciones por aquellos que resulten dañados con los mismos, independientemente de la responsabilidad que pudiera caberle al funcionario judicial”<sup>13</sup>.*

### **3.5 Falencias relacionadas con la presunción de inocencia (in dubio pro reo - dudas insalvables en la decisión y demostración de causales de exclusión de responsabilidad)**

Bien se pudiera catalogar esta variable con la primera que hemos analizado, esto es, los temas de insuficiencia probatoria y en realidad este aspecto corresponde a un indicador más de las deficiencias de investigación penal que se presentan a lo largo de todo el proceso, con la diferencia de que aquí las dudas son declaradas judicialmente.

La presunción de inocencia es un estado del cual goza el procesado mientras no se le demuestre judicialmente culpable y, en consecuencia, tiene un componente de tratamiento

---

<sup>13</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, sentencia del 8 de julio de 2009, Exp. 16932, C.P. Myriam Guerrero de Escobar.



procesal, esto es, ninguna autoridad puede hacer una aseveración de culpabilidad antes de una sentencia en firme, y un componente probatorio, es decir, las pruebas que se recauden en un proceso deben permitir certeza respecto de la comisión de la conducta punible, la autoría del sujeto encartado y la responsabilidad.

Del análisis de las sentencias del Consejo de Estado sobre privación injusta de la libertad, surge que las declaraciones de *in dubio pro reo* o las de carencia de certeza en la decisión final, implican una condena casi que inmediata para el Estado, debido a que la privación injusta se asume como una versión de los defectos de la instrucción sumarial que indican que el fiscal tomó riesgos en la investigación al no acopiar pruebas lo suficientemente contundentes para llegar a una decisión de responsabilidad penal. Este aspecto es necesario recalcarlo a propósito de los criterios por los que optan los códigos procesales penales para validar el conocimiento sobre un hecho punible que se adquiere en la investigación penal. En la Ley 600 de 2000 se exigía la certeza, en tanto que en la Ley 906 de 2004 se exige la decisión más allá de toda duda razonable. Mientras la certeza corresponde a un estado de conocimiento que agota la conducta y la responsabilidad, la decisión más allá de toda duda le exige al acusador un umbral de prueba sobre todos los elementos del tipo, la vinculación del autor con la conducta y la definición plena de la responsabilidad, aspectos estos que no pueden ser asumido por el juez, sino demostrados a partir de la discusión de las partes.

La jurisprudencia internacional es igualmente exigente al elaborar una versión de la presunción de inocencia que, según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tiene los siguientes componentes:

*“En cuanto a la alegada afectación por parte de la Corte del principio de presunción de inocencia, este Tribunal ha señalado que este principio constituye un fundamento de las garantías judiciales<sup>14</sup> que implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el onus probandi corresponde a quien acusa, y que exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Asimismo, la Corte ha establecido que este principio es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme. En este sentido, la presunción de inocencia se vulnera si antes de que el acusado sea encontrado culpable una decisión judicial relacionada con él refleja la opinión de que es culpable”.<sup>15</sup>*

<sup>14</sup> Cfr. *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador, Fondo*. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 77; *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez. Vs. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 145, y *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Serie C No. 220, párr. 182.

<sup>15</sup> *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México, fondo reparaciones y costas*. párr 183



En este punto, también cabe anotar las demostraciones posteriores a la imposición de la medida relacionadas con el hecho de que la conducta fue cometida al amparo de una causal de exoneración de la responsabilidad penal. Los eventos que examina el Consejo de Estado han mostrado los casos en los que esta apreciación se da en una fase tardía del proceso, cuando la Fiscalía recolecta las pruebas o cuando en el curso del juicio la defensa demuestra que efectivamente existían situaciones de justificación o inculpabilidad. Es cierto que el fiscal puede tener una hipótesis desde el inicio de la investigación que muestre que dicha causal no existe, pero lo que hace que en el proceso contencioso administrativo se examine esta situación como injusta es el hecho de que no se hubiese profundizado en las hipótesis de investigación para definir una visión integral del problema jurídico de que se trata.

### **3.6 Incorrecta construcción de la prueba indiciaria para imponer la medida cautelar de detención preventiva**

Otra de las fuentes de responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad que aprecia el Consejo de Estado en sus decisiones, es la que se relaciona con la construcción de los indicios. En tal sentido, el problema corresponde a un trasunto de la valoración de la prueba testimonial en la etapa de la investigación penal, pues una forma normal de construir indicios es la reflexión del investigador a partir de declaraciones orales. La norma procedimental de la Ley 600 de 2000 establece en su artículo 356 que para efectos de la imposición de la medida de aseguramiento se requieren por lo menos dos indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso. La Corte Constitucional se manifestó a este respecto en los siguientes términos:

*“En desarrollo del artículo 29 de la Constitución Política, las medidas de aseguramiento deben someterse al cumplimiento de estrictas exigencias fundamentales que estructuran su legalidad. Estas reglas son de dos clases, a saber: los requisitos formales, es decir, la obligación de su adopción mediante providencia interlocutoria, que deberá contener la indicación de los hechos que se investigan, la calificación jurídica y los elementos probatorios que sustentan la adopción de la medida; y los requisitos sustanciales, mediante los cuales se exige para su adopción la existencia de por lo menos un indicio grave de responsabilidad (artículo 388 del C.P.P) o de dos indicios graves de responsabilidad (artículo 356 del nuevo C.P.P), con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso”.<sup>16</sup>*

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que “(...) la connotación de levedad o gravedad del indicio no corresponde a nada distinto al control de su seriedad y eficacia como medio de convicción que en ejercicio de la discrecionalidad reglada en la valoración probatoria realiza el juez, quien después de contemplar todas las hipótesis confirmantes e infirmantes de

<sup>16</sup> Corte Constitucional, sentencia C 774 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.



*la deducción establece jerarquías según el grado de aproximación a la certeza que brinde el indicio, sin que ello pueda confundirse con una tarifa de valoración preestablecida por el legislador (...).<sup>17</sup>*

*La detención preventiva como medida de aseguramiento, dada su naturaleza cautelar, "(...) se endereza a asegurar a las personas acusadas de un delito para evitar su fuga y garantizar así los fines de la instrucción y el cumplimiento de la pena que, mediante sentencia, llegare a imponerse, una vez desvirtuada la presunción de inocencia y establecida la responsabilidad penal del sindicado (...).<sup>18</sup>*

Cabe anotar que, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre este particular es muy clara y ha expulsado de la hermenéutica de los fiscales cualquier formulación subjetiva que pretenda establecer como indicio, las apreciaciones personales del instructor penal al decir que el indicio se construye con fundamento en el tipo penal que se investiga e incluso frente a los elementos de antijuridicidad y culpabilidad de la conducta. Al respecto, y para los casos de la Ley 600 de 2000, la Corte Suprema de Justicia anota:

*“Desde la perspectiva del artículo 29 constitucional mediante la cual se concibe un derecho penal de acto, es como se entiende que lo esencial del delito es la conducta humana pues ésta caracteriza y otorga elementos particulares y singulares al injusto típico.*

*En esa medida, si los indicios como expresiones o fenómenos lo que en realidad hacen es revelar, mostrar o dar a conocer ya de forma inacabada o acabada (parcial o total) aspectos subjetivos y objetivos del comportamiento delictivo de que se trate, es a partir de lo anterior como se comprende que cualquier aplicación doctrinaria, jurisprudencial y práctica que de ellos se haga no puede efectuarse al margen de la acción, es decir, por fuera de los contenidos materiales tanto objetivos como subjetivos de la misma. Se entiende pues que es sobre un comportamiento determinado sobre el que recaen las atribuciones indiciarias.*

*La anterior consideración permite verificar que el concepto de indicio en asunto penal no se resuelve de manera exclusiva en los juicios lógicos abstractos de deducción o inducción, sino que por el contrario además de éstos, dicho instituto se proyecta como una categoría del conocimiento probatorio compleja y que por sobre todo tiene incidencias de carácter sustancial.*

<sup>17</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 17 de septiembre de 2008, proceso No. 24212, M.P. María del Rosario González de Lemos.

<sup>18</sup> Corte Constitucional, Sentencia C 425 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz.



*En nuestra Carta Política en el artículo 29 se halla consagrado el derecho penal de acción, postulado que se recoge en el texto de esa normativa en lo que tiene que ver con el “acto que se imputa”, y que a su vez se proyecta en la ley 599 de 2000 en los conceptos que dicen relación con la conducta punible (típica, antijurídica, culpable, dolosa, culposa, preterintencional) la cual siempre se resuelve en un comportamiento de autoría o de participación responsable o en sus negaciones”.<sup>19</sup>*

Este discurso se mantiene en la Ley 906 de 2004 y, si bien ya no se habla de indicios, la noción de inferencia razonable de autoría o participación en la comisión de delitos ha intentado asemejarse en la práctica judicial a estas variables que soportan la privación de la libertad. La distancia entre el discurso y la práctica forense ejercida por la Fiscalía en los casos de detención preventiva lleva al Consejo de Estado a evaluar eventos en donde claramente no era posible, en un visión sana de la lógica, hacer la construcción de un indicio para soportar una medida de aseguramiento o una orden de captura.

Lo que el Consejo de Estado valora en las decisiones analizadas, es la separación burda de la ley por parte del funcionario de policía o del funcionario instructor en la construcción indiciaria. Así, el Consejo de Estado refiere casos en los cuales el rumor se asume como elemento de un indicio, las apreciaciones de orden subjetivo que crean indicios falsos a partir de reglas de la experiencia que no son tales o la carencia de hechos indicadores para la construcción probatoria que surgen de informes de policía defectuosos y que merecen con toda justicia la censura del contencioso por privación injusta de la libertad, como se observa en este precedente:

*“La Sala se aparta de las conclusiones a las que llegó el Tribunal, dado que en el presente caso se causó un daño antijurídico a los demandantes, al presentarse un error jurisdiccional, que se configuró por la indebida aplicación de las normas que regulaban en ese momento la prueba del indicio, en el Código de Procedimiento Penal, entonces vigente. En efecto, se estructuró la prueba legalmente necesaria a partir de los llamados “subindicios”, que no fue cosa distinta de convertir meras sospechas en un indicio grave de responsabilidad, y utilizarlas como fundamento de la resolución de acusación. La indebida aplicación de las normas procesales y probatorias tuvo por consecuencia que, durante más de un año, el demandante Gustavo Valencia Muñoz, tuviera que soportar una acusación penal que carecía de todo fundamento y que implicó el quebrantamiento del principio de igualdad ante las cargas públicas. Es el juzgador quien declara la existencia de un indicio, cuando establece un hecho indicador, aplica una o varias reglas de la experiencia e infiere lógicamente otro hecho indicado. Es el juez quien construye el indicio, en cada caso concreto. En el presente caso, en la resolución de acusación se construyó un indicio*

<sup>19</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal Sentencia del 2 de septiembre de 2009, proceso No. 29221, M.P. Yesid Ramírez Bastidas.



*grave fundado en meras sospechas. En efecto, se tomaron, como hechos indicadores, afirmaciones realizadas en los testimonios de los empleados del juzgado, sin que se respaldaran en otros medio probatorios: en primer lugar, dijeron que, durante el tiempo en que había permanecido Valencia Muñoz como secretario del juzgado, se habían perdido ocho expedientes más, siendo el principal encargado de su custodia; jamás se probó si eso era cierto; en segundo lugar, desde hacía algún tiempo, la providencia no indica cuánto, su situación económica había cambiado de manera ostensible, pues tenía un nuevo automóvil y había adquirido un nuevo apartamento, lo que, a juicio de los testigos, hacía presumir que eran ganancias obtenidas por la pérdida de los expedientes; no se tomó en cuenta la existencia de otros medios probatorios que indicaban lo contrario; por último, el sindicato se había limitado a presentar denuncia penal por la pérdida de dichos expedientes, circunstancia que, sin precisar por qué, se convertía en un indicio en contra del denunciante. El Tribunal aceptó que ninguno de los declarantes acusó directamente al sindicato, pero concluyó que “fundadamente se sospecha de él”. A las anteriores sospechas las denomina “subindicios”, los suma, y los convierte en indicio grave. El Tribunal asumió como ciertas las afirmaciones de los empleados del juzgado, sin contrastarlas con otros medios de prueba, convirtiendo en indicio, lo que a todas luces constituía una simple sospecha. Para la Sala ninguno de las afirmaciones de los declarantes permitía constituir un indicio grave, ni de manera separada ni conjuntamente; no pasaban de ser meras sospechas, sobre las cuales era necesario profundizar la investigación, mediante el recaudo de nuevas pruebas. Por último, las acusaciones de los empleados sobre un presunto enriquecimiento ilícito contra Gustavo Valencia Muñoz, fueron claramente contrastadas por la declaración de su esposa, Ruth Esther Páez; antes de que se dictara la resolución de acusación, ella declaró que el carro en el cual se transportaban y el nuevo apartamento donde vivían eran de su propiedad y producto de su trabajo profesional, como abogada litigante. Todo lo anterior permite concluir que el pretendido indicio grave de responsabilidad, por el cual se dictó la resolución de acusación en contra de Gustavo Valencia Muñoz, se fundamentó en elementos que constituían meras sospechas en contra del acusado y que se hizo una aplicación indebida de las normas que regulaban la prueba del indicio en el estatuto procesal penal”<sup>20</sup>.*

### **3.7 La reconstrucción de las situaciones de flagrancia y cuasi-flagrancia en la captura**

Otra arista problemática de la privación injusta de la libertad en la práctica judicial y policial, es el tema de la flagrancia o la cuasi-flagrancia.

<sup>20</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 15 de agosto de 2002, Exp. 13671, C.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez.



Aunque en el análisis se trata de un guarismo menor, este aspecto indica que existieron casos en los cuales no se daban los presupuestos para determinar que el delito hubiere sido cometido en flagrancia y, sin embargo, se procedió a la captura. Luego de esta falencia, se continuó el proceso con una medida de aseguramiento privativa de la libertad y, a lo largo de la actuación procesal, se determinó que las razones para capturar no estaban dadas.

La flagrancia es un concepto complejo en el desarrollo del proceso penal que implica sorprender al autor en el momento de la comisión del hecho y su posterior aprehensión, lo que indica que en los casos analizados, fallaba este primer elemento, es decir, no existía la realización del hecho. En consecuencia, se trata de una falencia sobre la valoración del hecho que en los casos analizados remite a una vieja discusión procesal penal conforme a la cual se identifica flagrancia con responsabilidad.

#### ***4. Entidades demandadas***

Conforme se puede observar en el gráfico 6, la entidad más demandada por privar injustamente de la libertad, es la Fiscalía General de la Nación y al lado de ella, aparecen los ministerios de Defensa y de Justicia y del Derecho y la Rama Judicial. Teniendo en cuenta esta distribución de frecuencias, es necesario recalcar que el derecho a la libertad se encuentra afectado en el procedimiento penal por varias entidades estatales, pero los responsables sobre la decisión de privación injusta en última instancia son los operadores judiciales de la Fiscalía General de la Nación y los jueces penales de la República.

La interpretación de este dato nos lleva a concluir que las causas de los casos de privación injusta de la libertad, se inician a partir de una captura defectuosa por parte de la Policía, para seguir con una detención preventiva por parte del fiscal y luego con la absolución por parte de un Juez. En este entramado, el sistema debería funcionar con los correctivos correspondientes, lo que denota obviamente que han existido fallas en los controles judiciales, o que la dinámica del proceso lleva a que dichos controles, especialmente el control judicial, sea inoperante.

Este dato también resulta interesante por el comportamiento de los demandantes, esto es, se demanda a la Nación en cabeza de varias entidades, pero lo cierto es que la Fiscalía, por ser la autoridad competente para imponer las medidas de aseguramiento, es quien acarrea con la mayor responsabilidad.

En los eventos en los que se demanda a la Fiscalía y a la Rama Judicial, por ejemplo, se encontró que había existido un control judicial que avaló el proceder de la Fiscalía, pero con posterioridad se da la absolución en juicio. Cuando se involucra al Ministerio de Defensa, es porque la aprehensión se surtió por la Policía Nacional o por miembros de las fuerzas



armadas. En estos eventos, se dan las discusiones de valoración de flagrancia y, cuando se involucra a otros Ministerios, se refiere al Ministerio de Justicia y del Derecho como ente rector del INPEC, o igual situación ocurre cuando este estuvo fusionado con el Ministerio del Interior.

Si bien, las autoridades penitenciarias únicamente ejecutan la privación de la libertad, existen casos en los cuales las demandas contra el Estado se acompañan de problemas penitenciarios como generación de enfermedades en la situación de la privación de la libertad, producto del encarcelamiento preventivo, o de maltratos por cuenta de los custodios que hacen más gravoso el internamiento y que de conformidad con las pretensiones de la demanda merecen también un resarcimiento.

**Gráfica número 6. Entidades demandadas**



Entidades Demandadas	No.	%
Fiscalía General de la Nación	47	55%
Fiscalía General de la Nación y otros	17	20%
Nación y otros	10	12%
Fiscalía y Rama judicial	7	8%
Ministerio (s) y otros	3	3%
Ministerio (s)	1	1%
Rama Judicial	1	1%
<b>TOTAL</b>	<b>86</b>	<b>100%</b>



### ***5. Valoraciones del contencioso frente a la actuación defectuosa de las autoridades de investigación y juzgamiento penal***

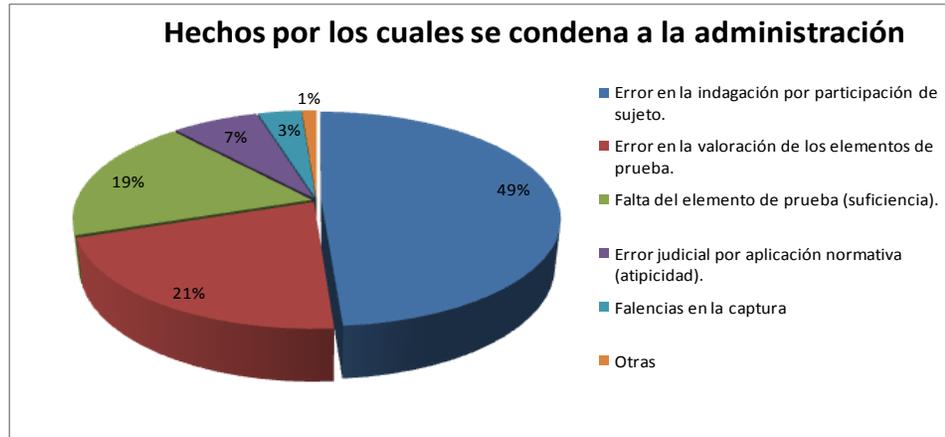
Como se observa en la gráfica 7, cuando el contencioso administrativo examina cada falencia de las autoridades, ha encontrado un esquema conforme al cual las formulaciones de inexistencia, atipicidad, no comisión o participación del hecho tienen fuente en los defectos del trabajo de la Fiscalía o de los jueces penales. En este sentido, el guarismo más alto corresponde a la problemática según la cual el indagado no cometió el hecho y la fuente defectuosa es un error de indagación en el juicio de participación o autoría, seguido de los errores de valoración y de suficiencia probatoria. Llama la atención que estos guarismos corresponden a los señalados anteriormente relacionados con las decisiones tomadas que fundamentan la decisión sobre privación de libertad.

En este punto, es necesario reiterar que la valoración que hace el Consejo de Estado se refiere en concreto a las causales establecidas para indemnización por privación injusta de la libertad y sobre las cuales se entendería que si la mayor frecuencia corresponde al hecho de que el privado de la libertad no cometió la conducta, la actividad de la Fiscalía General de la Nación en los juicios de autoría y participación denota unas falencias investigativas graves conforme a las cuales se vinculan personas que no tienen ninguna relación con el hecho. En tal sentido, las hipótesis que permiten las estadísticas, se plantearían en el sentido de que las autoridades de investigación penal, ante situaciones meramente circunstanciales, podrían vincular penalmente a una persona dejando a la dinámica procesal la demostración de la inocencia. Si este es el proceder de los fiscales, como efectivamente se desprende de la lectura entre líneas de las decisiones del Consejo de Estado, debería atenderse con mayor rigor la vinculación de las personas al proceso.

En segundo lugar, aquí se reitera nuevamente el problema de las claras deficiencias probatorias que ubican la discusión nuestra en privaciones injustas de la libertad que luego permiten la absolución o la preclusión. Tanto los errores de valoración, como las deficiencias probatorias, apuntan a una investigación muy deficiente que luego se traduce en los ya anotados problemas de duda o absolución por causales de usencia de responsabilidad penal.

Las evaluaciones de atipicidad de la conducta obedecen a una noción que merece discusión en el campo penal, pues se trata de casos en los que, existiendo la conducta punible, el examen determina que es otra figura la que encaja en el comportamiento que se reprocha. En el caso de nuestro análisis, lo que se observa realmente es que la conducta con sus condicionantes conceptuales no existió, se calificó como un delito, pero la absolución o la preclusión se dan en consideración a que el juez penal o el fiscal, en su caso, determinaron que la conducta como tal no tenía relevancia delictiva.

**Gráfica número 7. Hechos constitutivos por los cuales se condena a la Administración**



Hechos por los cuales se condena a la administración	Sentencias	%
Error en la indagación por participación de sujeto.	42	49%
Error en la valoración de los elementos de prueba.	18	21%
Falta del elemento de prueba (suficiencia).	16	19%
Error judicial por aplicación normativa (atipicidad).	6	7%
Falencias en la captura	3	3%
Otras	1	1%
<b>TOTAL</b>	<b>86</b>	<b>100%</b>

## 6. Título de imputación

Una última apreciación que se extrae de las decisiones analizadas guarda relación con el título de imputación de responsabilidad al Estado. Los guarismos muestran que el 68% de las declaraciones de responsabilidad se dan por daño especial. No existen diferencias en el comportamiento por la variable de la providencia, esto es, si se trata de preclusión o decisión absolutoria. Los casos de falla del servicio obedecen a las situaciones que combinan la captura ilegal y la detención preventiva, de tal manera que dependiendo de la situación concreta y el principal demandado se hace primar un título, es decir, si la captura se presenta por cuenta de las autoridades de policía con evidentes defectos en la aprehensión material (por ejemplo lesiones al capturado) y con posterioridad se da la detención preventiva por un periodo corto en el que se decide en la segunda instancia sobre la ilegalidad de la captura la discusión fundamental será de falla del servicio. Pero si se trata esencialmente de una detención preventiva defectuosa por falencias probatorias el título escogido será el del daño especial.



El tratamiento de daño especial obedece a la evolución jurisprudencial que optó por ubicar la responsabilidad estatal en un modelo que protege los derechos fundamentales en un grado sumo, diferenciándose de las nociones de falla del servicio y error judicial. El Consejo de Estado expresa esta situación de la siguiente manera:

*“Esta Corporación ha sostenido que a los asociados corresponde soportar la carga pública que implica participar, por voluntad de la autoridad, en una investigación. Sin embargo, ahora la Sala considera oportuno recoger expresiones en virtud de las cuales algunos sectores de la comunidad jurídica han llegado a sostener, sin matiz alguno, que el verse privado de la libertad ocasionalmente es una carga pública que los ciudadanos deben soportar con estoicismo.*

*Definitivamente no puede ser así. Lo cierto es que cualquiera que sea la escala de valores que individualmente se defienda, la libertad personal ocupa un lugar de primer orden en una sociedad que se precie de ser justa y democrática. Por consiguiente, mal puede afirmarse que experimentar la pérdida de un ingrediente fundamental para la realización de todo proyecto de vida, pueda considerarse como una carga pública normal, inherente al hecho de vivir dentro de una comunidad jurídicamente organizada y a la circunstancia de ser un sujeto solidario. Si se quiere ser coherente con el postulado de acuerdo con el cual, en un Estado Social y Democrático de Derecho la persona —junto con todo lo que a ella es inherente— ocupa un lugar central, es la razón de la existencia de aquél y a su servicio se hallan todas las instituciones que se integran en el aparato estatal, carece de asidero jurídico sostener que los individuos deban soportar toda suerte de sacrificios, sin compensación alguna, por la única razón de que resultan necesarios para posibilitar el adecuado ejercicio de sus funciones por las autoridades públicas.”<sup>21</sup>*

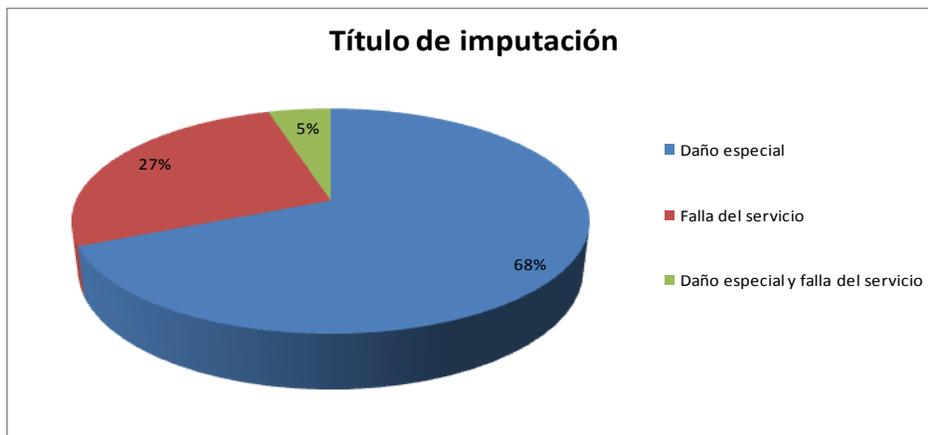
En nuestro estudio anterior “Privación injusta de la libertad: entre el derecho penal y el derecho administrativo” Documento N° 2 de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, anotamos que la evolución jurisprudencial es producto de una tensión entre la concepción de que el proceso penal debe ser tolerado pasivamente por el ciudadano con todos sus posibles defectos y una concepción de resistencia activa en la protección de los derechos fundamentales. Si la cita anotada resume que por tratarse de un derecho fundamental, el ciudadano no está en la obligación de aceptar con estoicismo el funcionamiento defectuoso de sus autoridades policiales o judiciales y la Constitución Política está orientada justamente a la protección de los derechos individuales, lo menos que se puede afirmar es que la línea que trae el Consejo de Estado está en la dirección correcta,

---

<sup>21</sup> Consejo de Estado, Sala delo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre de 2006, Exp. 13168, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

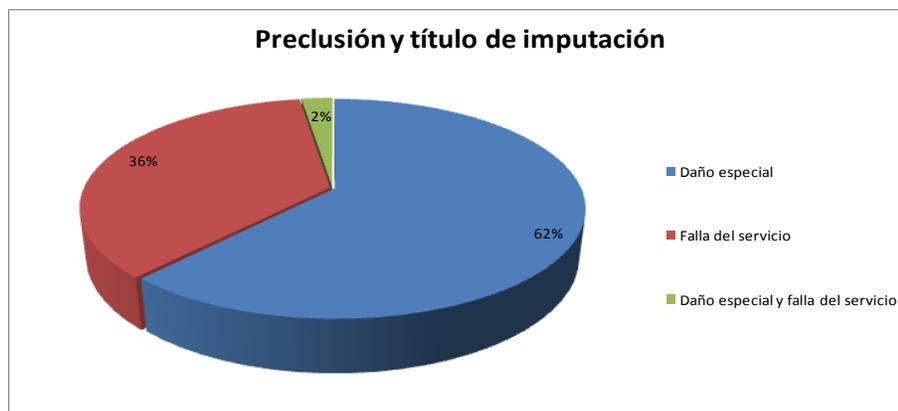
a diferencia de una línea jurisprudencial penal que no siempre se proyecta en el mismo sentido.

**Gráfica número 8. Título de imputación**



Título de imputación	No.	%
Daño especial	59	68%
Falla del servicio	23	27%
Daño especial y falla del servicio	4	5%
<b>TOTAL</b>	<b>86</b>	<b>100%</b>

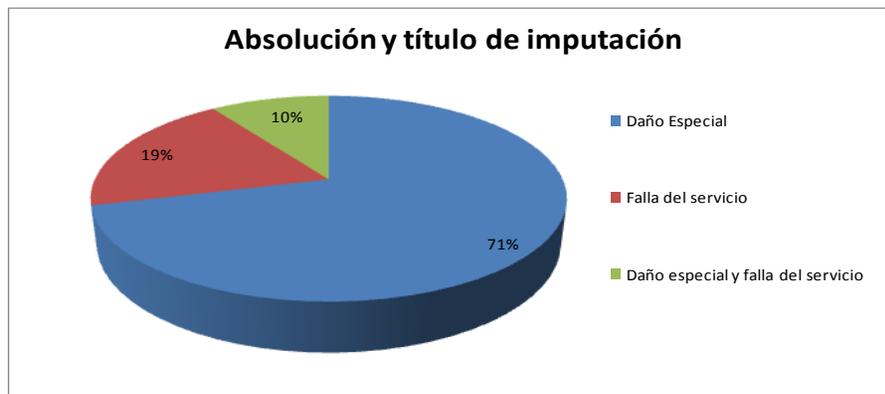
**Gráfica número 9. Preclusión y título de imputación.**





Título de imputación	Preclusión	%
Daño especial	26	62%
Falla del servicio	15	36%
Daño especial y falla del servicio	1	2%
<b>TOTAL</b>	<b>42</b>	<b>100%</b>

**Gráfica número 10.** Absolución y título de imputación.



Título de Imputación	Sentencias	%
Daño Especial	22	71%
Falta del servicio	6	19%
Daño especial y falla del servicio	3	10%
<b>TOTAL</b>	<b>31</b>	<b>100%</b>



## **CAPÍTULO 2. POSIBLE ESQUEMA DE DECISIÓN PARA LA AFECTACIÓN DE LA LIBERTAD A EFECTO DE EVITAR DAÑO ANTIJURÍDICO**

Con fundamento en el primer Capítulo, se propone a continuación, un esquema de decisión sobre detención preventiva en la Ley 906 de 2004 que enfrenta las variables consideradas por el Consejo de Estado al momento de tomar decisiones de responsabilidad, con fundamento en la absolución. Este esquema de decisión tiene por objeto establecer un contraste entre la forma en que se toman las decisiones por cuenta de los operadores judiciales penales y las formulaciones del Consejo de Estado en privación injusta de la libertad.

Este acápite del trabajo tiene como propósito brindar herramientas que, desde la propia política criminal o la legislación procesal penal, se presenten como correctivos a las decisiones que generan daño antijurídico por privación injusta de la libertad.

1. En primer lugar, se debe anotar que la decisión de detención cautelar personal está contemplada en el ordenamiento procesal como una medida excepcional, toda vez que la propia ciencia procesal penal no ha podido resolver la tensión entre la presunción de inocencia y el encarcelamiento preventivo. En consecuencia, las medidas que se adopten para privar de la libertad a una persona deben encarar, en nuestro concepto, un trabajo de la Fiscalía General de la Nación dirigido a evaluar las actuaciones de los fiscales en la primera aproximación al problema de solicitar o no una medida de aseguramiento.

Seguramente, el tema se presentará bastante polémico en tanto hace relación a la autonomía del fiscal en sus actuaciones procesales, pero lo cierto es que nuestro estudio ha encontrado que ese primer enfoque, en determinado tipo de delitos, se muestra prácticamente como una decisión automática de restricción de la libertad, por ejemplo, en delitos de la justicia especializada o las situaciones relacionadas con la corrupción administrativa. Sin duda, ha sido la jurisprudencia la que ha avalado esta concepción que ya es parte de una práctica forense muy difícil de erradicar, pero que debe pasar por los filtros de política criminal.

Este primer enfoque, sobre la necesidad de solicitar una medida de aseguramiento, debe actuar justamente ponderando una serie de variables que la política criminal de la Fiscalía debe encarar como, por ejemplo, el pronóstico verdaderamente acabado de una decisión condenatoria con fundamento en las pruebas recaudadas. En otras palabras, si bien es cierto que la investigación penal tiene por objeto la averiguación de autores y partícipes y la indagación sobre una conducta punible, lo propicio desde el punto de vista político-criminal es hacer mucho más exigente una investigación penal cuando la Fiscalía pretenda imponer una medida de aseguramiento.



En tal sentido, la propuesta de esquema no se fundamenta únicamente en las variables legales conocidas como los riesgos de fuga, alteración probatoria y peligro social del individuo, sino en un verdadero trabajo de acopio probatorio fundamentado antes de proceder a la solicitud de la restricción en la que se observe un pronóstico de condena. En consecuencia, la propuesta de esquema se refiere en primer lugar a una visión de pronóstico fundamentada probatoriamente.

2. Los datos de la aproximación empírica muestran un muy deficiente trabajo de investigación en tres áreas, esto es, los fundamentos para vincular a una persona a una investigación penal, la construcción de indicios o inferencias y la exploración de la investigación dirigida a las causales de ausencia de responsabilidad penal.

Si el problema más preocupante es que el inculcado no ha cometido el hecho y, sin embargo, resulta privado de la libertad en detención preventiva, es necesario que la Fiscalía ajuste sus protocolos de investigación en materia de identificación y de atribución primaria de responsabilidad penal. Para estos efectos, lo propicio sería una revisión de los parámetros de identificación de los posibles autores o partícipes de la conducta investigada y, en tal sentido, los problemas relacionados con los reconocimientos fotográficos, los retratos hablados o los señalamientos de autores a través de entrevistas, requieren de una tecnificación y de un protocolo de evaluación más avanzado.

En últimas, se trata de que en los eventos en los que se señala a una persona de la comisión de un hecho punible a través de medios indirectos, generalmente orales o de referencias memorísticas de quienes lo percibieron a través de los sentidos, se haga una evaluación de conjunto (que implique un protocolo de actuación entre la policía judicial y los fiscales) mucho más elaborada que la existente hasta el momento.

En nuestro esquema, este punto indicaría que para eventos de identificación de autores desconocidos de hechos delictivos, la Fiscalía General de la Nación debería ser más exhaustiva y rigurosa en los métodos de identificación indirecta. Por lo tanto, proponemos la elaboración de un protocolo de identificación de potenciales autores de hechos delictivos cuyo objetivo se cifra en profundizar la investigación en aquellos casos en los que no está definida la identificación del autor.

3. El problema de la construcción de indicios o inferencias racionales de autoría y participación, es una de esas deficiencias que corresponde evaluar a los entes encargados de persecución penal. Sin duda, aquí se proyecta un problema de cultura jurídica que pasa por la forma de enseñanza del derecho procesal penal y por lo que cada operador jurídico asume como forma de su propio trabajo en la actuación procesal.



Dado que el problema fundamental que le permite al Consejo de Estado deducir responsabilidad por privación injusta de la libertad en estos casos corresponde a construcciones poco racionales, subjetivas o carentes de fundamento fáctico resulta procedente resaltar que es lo que falla al momento de imponer una medida de aseguramiento.

En las decisiones analizadas, el principal problema es la construcción de inferencias lógicas por parte del fiscal. En tal sentido, la formulación probabilística usada por los fiscales en los casos analizados, no se fundamenta en leyes científicas, reglas de la lógica o máximas de la experiencia que respalden la conclusión deductiva de un hecho con relevancia penal. Al respecto, si usamos un ejemplo clásico, podemos decir que hallar una prenda de una persona en la escena del delito permite una inferencia lógica, en el sentido de la ubicación de alguien en un momento específico determinado que apenas construye una inferencia de ubicación. Pero este argumento por sí solo no basta para elevarlo a la categoría de inferencia racional de la comisión de un delito, pues la lógica indica que pueden existir un sinnúmero de hipótesis perfectamente plausibles sobre la ubicación de la prenda mientras esta ubicación no se relacione con otros elementos en un contexto claro. Lo observado en nuestros casos es, justamente, que un fiscal se arriesga a definir una privación de la libertad con una deducción tan escasa como la anotada, por vía de ilustración.

Ahora bien, un problema recurrente es la carencia del material probatorio para la construcción indiciaria, lo que hace que el funcionario exprese aspectos estrictamente subjetivos sin vincularse a las exigencias legales o de la jurisprudencia. En efecto, la ley procesal penal contempla el procedimiento y los fundamentos conceptuales con los cuales debe decidir el fiscal y, en tal sentido, se establece que todo indicio basado en la experiencia supone un hecho indicador, del cual el funcionario infiere lógicamente la existencia de otro. Además, se exige la indivisibilidad del hecho indicador probado y un examen de conjunto del indicio teniendo en cuenta su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con los medios de prueba que obren en la actuación procesal. Si la ley es lo suficientemente clara en estos aspectos, no se entiende cómo los funcionarios llegan a conclusiones poco racionales en la aplicación de ésta. En otras palabras, la ley está lo suficientemente clara como para caer en subjetividades.

Para la Ley 906 de 2004 el problema no sería menor, pues la exigencia legal del sistema acusatorio también se ampara en una inferencia lógica sobre la conducta delictiva y el examen de los fines constitucionales de la detención preventiva. Si bien, el modelo nuevo no sería apto para decisiones arbitrarias como las que se analizan en los casos que ha tratado el Consejo de Estado, dado que las solicitudes del fiscal deben ser evaluadas por cuenta de un juez de garantías quien debe tomar la decisión con el debido debate por cuenta de la defensa, lo cierto es que el hacinamiento carcelario actual es un síntoma innegable de que se ha creado una práctica judicial que prefiere la privación de la libertad por cuenta de la



persecución delictiva en la investigación, sin contar con las exigencias de la presunción de inocencia.

En este campo, la sugerencia se enfocaría en ceñirse a los dictados de una jurisprudencia que claramente ha matizado los efectos del subjetivismo judicial en la construcción de las categorías probatorias que soporta una afectación de la libertad tan grave como la captura o la detención preventiva. Para esos efectos, nos parece perfectamente consecuente cimentar la jurisprudencia que reclama que las inferencias y deducciones no pueden elevarse por fuera de las tipologías penales. En tal sentido, correspondería a la Fiscalía General de la Nación enseñar a los operadores judiciales a construir inferencias lógicas a partir de los hechos teniendo en cuenta las exigencias de cada tipología penal.

Sin duda, este es un procedimiento mental complejo que requiere de un trabajo que incluye discusiones de lógica jurídica, de dogmática penal y de evaluación probatoria que merecen el mayor de los cuidados tanto para los fiscales como para los jueces de garantías.

4. Como lo pone de presente la exploración cuantitativa, al lado de las deficiencias probatorias para vincular a una persona a un proceso penal aparece, como uno de los fundamentos de la privación injusta de la libertad, la demostración posterior a la detención preventiva de causales de exclusión de responsabilidad. Sin duda, esto se debe a una aproximación o enfoque indebido del fiscal que, en el momento de la detención, no aprecia otras aristas del problema jurídico frente a los hechos. Ahora, la discusión se dispone más extrema en la Ley 906 de 2004, en la cual, esa discusión corresponde a la defensa y no a la Fiscalía.

En consecuencia, la propuesta para los agentes de persecución penal en esta materia debería concitar la idea de investigaciones más integrales, pues si las pruebas de cargo aseveran únicamente la consumación de la conducta, sin reparar en las situaciones de justificación o inculpabilidad, el pronóstico hacia el futuro indica que el daño antijurídico no se va a mitigar sino, por el contrario, aumentaría dado el esquema de demostración de la responsabilidad penal en un modelo acusatorio.

La propuesta de investigaciones penales más integrales también sería un antídoto eficaz contra las absoluciones por la vía del *in dubio pro reo* o situaciones de dudas insalvables en el momento de la sentencia penal. Por esta razón, la propuesta nuestra indica que la Fiscalía General de la Nación debe afinar su percepción de la práctica judicial en el marco de la garantía constitucional de la presunción de inocencia.

5. Como parte del esquema de decisión y corrección de la imposición de medidas de aseguramiento para mitigar el daño antijurídico, nuestra propuesta incluye una revisión de la relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y la legislación nacional



en materia de detención preventiva. En tal sentido, se propone que la Fiscalía y los jueces de garantías revisen la aplicación correcta del derecho internacional de los derechos humanos de conformidad con las exigencias del bloque de constitucionalidad que limitan la restricción del derecho a libertad únicamente en los casos de comparecencia y alteración probatoria.

En efecto, mientras la legislación nacional permite que se utilice como fundamento de detención la peligrosidad del individuo supuestamente infractor, el derecho internacional de los derechos humanos deshecha esa construcción, razón por la cual en nuestro medio esa acotación debería prevalecer por cuenta de las exigencias del artículo 93 de la Constitución Nacional que obliga interpretar el contenido de los derechos de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

El informe Peirano Basso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha recalcado justamente este presupuesto al decir:

*“La Convención prevé, como únicos fundamentos legítimos de la prisión preventiva los peligros de que el imputado intente eludir el accionar de la justicia o de que intente obstaculizar la investigación judicial, en su artículo 7(5): “Toda persona detenida o retenida... tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio”. Por medio de la imposición de la medida cautelar, se pretende lograr la efectiva realización del juicio a través de la neutralización de los peligros procesales que atentan contra ese fin.*

82. Al respecto, la Corte Interamericana ha establecido:

*“Del artículo 7.3 de la Convención se desprende la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludir la acción de la justicia.*

83. Por su parte, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 9.3, dispone:

*“Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal... tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo”.*



*84. Como se ha dicho, esta limitación al derecho a la libertad personal, como toda restricción, debe ser interpretada siempre en favor de la vigencia del derecho, en virtud del principio pro homine. Por ello, se deben desechar todos los demás esfuerzos por fundamentar la prisión durante el proceso basados, por ejemplo, en fines preventivos como la peligrosidad del imputado, la posibilidad de que cometa delitos en el futuro o la repercusión social del hecho, no sólo por el principio enunciado sino, también, porque se apoyan en criterios de derecho penal material, no procesal, propios de la respuesta punitiva. Ésos son criterios basados en la evaluación del hecho pasado, que no responden a la finalidad de toda medida cautelar por medio de la cual se intenta prever o evitar hechos que hacen, exclusivamente, a cuestiones procesales del objeto de la investigación y se viola, así, el principio de inocencia. Este principio impide aplicar una consecuencia de carácter sancionador a personas que aún no han sido declaradas culpables en el marco de una investigación penal.*

*85. A su vez, el riesgo procesal de fuga o de frustración de la investigación debe estar fundado en circunstancias objetivas. La mera alegación sin consideración del caso concreto no satisface este requisito. Por ello, las legislaciones sólo pueden establecer presunciones iuris tantum sobre este peligro, basadas en circunstancias de hecho que, de ser comprobadas en el caso concreto, podrán ser tomadas en consideración por el juzgador para determinar si se dan en el caso las condiciones de excepción que permitan fundamentar la prisión preventiva. De lo contrario, perdería sentido el peligro procesal como fundamento de la prisión preventiva. Sin embargo, nada impide que el Estado imponga condiciones limitativas a la decisión de mantener la privación de libertad.”<sup>22</sup>*

6. Revisión de los esquemas de aplicación del principio de proporcionalidad. Frente a este punto, anotamos que es necesario que los operadores judiciales reinterpreten los esquemas de proporcionalidad o prohibición de exceso para evitar que la excepción se convierta en regla. Si bien, los datos empíricos no autorizan, en principio, a hablar de este punto, sí debe resultar claro que frente a la crisis carcelaria existe un problema en la evaluación de todos los criterios para detener a una persona, al punto de que se convierte en la primera opción de aseguramiento y no en la última, como lo exige el propio derecho constitucional.

En materia de proporcionalidad, se debe predicar que la noción normalmente aceptada es la de equivalencia entre delito investigado y la intensidad de la medida. Así, por ejemplo, si se trata de delitos contra la Administración Pública que indican situaciones de corrupción administrativa, es el bien jurídico tutelado el que impone el examen de necesidad y, en consecuencia, la política criminal marca el derrotero de que en estos casos debe solicitarse

<sup>22</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe Peirano Basso Vs. Uruguay de 1 de mayo de 2007. Se puede consultar en: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/Uruguay12553.sp.htm>.



la medida de aseguramiento. Pero bien entendido, el principio de proporcionalidad no autoriza semejante examen, pues por esta vía se confunde la coerción procesal con la coerción sustantiva en desmedro de la presunción de inocencia.

Lo acertado en estos casos sería seguir el dictado constitucional que indica la noción de **necesidad** sin consideración al delito investigado siguiendo las pautas de demostración previa con fundamento probatorio de los riesgos de evasión, alteración probatoria o amenaza para la comunidad en especial la víctima.

Cabe advertir en primer término que la ley procesal penal es la que determina las formalidades para privar de la libertad a una persona por consideraciones delictivas. En consecuencia, este protocolo únicamente está diseñado para prevenir el daño antijurídico en los casos de privación injusta de la libertad con fundamento en la doctrina del Consejo de Estado. A tales efectos, el lector puede encontrar en esta guía una serie de insumos para evaluar más acertadamente la imposición de restricciones de la libertad que tengan como consecuencia posterior una indemnización.

### ***1. La apreciación de la libertad como un valor constitucional de primer orden***

Tanto para expedir ordenes de captura, como para proferir medidas de aseguramiento restrictivas de la libertad, el funcionario debe saber que la libertad es un bien de la mayor valía y en consecuencia la afectación de la libertad pasa por la exigencia del principio de legalidad, tal y como lo dispone el artículo 28 de la Carta. A estos efectos se debe tener en cuenta que el Consejo de Estado al definir la responsabilidad estatal en los casos de privación injusta de la libertad ha trascendido la percepción, de conformidad con la cual, cuando un funcionario judicial priva a alguien de la libertad, lo hace con fundamento en el hecho de que en el momento de la imposición de la medida de aseguramiento estaban dados los presupuestos legales para atender la restricción.

Por el contrario, el Consejo de Estado a más de analizar el marco estricto de la legalidad examina los fundamentos de todo el desarrollo procesal para definir las variables de inexistencia de la conducta punible, la ausencia de participación del imputado en el hecho y la demostración de irresponsabilidad del sindicado. Teniendo en cuenta este examen se debe entender que la Fiscalía requiere de bases sólidas para solicitar una orden de captura o una medida de aseguramiento. En tal sentido, la tarea del fiscal debe profundizar en los aspectos de autoría, relación entre el hecho imputado y el sujeto de la restricción y la definición temprana de responsabilidad.



## **2. Análisis sobre el sentido de la excepcionalidad.**

Dado que la libertad es un valor constitucional de primer orden, el funcionario judicial debe atender este criterio orientado a privilegiar el encausamiento penal sin la necesidad de una medida cautelar personal. Así, solamente en casos estrictamente necesarios y definidos por la ley es menester que el procesado asuma un enjuiciamiento detenido. El Consejo de Estado es celoso en este particular, pues ha afirmado el valor constitucional de la libertad por encima del eje funcional de la administración de justicia penal, de tal manera que el operador judicial debe contar con el hecho de que para efectos administrativos la privación de la libertad no es una “carga pública que los ciudadanos deban soportar *per se*”. La decisión del Consejo de Estado establece:

*“Esta Corporación ha sostenido que a los asociados corresponde soportar la carga pública que implica participar, por voluntad de la autoridad, en una investigación. Sin embargo, ahora la Sala considera oportuno recoger expresiones en virtud de las cuales algunos sectores de la comunidad jurídica han llegado a sostener, sin matiz alguno, que el verse privado de la libertad ocasionalmente es una carga pública que los ciudadanos deben soportar con estoicismo. Definitivamente no puede ser así. Lo cierto es que cualquiera que sea la escala de valores que individualmente se defiende, la libertad personal ocupa un lugar de primer orden en una sociedad que se precie de ser justa y democrática. Por consiguiente, mal puede afirmarse que experimentar la pérdida de un ingrediente fundamental para la realización de todo proyecto de vida, pueda considerarse como una carga pública normal, inherente al hecho de vivir dentro de una comunidad jurídicamente organizada y a la circunstancia de ser un sujeto solidario.”<sup>23</sup>*

## **3. Valoración de la presunción de inocencia frente a la necesidad del encarcelamiento preventivo.**

Es necesario que los jueces y fiscales recalquen en los juicios de autoría, imputación y adecuación.

Los operadores judiciales deben considerar que en un modelo acusatorio como el que regenta la Ley 906 de 2004 la probabilidad de que se profieran decisiones absolutorias frente a inferencias defectuosamente construidas o investigaciones incompletas es bastante alto. Si bien, la teoría del proceso penal no ha podido resolver la tensión que se presenta entre la presunción de inocencia y la detención preventiva, pues a la luz de la Constitución y los instrumentos internacionales se establece que nadie puede ser considerado como

<sup>23</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 4 diciembre de 2006. Exp. 13168. Consejero Ponente. Mauricio Fajardo Gómez.



culpable hasta que una declaración judicial así lo establezca, pero aun así se permite la privación intramural cautelar, es claro que la presunción de inocencia es un elemento fundamental a la hora de estimar el encarcelamiento preventivo. En efecto, si se sigue la línea jurisprudencial del Consejo de Estado se entiende que este tribunal le ha dado prelación a la presunción al encontrar que conforme al artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, la responsabilidad del Estado se configura cuando se ha causado un daño antijurídico, por la privación de la libertad de una persona a quien se le precluye la investigación o es absuelta porque nada tuvo que ver con el delito investigado (juicio de autoría penal), el indiciado no cometió el delito (juicio de imputación penal) o la conducta no era delito (juicio de adecuación) sin que resulte relevante calificar la conducta o las providencias de las autoridades encargadas de administrar justicia.

#### ***4. Análisis pormenorizado de los requisitos legales para imponer medidas restrictivas de libertad.***

Los aspectos anteriores permiten considerar a la doctrina del Consejo de Estado como un modelo que al reconocer la actividad administrativa orientada a la protección de derechos fundamentales trasciende las exigencias propias del proceso penal y en consecuencia si se quisiera encontrar una línea de principios que vincule las formulaciones procesales penales y las contenciosas administrativas tendríamos el siguiente esquema:

##### **4.1. Requisitos objetivos para imponer medida de aseguramiento.**

La legislación procesal penal estima como presupuestos la calidad del delito (justicia especializada) o el monto de la pena (mínimo cuatro años de prisión). Este presupuesto se ha convertido en la piedra de toque de la Fiscalía para hacer las solicitudes tanto de orden de captura como imposición de medida de aseguramiento. Pero si se atiende bien a las consideraciones del Consejo de Estado, el requisito objetivo no es más que un presupuesto legal de ineludible cumplimiento que por lo demás se generalmente se cumple por parte de los operadores judiciales. Lo que obliga a hacer más exigente el juicio de fiscales y jueces en este punto responde a que la jurisprudencia del contencioso no solamente atiende al punto de legalidad, sino de “privación injusta”. Así, por ejemplo, la decisión de la Sección Tercera, de 28 abril de 2005. Expediente 15348. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio establece a este respecto

*“En síntesis, considera la Sala que quien haya sido privado de la libertad de manera preventiva y absuelto en sentencia ejecutoriada o en providencia que disponga la terminación del proceso, tiene derecho a la indemnización de perjuicios que la medida le haya causado, siempre que ésta haya sido injusta, calificación que puede*



*provenir, entre otros eventos, de cuando la medida se profirió desatendiendo las disposiciones que sobre la materia establece la ley o cuando el proceso termine con absolución o su equivalente, porque el hecho no existió, o el sindicado no lo cometió, o el hecho no era constitutivo de delito; o haya sido irrazonable porque el juicio sobre su procedencia según los parámetros de la ley no correspondan con la prueba que obraba en el proceso penal; o injustificada porque aunque se hubiera proferido inicialmente conforme a los parámetros legales, excedió el plazo razonable; o sea desproporcionada su duración en consideración al delito de que se trate; o porque, de acuerdo con las circunstancias específicas del asunto, al margen de la licitud o ilicitud de la decisión que le sirvió de fundamento, el particular que fue objeto de la medida privativa de la libertad no estaba en el deber jurídico de soportarla, conforme se hace evidente como consecuencia de una decisión definitiva de carácter absolutorio”*

Si se siguen estas consideraciones el problema de la “injusticia” de la privación de la libertad que trata el Consejo de Estado realmente abarca un examen de toda la legalidad y no únicamente del presupuesto objetivo. Obviamente, si ubicamos las discusiones en el plano estrictamente penal el examen que arroja esta apreciación implica que los juicios de adecuación, imputación y autoría deben estar plenamente soportados por cuenta del fiscal al momento de hacer la solicitud lo que impondría un examen más exhaustivo del juicio de tipicidad penal.

#### **4.2. La solidez de la investigación penal.**

Además de los presupuestos nombrados en el numeral anterior es menester anotar que la ausencia de una investigación penal lo suficientemente sólida es causa de la privación injusta. En este sentido, la legislación procesal penal es clara en exigir construcciones probatorias concretas que deben evaluarse en consideración al delito y a la autoría del sujeto investigado que se asumen bajo las categorías de “indicio grave” (Ley 600 de 2000) o “inferencia razonable” (Ley 906 de 2004). Como se observa con la decisión citada anteriormente, los operadores judiciales deben tener en cuenta que la tesis del Consejo de Estado en este punto se ampara en el hecho de que nadie está en el deber jurídico de soportar una privación injusta de la libertad, y en consecuencia, una evaluación probatoria errónea que se fundamenta en una investigación penal débil, obliga al funcionarios judiciales a hacer un análisis exhaustivo de la prueba necesaria para imponer una medida de aseguramiento y la construcción categórica que proyecta al investigado como penalmente responsable.

A estos efectos, las construcciones indiciarias o inferidas no pueden manejarse como apreciaciones subjetivas de fiscales y jueces. Por el contrario, es una labor exigente que requiere profundos conocimientos de lógica, derecho probatorio y obviamente derecho



penal sustantivo. La sugerencia más clara a este respecto sería la de que los operadores judiciales concentren las construcciones deductivas en dos elementos fundamentales, esto es, los verbos rectores del tipo penal que se imputa y las estructuras de autoría o participación. En efecto, en tanto que las construcciones deductivas están relacionadas con un delito, la forma de inhibir apreciaciones carentes de racionalidad es la de evitar que informaciones periféricas regenten la inferencia. Así por ejemplo, nociones como la de “indicio de presencia” en el lugar de los hechos o los indicios relacionados con las coartadas que disponen los procesados en indagatoria, no aportan al examen concreto de una deducción de responsabilidad penal futura y por el contrario, son sumamente cuestionables frente a la garantía de presunción de inocencia.

En lo que se relaciona con las inferencias y deducciones de autoría y participación el delito investigado, resultan aplicables los criterios elementales del derecho penal. Así, por ejemplo, si la autoría se define por la forma en que se vincula un resultado lesivo a la actividad o inactividad de una persona investigada, resulta patente que quienes aparecen circunstancialmente en un escenario de investigación penal pueden ser indagados, pero en el caso concreto se requiere de una apreciación fundada sobre su participación con pruebas igualmente concretas que permitan inferencias de autoría.

#### **4.3. Los fines constitucionales de la detención preventiva.**

Tanto la Constitución, como la legislación procesal penal definen tres fines que legitiman la privación de la libertad como medida cautelar, esto es, el riesgo de evasión, el riesgo de alteración probatoria y los riesgos para la comunidad en especial para las víctimas. A estos efectos el operado judicial debe atender las exigencias del derecho internacional de los derechos humanos, tal y como se han expuesto en el presente documento y como se profundizará más adelante.

### **CAPÍTULO 3. PLAN PREVENTIVO EN MATERIA DE PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD CON FUNDAMENTO EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS**

#### **1. Introducción**

La justificación de un plan preventivo en materia de privación injusta de la libertad como medio para mitigar la carga económica que debe asumir el Estado en el contexto del daño especial por las falencias de las autoridades en el proceso penal, se propone debido a que la investigación empírica que hemos realizado demuestra una serie de fallas protuberantes en



los procedimientos de aprehensión material, captura y detención y, por ende, la única vía efectiva para que los operadores judiciales reconozcan los límites de la legislación frente al derecho a la libertad, es el de la aplicación exhaustiva del derecho internacional de los derechos humanos como una guía que contribuya a que la acción de la policía judicial, los fiscales y los jueces se mantenga dentro de los márgenes propios de la excepción a la privación de la libertad.

Con fundamento en este derrotero, proponemos que las falencias vistas en el estudio empírico se subsanen a través de varias actuaciones en el marco de la definición de una política pública en materia de prevención del daño antijurídico:

En primera medida, se propone la elaboración de una política criminal con el objetivo de que allí se debatan las soluciones de orden inmediato y las posibles soluciones a mediano y largo plazo relacionadas con la necesidad de readecuar la imposición de las medidas de tratamiento preventivo intramural que generan el daño.

En segunda medida, se sugiere la presentación de propuestas correctivas en el debate que se avecina relacionado con el Código de Procedimiento Penal planteado por la Fiscalía General de la Nación.

Y, como última opción, también se propone abrir un espacio de discusión para que los operadores judiciales reconozcan la arista de los derechos humanos en materia de libertad como una herramienta fundamental en sus decisiones, aspecto éste que podría ser efectivo a largo plazo para moderar el abuso de la figura de la detención preventiva.

## **2. Fundamentos**

El derecho constitucional asume la integración de normas internacionales que reconocen los derechos humanos en la legislación interna, a través del llamado bloque de constitucionalidad. Si bien, el derecho a la libertad es de los derechos que no están llamados a integrar el bloque debido a que es un derecho que puede limitarse durante los estados de excepción, el propio artículo 93 de la Constitución Política genera un efecto de hermenéutica que, en nuestro concepto obliga a los operadores judiciales a reconocer límites a ciertas construcciones del derecho interno que son contrarias al bloque de constitucionalidad. En otras palabras, el mandato del artículo mencionado que exige que los derechos y deberes contenidos en la Carta Política se interpreten de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos reconocido y ratificado por el Congreso, se muestra como una herramienta útil frente a ciertas atribuciones laxas de la legislación interna que permiten la extralimitación de los funcionarios en el otorgamiento de la medida de detención preventiva.



Para lograr este efecto, es necesario recalcar que los operadores judiciales y policiales deben tener como herramienta de trabajo el derecho internacional de los derechos humanos. El Código de Procedimiento Penal en su artículo 3 establece con claridad que en la actuación procesal penal prevalecerá lo establecido en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia que traten sobre derechos humanos y que prohíban su limitación durante los estados de excepción, por formar parte del bloque de constitucionalidad. En consecuencia, resulta ineludible que estas disposiciones en su acepción de *soft law*<sup>24</sup> o en las normas convencionales propiamente dichas se integren a la interpretación del derecho a la libertad.

### ***3. La aplicación de principios del derecho internacional de los derechos humanos a situaciones de captura***

La primera apreciación que debemos rescatar es que a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado también le incumbe esta tarea dado que las malas prácticas de la administración de justicia penal en privación injusta de la libertad empiezan por las capturas que aunque puedan resultar legales, a la luz del trabajo judicial nacional, son irregulares a la luz del derecho internacional. En efecto, nuestra primera propuesta preventiva-correctiva es la de enfatizar que, frente a la lucha contra la delincuencia, le correspondería al Estado fomentar un debate sobre el derecho a la libertad que recalque la noción de restricción como excepción al principio general de la libertad.

En este contexto, resulta necesario enfatizar sobre la normatividad aplicable al momento de la aprehensión física por cuenta de las autoridades de policía. El derecho Internacional de los Derechos Humanos a este respecto cuenta con instrumentos de *soft law* como son ***los Principios básicos de Naciones Unidas sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.***

La propuesta en esta materia consiste en que, para efectos de la legalización de la captura, los jueces de control de garantías cuenten con este instrumento, y a la vez, que los principios permitan una reinterpretación de los reglamentos de policía sobre uso de la fuerza y utilización de armamento

Como lo ha dicho el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en el ejercicio de funciones policiales, es posible que la Policía recurra ocasionalmente al uso de la fuerza, por ejemplo para arrestar a una persona que oponga resistencia o para dispersar a la muchedumbre. Sin embargo, eso no significa que la Policía pueda emplear cualquier grado de fuerza en tales situaciones. A este respecto, el derecho internacional postula todo un

---

<sup>24</sup> Recomendaciones no vinculantes.



ejercicio de proporcionalidad en relación con el uso de la fuerza a efectos de una captura o de una detención.

El Comité de Derechos Humanos reconoce que la Policía no debe utilizar una fuerza desproporcionada y, por ende, excesiva al proceder frente a una detención. Un uso de la fuerza de esas características constituiría, en materia del derecho a la libertad, una violación del artículo 9 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos que implican la noción de «seguridad personal» como derecho inescindible de la libertad.

En virtud de tal apreciación, el Comité de Derechos Humanos recomienda al menos la aplicación de estos dos principios:

*“4. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, en el desempeño de sus funciones, utilizarán en la medida de lo posible medios no violentos antes de recurrir al empleo de la fuerza y de armas de fuego. Podrán utilizar la fuerza y armas de fuego solamente cuando otros medios resulten ineficaces o no garanticen de ninguna manera el logro del resultado previsto.*

*5. Cuando el empleo de las armas de fuego sea inevitable, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley:*

- a) Ejercerán moderación y actuarán en proporción a la gravedad del delito y al objetivo legítimo que se persiga;*
- b) Reducirán al mínimo los daños y lesiones y respetarán y protegerán la vida humana;*
- c) Procederán de modo que se presten lo antes posible asistencia y servicios médicos a las personas heridas o afectadas;*
- d) Procurarán notificar lo sucedido, a la menor brevedad posible, a los parientes o amigos íntimos de las personas heridas o afectadas”.*<sup>25</sup>

Si bien dichos principios se centran principalmente en limitar el uso de fuerzas letales, se pueden aplicar a todos los usos de la fuerza. Por ejemplo, el principio 5.a) exige que, cuando el uso de la fuerza sea inevitable, los funcionarios encargados del cumplimiento de la ley la ejerzan con moderación «y actúen en proporción a la gravedad del delito y al objetivo legítimo que se persiga». En virtud del Principio 5.b), se deberán reducir al mínimo los daños y lesiones, así como las pérdidas de vidas humanas. Si una persona es herida durante su detención o apresamiento, los oficiales encargados de velar por la aplicación de la ley deberán asegurarse que se le preste lo antes posible asistencia y servicios médicos (Principio 5.c) y que se notifique lo sucedido, a la menor brevedad posible, a los parientes o amigos íntimos de las personas heridas (Principio 5.d).

<sup>25</sup> Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley. Se puede consultar en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/fuerza.htm>.



#### **4. La regla general es la libertad y su restricción es la excepción**

Uno de los problemas esenciales del encarcelamiento preventivo es el relacionado con el amplio catálogo de delitos que admiten la privación de la libertad de forma intramural o domiciliaria. Nuestro diseño constitucional ha recalcado a este respecto que la nominación delictiva no es la única fuente de imposición de la medida de aseguramiento, pues para ello es necesario examinar, al lado de este requisito objetivo, los fines constitucionales que se propone la privación (evasión, alteración probatoria, reiteración, protección de la víctima) y el examen de necesidad y proporcionalidad.

El estudio empírico nos muestra una faceta compleja de esta aplicación, pues se puede avizorar una hipótesis conforme a la cual, en cierto tipo de delitos, la medida de detención se convirtió en la regla general. En efecto, muchos de los casos que tratamos corresponden a la antigua justicia regional, hoy conocida como justicia especializada.

A este respecto, debemos anotar que casi todas las decisiones analizadas en este estudio contienen un muy pobre desarrollo de las premisas constitucionales y, por el contrario, existe una especie de política criminal de “facto” que justifica la detención por considerar que se trata de delitos muy graves (v.gr. narcotráfico, asesinatos, tortura). No obstante, resulta claro que la legislación internacional no permite tal referencia y, por el contrario, enfatiza la excepción.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos desde el caso Gargaram Paday (1994) párrafo 47 opina al respecto:

*“Este Tribunal ha señalado que con la protección de la libertad se pueden salvaguardar “tanto la libertad física de los individuos como la seguridad personal, en un contexto en el que la ausencia de garantías puede resultar en la subversión de la regla de derecho y en la privación a los detenidos de las formas mínimas de protección legal. Los numerales 2 y 3 del artículo 7 establecen límites al poder público que prohíben expresamente tanto las detenciones ilegales como las arbitrarias. En este sentido la Corte ha señalado lo siguiente:*

*Según el primero de tales supuestos normativos, nadie puede verse privado de la libertad sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma (aspecto formal). En el segundo supuesto, se está en presencia de una condición según la cual nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que -aún calificados de legales- puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales*



*del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad.”<sup>26</sup>*

En la decisión López Álvarez vs Honduras del año 2006 la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó:

*“La prisión preventiva está limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática. Constituye la medida más severa que se puede imponer al imputado, y por ello debe aplicarse excepcionalmente. La regla debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal.*

La legitimidad de la prisión preventiva no proviene solamente de que la ley permite aplicarla en ciertas hipótesis generales. La adopción de esa medida cautelar requiere un juicio de proporcionalidad entre aquella, los elementos de convicción para dictarla y los hechos que se investigan. Si no hay proporcionalidad, la medida será arbitraria.”<sup>27</sup>

Nuestra propuesta en este caso consiste en recoger, para el examen de detención preventiva, otro instrumento de *soft law* que podría orientar desde una perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos la excepcionalidad del encarcelamiento preventivo. A estos efectos se podría incorporar a la discusión las llamadas Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad<sup>28</sup> (reglas de Tokio) aprobadas el 14 de diciembre de 1990. Así, por ejemplo, la regla 5 en lo que atañe a las medidas privativas antes del juicio establece claramente la noción de privación cautelar procesal como *última ratio*, al decir:

*“5.1. Cuando así proceda y sea compatible con el ordenamiento jurídico, la policía, la fiscalía u otros organismos que se ocupen de casos penales deberán estar facultados para retirar los cargos contra el delincuente si consideran que la protección de la sociedad, la prevención del delito o la promoción del respeto a la ley y los derechos de las víctimas no exigen llevar adelante el caso. A efectos de decidir si corresponde el retiro de los cargos o la institución de actuaciones, en cada ordenamiento jurídico se formulará una serie de criterios bien definidos. En casos*

<sup>26</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Gargaram Paday vs. Surinam. Sentencia de 21 de enero de 1994. Se puede consultar en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_16\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_16_esp.pdf).

<sup>27</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso López Álvarez Vs. Honduras. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Se puede consultar en [http://furomilitar.scjn.gob.mx/Resoluciones/seriec\\_141\\_esp.pdf](http://furomilitar.scjn.gob.mx/Resoluciones/seriec_141_esp.pdf).

<sup>28</sup> [http://www2.ohchr.org/spanish/law/reglas\\_tokio.htm](http://www2.ohchr.org/spanish/law/reglas_tokio.htm)



*de poca importancia el fiscal podrá imponer las medidas adecuadas no privativas de la libertad, según corresponda.*

#### *6. La prisión preventiva como último recurso*

*6.1 En el procedimiento penal sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso, teniendo debidamente en cuenta la investigación del supuesto delito y la protección de la sociedad y de la víctima.*

*6.2 Las medidas sustitutivas de la prisión preventiva se aplicarán lo antes posible. La prisión preventiva no deberá durar más del tiempo que sea necesario para el logro de los objetivos indicados en la regla 6.1 y deberá ser aplicada con humanidad y respeto por la dignidad del ser humano.*

*6.3 El delincuente tendrá derecho a apelar ante una autoridad judicial u otra autoridad independiente y competente en los casos en que se imponga prisión preventiva”.*

### **5. La reconstrucción de la noción de flagrancia y el principio de legalidad procesal**

El análisis que realizan los tribunales internacionales de Derechos Humanos en punto de los presupuestos legales para proferir una medida de aseguramiento, exige que la normativa interna defina constitucional o legalmente de antemano las condiciones para proceder a la detención. Así lo expresa el artículo 7.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos: “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”.

El caso Gangaram Panday corresponde a una decisión en la cual se plantean los dos aspectos esenciales para la interpretación acertada de la privación de la libertad que encajan en las falencias de lo ilegal o lo arbitrario. En cuanto a la detención ilegal la Corte Interamericana distinguió dos aspectos en su análisis, uno material y otro formal. El aspecto formal, que corresponde a la reserva legal, establece que nadie puede verse privado de la libertad personal sino con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma ley, en tanto que el aspecto material define que la privación de la libertad no puede darse sino por las causas, casos o circunstancias expresamente definidas de antemano por el legislador.

En tal sentido, el examen de la jurisprudencia internacional recalca que en el aspecto formal, los procedimientos deben ser estrictamente observados, so pena de que la detención se repute ilegal. Pero en lo que respecta al aspecto material, esto es, las causas que dan origen



a la violación del derecho a la libertad *existen jurisprudencias que han anotado que la detención en los casos en los que no se configura la flagrancia y, aun así se procede a la detención, resultan ilegales y arbitrarias conforme a la Convención Americana de Derechos Humanos.*

Así por ejemplo, en el caso Castillo Páez, la Corte Interamericana sentenció la vulneración de los derechos consagrados en el artículo 7.2 y 7.3, porque la detención fue realizada sin que se dieran las causas o condiciones establecidas en la Constitución peruana, esto es, no se produjo por mandamiento escrito y motivado de autoridad judicial y tampoco se demostró que la detención se hubiere producido por delito flagrante.

A este respecto la Corte Interamericana afirmó:

*"56. De acuerdo con lo anterior, la Corte considera que el Perú infringió, en perjuicio del señor Castillo Páez, varios incisos del artículo 7 de la Convención, que regula de manera genérica la libertad personal. En primer término, está demostrado que la víctima fue detenida por personal de la Policía Nacional del Perú sin que mediaran las causas y condiciones establecidas por la Constitución Política de 12 de julio de 1979 que estaba en vigor en la época en que se produjo la detención, ya que dicha ley fundamental disponía que sólo se podía privar de la libertad a una persona por mandamiento escrito y motivado de autoridad judicial, lo que no ocurrió en el caso. No se demostró y tampoco se alegó por el Estado, que la aprehensión del señor Castillo Páez se hubiese producido al haber sido sorprendido in fraganti en la comisión de un delito o que estuviese vigente en ese momento un estado de emergencia, circunstancias que hubiesen podido justificar la detención de la víctima por agentes policiales, sin intervención judicial."*<sup>29</sup>

La misma línea jurisprudencial se aplicó en el caso de Juan Humberto Sánchez contra Honduras. En esta oportunidad, la Corte Interamericana comprobó que, conforme a la Constitución hondureña, solamente podía arrestarse a una persona en virtud de escrito de autoridad competente o por haber sido sorprendido en flagrancia. Las otras exigencias legales predicaban que el detenido debía ser informado en el acto con toda claridad de sus derechos y de los hechos que se le imputaban. En consecuencia, la vulneración del procedimiento permitió concluir que al no cumplirse con el marco normativo de la Convención y de la ley interna, debido a que se adelantaron los procedimientos por agentes militares y no por la policía, la presunta víctima no fue sorprendida *in fraganti*, sino que fue detenida en la casa de sus padres en horario nocturno. De esta manera, se desconocieron las disposiciones internas y convencionales, en particular el artículo 7.2 de la Convención Americana.

<sup>29</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Castillo Páez Vs. Perú. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Se puede consultar en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_34\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_34_esp.pdf).



Al respecto, la Corte Interamericana sostuvo:

*"De conformidad con el artículo 84 de la Constitución Política de Honduras, en vigor desde el 20 de enero de 1982, "[n]adie podrá ser arrestado o detenido sino en virtud de mandato escrito de autoridad competente, expedido con las formalidades legales y por motivo previamente establecido en la Ley" o por haber sido sorprendido in fraganti "para el único efecto de entregarlo a la autoridad". Y a su vez "[e]l arrestado o detenido debe ser informado en el acto con toda claridad de sus derechos y de los hechos que se le imputan". A su vez el artículo 99 de la Constitución establece que el allanamiento de domicilio "no puede verificarse de las seis de la tarde a las seis de la mañana, sin incurrir en responsabilidad. Es evidente que las detenciones practicadas en dos oportunidades al señor Juan Humberto Sánchez se configuraron dentro del marco normativo de la Convención: en primera instancia, se llevaron a cabo por agentes militares y no por la policía (supra 70.5 y 70.7); la presunta víctima no fue sorprendida in fraganti, sino que fue detenida en la casa de sus padres en un horario nocturno, esto último, asimismo, contravenía las disposiciones internas del allanamiento de morada; el señor Juan Humberto Sánchez no fue puesto inmediatamente a la orden de un juez (supra 70.5, 70.7 y 70.8); no se le informó a él ni a sus familiares presentes los hechos por los que se le consideraba responsable de determinado delito (supra 70.5 y 70.7). A la luz de lo anterior, las detenciones del señor Juan Humberto Sánchez configuran una violación al artículo 7.2 de la Convención Americana."<sup>30</sup>*

Finalmente, en el caso Maritza Urrutia<sup>31</sup>, la Corte Interamericana de Derechos Humanos también comprobó que, en contravención con la legislación interna, que establecía que sólo se puede privar de libertad a una persona en virtud de orden librada con apego a la ley por autoridad judicial competente o cuando fuere sorprendida in fraganti en la comisión de un delito o falta, y que, además, debía ser puesta a disposición judicial en un plazo no superior a seis horas, la víctima había sido detenida cuando caminaba por la calle, después de dejar a su hijo en la escuela, sin que se hubieran configurado las causas y condiciones establecidas por ley.

En este caso, la Corte Interamericana afirmó que este tipo de situaciones ponen en peligro la observancia del debido proceso legal, ya que desconocen el derecho del detenido a la protección de la ley y omiten el control judicial, por lo que encontró violado el derecho consagrado en el artículo 7.2 de la Convención.

<sup>30</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Humberto Sánchez vs Honduras. 7 de junio de 2003. Se puede consultar en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_99\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_99_esp.pdf).

<sup>31</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Se puede consultar: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_103\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_103_esp.pdf).



Igual análisis efectúo en el caso de los hermanos Gómez Paquiyaauri<sup>32</sup>, en el que la Constitución vigente al momento de los hechos establecía, como requisitos para poder privar de libertad a una persona, que dicha decisión fuera realizada por *“mandamiento escrito y motivado del juez o de autoridades policiales en delito flagrante”*. Al respecto, la Corte Interamericana sostuvo que las dos víctimas *“no habían sido sorprendidas in fraganti”*, sino que habían sido detenidas *“mientras caminaban por la calle, sin que se hubieran configurado las causas y condiciones establecidas en el ordenamiento jurídico [...] que autorizan una detención sin orden judicial [,] además no fueron puestos inmediatamente a la orden de un juez”*.

## **6. La exigencia de una fundamentación más sólida**

A partir del estudio empírico en el que las cifras muestran la falta en la fundamentación probatoria, como una deficiencia severa del caso colombiano, dada la dificultad de elaborar indicios o inferencias razonables, será preciso abordar el tema en el sentido en el que el bloque de constitucionalidad lo exigiría.

El caso López Álvarez vs Honduras puso de presente que la ausencia de una fundamentación probatoria sólida es parte del principio de legalidad para la imposición de una medida de aseguramiento. Es así como, la jurisprudencia del derecho internacional ha sostenido que una fundamentación probatoria escasa hace que la prisión provisional sea arbitraria.

Por su parte, en el caso Tibi vs Ecuador, la Corte Interamericana consideró arbitraria la prisión preventiva ordenada por la autoridad judicial, ya que no existieron indicios suficientes para suponer que el señor Tibi fuera autor o cómplice de algún delito, como tampoco se probó la necesidad de tal medida. En consecuencia, la misma resultó violatoria del artículo 7.3 de la Convención.

En el caso de Acosta Calderón vs Ecuador<sup>33</sup>, la Corte Interamericana concluyó que la víctima había sido arrestada *“en supuesto flagrante delito, tal y como establecía el derecho interno”*, ya que la policía lo halló con una sustancia que tenía la apariencia de droga prohibida. La Corte afirmó que, aun cuando, el arresto no había sido de por sí ilegal, sí se trataba de una privación arbitraria de la libertad violatoria del artículo 7.3 de la Convención, pues la víctima permaneció detenida por más de cinco años sin que hubiere existido un informe en el que constara un análisis químico de la sustancia que permitiera comprobar efectivamente su existencia.

<sup>32</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyaauri Vs. Perú. Sentencia de 8 de julio de 2004. Se puede consultar: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_110\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_110_esp.pdf).

<sup>33</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador. Sentencia de 24 de junio de 2005. Se puede consultar en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_129\\_esp1.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_129_esp1.pdf).



Si se sigue esta lógica, la ausencia de pruebas para detener constituye, en el bloque de constitucionalidad, nada menos que una injerencia arbitraria, toda vez que el artículo 7. 3. de la Convención predica que *"Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios"*. En consecuencia, se concluye que, la carencia de indicios, las inferencias artificiales y la debilidad probatoria en la reconstrucción de una conducta punible y su probable autoría, resultan incompatibles con el bloque de constitucionalidad.

Lo anterior resulta ser un llamado de atención en la aplicación de la detención preventiva consagrada en la Ley 906 de 2004, pues la ley no trae un umbral de prueba para soportar la comisión delictiva y la autoría de la misma. El texto simplemente se refiere a una mínima actividad probatoria que refiera a la construcción de una inferencia razonable de autoría o participación en el delito investigado.

Debe añadirse que el informe Peirano Basso Vs Uruguay, emanado de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que sistematiza el pensamiento de la Corte Interamericana sobre la materia de encarcelamiento preventivo, ha sostenido que el umbral de prueba se da en un doble sentido, esto es, el relativo a la conducta y el relativo a la necesidad de la detención misma a título de riesgo de evasión o riesgo de alteración probatoria. Sin duda, este aspecto debería llamar la atención de los operadores judiciales colombianos frente a la Ley 906 de 2004 si se tiene en cuenta que la simple apreciación subjetiva del fiscal sobre la necesidad de la detención, sin soporte probatorio alguno, se catalogaría como otra forma de detención arbitraria.

La Comisión dice al respecto:

*"85. A su vez, el riesgo procesal de fuga o de frustración de la investigación debe estar fundado en circunstancias objetivas. La mera alegación sin consideración del caso concreto no satisface este requisito. Por ello, las legislaciones sólo pueden establecer presunciones iuris tantum sobre este peligro, basadas en circunstancias de hecho que, de ser comprobadas en el caso concreto, podrán ser tomadas en consideración por el juzgador para determinar si se dan en el caso las condiciones de excepción que permitan fundamentar la prisión preventiva. De lo contrario, perdería sentido el peligro procesal como fundamento de la prisión preventiva. Sin embargo, nada impide que el Estado imponga condiciones limitativas a la decisión de mantener la privación de libertad."*

En consecuencia, nuestra propuesta implicaría que, para este aspecto, la judicatura penal incluya dentro de su material de decisión el informe sistemático de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos OEA Informe35/07 Caso 12553 Peirano Basso vs. Uruguay.



## ***7. Confrontación constitucional con las nociones de peligrosidad o gravedad para optar por la detención preventiva***

Un problema recurrente que se observa en la interpretación de la Ley 906 de 2004 es la utilización del peligrosismo contenido en la Constitución y el artículo 310 del Código de Procedimiento Penal como fundamento de la imposición de medidas de aseguramiento intramurales. Como ya se ha visto, en la legislación colombiana, este aspecto representa un enfrentamiento severo con las nociones del bloque de constitucionalidad dado que la interpretación internacional recalca el carácter estrictamente cautelar y no punitivo de la medida. Tanto de los precedentes de la Comisión como de la Corte Interamericana en el caso López Álvarez<sup>34</sup> (parr. 69), se refieren a este punto.

En virtud de este carácter cautelar o instrumental de la medida de coerción, no se puede tener en cuenta, como fundamento para su aplicación a un caso concreto, ni el tipo de delito que se imputa al individuo, ni el hecho de que se trate de una figura de extrema gravedad, ni la posibilidad de reincidencia, ni la repercusión social del hecho, ni la peligrosidad del supuesto imputado. En el mismo informe Peirano Basso, la Comisión sistematiza este aspecto en defensa de la presunción de inocencia, del siguiente modo:

*“90, Por su parte, la Corte ha sido más categórica al enfatizar (en el caso de López Álvarez) la necesidad, consagrada en la Convención Americana, de que la prisión preventiva se justificará en el caso concreto, a través de una ponderación de los elementos que concurren en este, y que en ningún caso la aplicación de tal medida se determinada por el tipo de delito que se impute al individuo”<sup>35</sup>*

Frente a la “peligrosidad” del imputado y a la gravedad del hecho punible, también se pronunció la Corte Interamericana en el caso López Álvarez<sup>36</sup>, así: “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”.

Esta doctrina pasa al informe comentado de la siguiente forma:

*“Como se ha dicho, esta limitación al derecho a la libertad personal, como toda restricción, debe ser interpretada siempre en favor de la vigencia del derecho, en virtud del principio pro homine. Por ello, se deben desechar todos los demás esfuerzos por fundamentar la prisión durante el proceso basados, por ejemplo, en*

<sup>34</sup> Op Cit., Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso López Álvarez vs Honduras.

<sup>35</sup> Ob cit; Corte Interamericana de Derechos Humanos. Informe Peirano Basso Vs. Uruguay.

<sup>36</sup> Op Cit., Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso López Álvarez vs Honduras.



*finas preventivos como la peligrosidad del imputado, la posibilidad de que cometa delitos en el futuro o la repercusión social del hecho, no sólo por el principio enunciado sino, también, porque se apoyan en criterios de derecho penal material, no procesal, propios de la respuesta punitiva. Ésos son criterios basados en la evaluación del hecho pasado, que no responden a la finalidad de toda medida cautelar por medio de la cual se intenta prever o evitar hechos que hacen, exclusivamente, a cuestiones procesales del objeto de la investigación y se viola, así, el principio de inocencia. Este principio impide aplicar una consecuencia de carácter sancionador a personas que aún no han sido declaradas culpables en el marco de una investigación penal”.*

Tomando como referencia esta doctrina, debe afirmarse que el derecho internacional de los derechos humanos y, por ende, el bloque de constitucionalidad, se contraponen a la legislación interna en esta materia y, en consecuencia, aquí debe primar el examen sobre la presunción de inocencia frente a los criterios vagos de la legislación colombiana. Nuestra recomendación en este punto sigue siendo la utilización del informe ya citado.



## CONCLUSIONES

La información cuantitativa recaudada para este informe indica que las decisiones del Consejo de Estado en materia de privación injusta se han incrementado en los últimos años, lo que significa que la utilización de las medidas restrictivas de la libertad en el proceso penal se han convertido en una opción privilegiada por fiscales y jueces a pesar de la característica de excepcionalidad. En tal sentido, si la posición del Consejo de Estado se mantiene en el sentido de resolver las situaciones de privación injusta bajo el parámetro de daño especial, entonces el pasivo por este concepto aumentará a pesar de haber cambiado la filosofía procesal penal de un sistema inquisitivo a un sistema acusatorio.

Nuestro estudio permite apreciar que el daño antijurídico generado por privaciones injustas de la libertad tiene su fuente en deficiencias de la administración de justicia ligadas a procedimientos rutinarios de detención preventiva con fundamento en pruebas débiles o indicios erróneamente contruidos, cuando no abiertamente ilegales. Ante esta realidad, que afecta las finanzas estatales, la propuesta de prevención concita dos políticas: hacer más exhaustivos los procedimientos de captura y detención preventiva por parte de los operadores, creando protocolos de decisión más acertados y, en segundo lugar, interpretar las normas actuales en clave con el derecho internacional de los derechos humanos.

La propuesta que se hace en este documento está dirigida a que los operadores judiciales exploren otra arista del problema de la privación de la libertad, esta vez desde el punto de vista administrativo. En tal sentido las apreciaciones del Consejo de Estado sobre las nociones de atipicidad, ausencia de participación e inexistencia de la conducta no necesariamente coinciden con los parámetros penales. Por tal razón, las discusiones de estos tópicos se muestran complementarias del problema penal propiamente dicho, y en consecuencia, se debe reconocer que la fiabilidad probatoria y las investigaciones defectuosas o carentes de solidez pueden generar daño antijurídico como el que se ha visto en el presente informe.

En segundo lugar, resulta deseable que se revisen en el aspecto práctico instituciones como la identificación de autores y partícipes o la flagrancia. Los testimonios de referencia o los aspectos meramente circunstanciales que vinculan un infractor a un resultado lesivo han probado un umbral de error alto que genera privaciones injustas.

En los casos de flagrancia debería hacerse más intenso el análisis por parte de los operadores judiciales, toda vez que la declaración de una conducta flagrante, sin sustento fáctico y legal apropiado, se considera en el derecho internacional como una conducta arbitraria. Para estos eventos, la propuesta de prevención incluye un acoplamiento entre dicho derecho y la legislación nacional.



En tercer lugar, la detención preventiva en nuestra legislación tiene fundamentos que se oponen al bloque de constitucionalidad. Para definir con la mayor precisión posible los eventos de detención preventiva admisibles por el derecho internacional de los derechos humanos frente a la normativa nacional, sería deseable tomar la prevalencia en la interpretación internacional tal y como lo dispone el propio Código Procesal Penal.