



Análisis del concepto de peligrosidad para la comunidad para imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva desde la perspectiva de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos y la Corte Constitucional colombiana

Joseph Arat Arevalo Álvarez  
Julián David Triana Correa

Asesor:  
Miguel Díez Rugeles

Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar al título de abogado

**Pregrado en Derecho**  
**Escuela de Derecho y Ciencias Políticas**  
**Universidad pontificia bolivariana**  
**Medellín**  
**2022**

## Declaración de originalidad

**Fecha:** 12-05-22

**Nombre del estudiante:** Joseph Arat Arevalo Álvarez y Julián David Triana  
Correa

Declaramos que este trabajo de grado no ha sido presentado con anterioridad para optar a un título, ya sea en igual forma o con variaciones, en esta o en cualquiera otra universidad.

Declaramos, asimismo, que hemos respetado los derechos de autor y he hecho uso correcto de las normas de citación de fuentes, con base en lo dispuesto en las normas de publicación previstas en los reglamentos de la Universidad. ”.



---

Firma del estudiante:



---

Firma del estudiante:

## **Contenido**

<b>Resumen.....</b>	<b>4</b>
<b>Introducción.....</b>	<b>6</b>
<b>Las medidas de aseguramiento en el ordenamiento jurídico colombiano.....</b>	<b>7</b>
<b>Corte Constitucional vs Corte Interamericana de los Derechos Humanos.....</b>	<b>15</b>
<b>¿Hay posibilidad de solución al conflicto entre las cortes? .....</b>	<b>24</b>
<b>Conclusiones.....</b>	<b>31</b>
<b>Referencias .....</b>	<b>32</b>

## **Resumen**

El presente trabajo pretende ofrecer al lector una visión crítica mediante el contraste entre lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y lo que entiende la Corte Constitucional por el concepto de peligrosidad, contemplado en el artículo 310 del código de procedimiento penal, ley 906 del 2004, toda vez que, a razón de los autores es un criterio en suma, abstracto, por cuanto y en tanto, obliga al operador jurídico enfocarse en asuntos del sujeto indiciado que resultan subjetivos al tenor del hecho que se tiene como delictuoso, comportando entonces, que se juzguen ámbitos personalismos del mismo, además, implica el desconocimiento de los esfuerzos hechos por la CIDH para dotar de dignidad los procesos penales sin desconocer los intereses de los demás intervinientes diferentes al procesado. Amén, se aduce la imperante necesidad de una nueva revisión por el alto tribunal constitucional en miras de lograr la coherencia con normas supranacionales ratificadas y el ordenamiento jurídico interno.

## **Abstract**

The following work pretends to offer the reader a critical view, by the contrast of the disposed by the Inter-American court of human rights (CIDH) and what is understood by the constitutional court for the concept of dangerousness contemplated on the article 310 in the criminal procedure code, law 906 from 2004. Since, as reasoned by the authors it is an abstract. This, it constrains the legal operator to focus on issues of the denoted individual that result subjective in tenor of the fact of what is

considered as delictive, then leading to judge their personalism fields. Besides, it implies the ignorance on the efforts made by the CIDH to provide with dignity, the criminal proceedings without ignoring the interests of the other participating individuals apart from the individual on trial. Therefore, it is claimed the prevailing need of a new revision by the high constitutional court with the aim of achieve coherence with the supranational ratified norms and the internal legal order.

**Palabras clave:** medidas de seguramiento, peligrosidad para la comunidad, CIDH, Corte Constitucional, detención preventiva

### **Pregunta Problematizadora**

¿De qué manera el artículo 310 del código de procedimiento penal incumple lo planteado en el bloque de constitucionalidad respecto del criterio de peligrosidad para la comunidad al momento de imponer una medida de aseguramiento de detención preventiva?

## Introducción

Este trabajo va a estar enfocado en responder a la pregunta de por qué la peligrosidad para la comunidad no debería de ser un criterio para imponer una medida de aseguramiento de detención preventiva en Colombia, a la luz de los criterios de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos y otros pronunciamientos de la misma de los últimos años. Se dividirá en tres capítulos, en los que se analizará qué son las medidas de aseguramiento y cómo se regulan en Colombia, tanto por el código de procedimiento penal como por doctrinas de grandes autores del derecho que fueron adoptadas por las altas Cortes. Después, se contrastarán los fallos de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos con el ordenamiento jurídico colombiano, con el objetivo de demostrar la contradicción que hay entre ellos a la hora de establecer si el peligro para la comunidad debe de ser constitucional o no. Por último, se buscará evidenciar las faltas que ha tenido la legislación y jurisprudencia colombiana en el momento de evaluar este criterio y se propondrá que se haga nuevamente una revisión constitucional sobre el asunto, pero en concordancia al bloque de constitucionalidad.

El método utilizado para esta investigación ha sido mixto: cuantitativo gracias al uso de diversas estadísticas que nos permitieron vislumbrar el porcentaje de utilización de las medidas y cualitativo al utilizar herramientas como la consulta de documentos, jurisprudencia, doctrina, informes, entre otros. Se escogió la utilización de estos dos métodos debido a que nos pareció que era lo pertinente para la integralidad del estudio del asunto a la luz de la teoría de cómo deberían de ser y cómo realmente son en su uso diario en la práctica, resaltando también otras problemáticas que pueden surgir por el abuso del uso de las mismas, como por ejemplo el hacinamiento carcelario y la desproporcionalidad en la utilización de ellas.

**i. Las medidas de aseguramiento en el ordenamiento jurídico colombiano**

Como es bien sabido, dentro del ordenamiento jurídico colombiano el bloque de constitucionalidad juega un papel de suma importancia para orientar el espíritu de las leyes que se expiden o se aplican para que de esa manera exista armonía con el derecho vigente en los países aliados dentro de tratados internacionales que buscan la protección de derechos fundamentales y humanos; pues bien, la medida de aseguramiento como una manifestación del *ius puniendi* y los criterios para imponer la misma, pernoctan en ese bloque tan importante dentro de la pirámide normativa.

Cesare Beccaria (1764) nos propone un punto de partida para entender los límites al momento de imponer la medida de aseguramiento, o, prisión provisional como se conocía para su época... “[la carcere è dunque la semplice custodia d’un cittadino finché sia giudicato reo, e questa custodia essendo essenzialmente penosa, deve durar il minor tempo possibile e dev’essere meno dura che si possa. Il minor tempo dev’essere misurato e della necessaria durazione del processo e dall’anzianità di chi prima ha un diritto di esser giudicato. La strettezza della carcere non può essere che la necessaria, o per impedire la fuga, o per non occultare le prove dei delitti”. (Beccaria, 1764, pág. 60)

Dado lo anterior, se ha desdibujado ese sentido de “simple custodia del ciudadano” que expone, Beccaria, porque la aplicación de esta institución ha derivado en una pena anticipada, desnaturalizándose por completo su finalidad

procesal cautelar<sup>1</sup>, llevando entonces a que nuestras autoridades se aparten de lo que en el bloque de constitucionalidad se exige. En otras palabras, pareciese que Colombia firma acuerdos sólo con el fin de empatizar con la comunidad internacional y disfrutar de los beneficios que ellos aporten al Estado, y no a la comunidad *per se*.

En la misma evolución del derecho penal se ha querido acudir a sistemas garantistas que propugnan la protección de quienes están siendo procesados para respetar aquello que se plantea como el personalismo enfocado en la dignidad del ser humano; empero, aparecen ciertos criterios que impiden dicho respeto como se ha querido esbozar, toda vez que dentro de esos criterios que justifican la medida cautelar de detención preventiva nos encontramos con el de “peligrosidad”, casi como el principal que deberá tener en cuenta el juez de control de garantías al momento de tomar una decisión.

El concepto de “peligrosidad” por sí mismo ya nos da una luz de lo que significa y es precisamente en su sentido exegeta el inferir que una persona está condicionada a delinquir, es decir, involucramos en la manera de ver al sujeto indiciado de un crimen a tal punto que, *verbi gratia*, hasta no hace mucho tiempo, esto es, hasta 1995, existía en España una ley llamada: “Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social”. En la actualidad de nuestro ordenamiento jurídico, incluso se podría hablar de una similitud entre las condiciones que trae el artículo 33 del código penal colombiano para establecer la inimputabilidad y el concepto de peligrosidad, esto es, que como consecuencia de elementos subjetivos llevados al proceso para

---

<sup>1</sup> CIDH. Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas. Organización de los Estados Americanos. Comisión OEA/Ser. L/V/II. Documento 46/13. 30 diciembre de 2013. Párr. 86. Internet: <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/Informe-PP-2013-es.pdf>

demostrar la condición de peligroso, podría generarse un etiquetamiento tan severo como el de señalarlo como trastornado mental, creando de esa manera inseguridad jurídica para todos los que conforman la sociedad.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en unas de sus decisiones, aun cuando sea sobre la pena misma a título de consecuencia jurídica por la comisión de un delito, trae un importante punto de partida para dilucidar la aplicación o no de las medidas de aseguramiento en centros penitenciarios, a saber: el componente particular que permite individualizar a una medida como privativa de libertad más allá de la denominación específica que reciba a nivel local [...] es el hecho de que la persona [...] no puede [...] o no tiene [...] la posibilidad de salir o abandonar por su propia voluntad el recinto o establecimiento en el cual se encuentra o ha sido alojado. De este modo, cualquier situación o medida que sea caracterizada bajo la anterior definición tornará aplicables todas las garantías asociadas que, en todo caso, aun en esa circunstancia. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2020, pág. 10).

Se reitera, entonces, la importancia de la acogida de decisiones internacionales que Colombia, como Estado que reconoce la autoridad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, debe incorporar a su ordenamiento jurídico a través de bloque de constitucionalidad. Sin embargo, en la práctica se desconocen en lo absoluto los criterios garantistas necesarios para la protección del procesado, ya que, al estar en un sistema acusatorio y por ende, tener “igualdad de armas”, por consiguiente, debe existir un trato igualitario para las partes, donde no solo

prevalezca de manera abrupta la protección del sujeto pasivo y de las víctimas del delito, sino también la del acusado, o al menos así lo expone la teoría garantista.

Ahora bien, es menester para este trabajo que se entienda de mejor manera en qué consiste la medida de aseguramiento, su surgimiento, las concepciones que se tienen de ella y por último, la manera en que el legislador del 2004 reguló la figura dentro de la ley procedimental penal; así pues, antes de entrar a hablar de las medidas de aseguramiento como figuras procesales y conceptualización per se, es preciso empezar por el origen del sistema mismo en el cual están inmersas, que es el derecho penal. El derecho penal surge a la par de la sociedad cuando el hombre se asienta y conforma una civilización dejando de lado el nomadismo para explotar de manera sabia y certera la tierra donde habita aprovechando lo que ella brinda, por consiguiente al existir la interacción entre individuos aparecen también los conflictos de intereses que suponen litigios que se deben dirimir para lograr la subsistencia de la población como conglomerado social; a esta litis se le denomina delito para lo que nos respecta, por cuanto y en tanto, se ven afectados o puestos en peligro bienes jurídicos que impactan de manera total o parcial a cada persona sin respecto de otra.

Amén del delito aparece la noción de venganza por parte del sujeto pasivo de la conducta delictiva, la (s) víctima (s) o inclusive de la sociedad a manera no de resocialización como lo conocemos en la actualidad como un progreso del derecho penal garantista o como una búsqueda de protección para los bienes jurídicos que se pudiesen ver afectados, sino a título de castigo para el sujeto activo de la acción con el propósito de que los afectados pudiesen saciar su sed de justicia apareciendo

de esta manera la figura de la venganza privada que iban desde causarle graves heridas al agente hasta la ejecución del mismo. (Guardiola, 2012)

Máxime, en el momento de la historia cuando la Iglesia Católica abarca el poder, trae consigo una importante institucionalización, pues, codifica y organiza de manera sistemática las normas que regulan las conductas humanas, llegando a prohibir incluso los comportamientos marciales durante el Sagrado Triduo Pascual, empero, no dejaba de lado los abruptos castigos sino que excluye la venganza privada y la concentra en aquel quien ostenta el poder; además propugnó por la reclusión en monasterios como pena accesoria lo que al caso nos compete vislumbra un precedente a la pena privativa de la libertad.

Posteriormente se comienza a hablar de la igualdad de los hombres ante la ley y del debido proceso permeado por la revolución francesa y la aparición de los derechos humanos, los cuales consagran el derecho a la libertad revestido de una gran importancia y es por eso, que la pena privativa de la libertad intramural en establecimiento carcelarios aun cuando toma bastante fuerza como la pena principal a aplicar a título de consecuencia jurídica, se busca otorgar al indiciado o procesado las suficientes armas para que defienda su derecho legalmente reconocido y aceptado por el bloque de constitucionalidad. (Quisbert, 2008)

En la actualidad no solamente nos encontramos con la pena privativa de la libertad como único título a consecuencia jurídica en virtud de la cual se le restringe al reo la capacidad locomotora llevándolo a un centro penitenciario donde el Estado (en este caso el colombiano) buscará con ella la resocialización como fin propio de esta (artículo 9 de la ley 65 de 1993), sino que también existen otras opciones como

la es que, cumpla la pena no en una prisión sino en su propia casa con la debida limitación a la libertad de locomoción; provocando discusiones doctrinales y jurisprudenciales con respecto a las medidas de aseguramiento o detención preventiva. (Giorgio, 2015)

Las medidas de aseguramiento no son pues un “castigo” ex -ante de la pena principal que se vaya a radicar en cabeza del procesado, y es por eso que una indebida e indiscriminada aplicación puede envolver graves vulneraciones a los principios de inocencia y el debido por proceso.

La Corte Suprema de Justicia hace un pronunciamiento adecuado, preciso y certero para el tema que nos incumbe, pues, en comunicado reciente (STP16906-2017) señala la confrontación en ambas legislaciones a saber: ley 600 del 2000 y ley 906 del 2004 sosteniendo como conclusión, que la detención preventiva a título de medida de aseguramiento no le pertenece *per se* a ningún esquema procesal, antes bien, ambos señalan las finalidades de esta figura, regula los requisitos sustanciales y formales para su imposición, los motivos de suspensión o sustitución y las causales de revocatoria.

Ahora bien, conforme a la ley 906 del 2004 la Corte Suprema de Justicia señala que la carga correspondiente a la solicitud de la medida es propia del ente acusador, en nuestro caso, la Fiscalía y en casos excepcionales previstos por la ley, esta se puede apartar de dicha carga, tal y como lo expone el artículo 250 de la carta política; a saber:

*“La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio [...]” (Asamblea nacional constituyente, 1991)*

Sin embargo, no implica lo anterior que en el ejercicio de sus funciones, la Fiscalía deba solicitar la medida de aseguramiento restringiendo la libertad del procesado conjuntamente a la denuncia presentada, antes bien, el hecho de que la actividad probatoria se encuentre radicada en cabeza del ente acusador implica un mínimo de cargo probatorio que aún cuando mínimo, sea suficiente para desvirtuar la inocencia del imputado y no sólo eso, esta actividad probatoria debe hacerse con rigurosidad en observancia de las exigencias constitucionales y procesales en salvaguarda de las garantías procesales que cobijan al indiciado (Armas, 2015, pág. 302) ya que, esta solo procede cuando debidamente motivada la solicitud el ente acusador expone que la comparecencia del imputado, la conservación de la prueba

y la protección de la comunidad (en especial la víctima) se puedan ver en peligro. La medida de aseguramiento tiene un carácter excepcional el cual fue consagrado en el artículo 295 del código de procedimiento penal del año 2004, norma vigente y aplicable a la fecha, por tanto, la Fiscalía deberá abstenerse de hacer dicha solicitud sin demostrar lo inicialmente mencionado, aunque aun cuando la fiscalía se abstenga de hacerla, la víctima está facultada de presentarla si ella así lo considera pertinente para salvaguardar sus intereses dentro del proceso sin colegir claro está que el juez tenga la obligación de dictarla.

Amén, la medida de aseguramiento como figura procesal dentro del ordenamiento jurídico colombiano está regida por tres subprincipios los cuales ayudarán al sentenciador mediante un trabajo intelectual saber si se debe aplicar o no:

La Idoneidad, implica que como medio para alcanzar un fin el sentenciador debe en un ejercicio de ponderación identificar qué medio es el menos restrictivo de los derechos del indiciado implicando por tanto que la intensidad de la limitación del medio escogido no sea mayor al beneficio jurídico que puede proveer la consecución del fin perseguido. En palabras de la Corte: El test o juicio de proporcionalidad, quedará superado cuando: 1) tal restricción persiga un fin constitucionalmente legítimo; 2) constituya un medio idóneo para alcanzarlo; 3) sea necesaria, al no existir otro medio menos lesivo y que presente una eficacia similar para alcanzar el fin propuesto; 4) exista proporcionalidad entre los costos y los beneficios constitucionales que se obtienen con la medida enjuiciada. Estas etapas coinciden con los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en

sentido estricto en los cuales la doctrina nacional y extranjera ha descompuesto el juicio de proporcionalidad”. (Sentencia C-575 de 2009)

La necesidad de su aplicación para alcanzar lo explicado anteriormente, es decir, que la gravedad de su restricción sea de menor o igual entidad en comparación con la satisfacción del principio o los principios que se pretenden beneficiar con los fines fijados

## ii. **Corte Constitucional vs Corte Interamericana de los Derechos Humanos**

Llegados a este punto, si bien el propio código de procedimiento penal se ha encargado de establecer en su artículo 295 que: “Las disposiciones de este código que autorizan preventivamente la privación o restricción de la libertad del imputado **tienen carácter excepcional**; solo podrán ser interpretadas restrictivamente y su aplicación debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales.” (LEY 906 DE 2004), la imposición indiscriminada de estas medidas en la realidad es una de las principales situaciones que ha ocasionado una vulneración reiterada de derechos fundamentales en el mero hecho de la realización de la actuación. En Colombia ha sido común escuchar en los diversos pasillos del país en los que frecuentan los abogados, decir que “una medida de aseguramiento de detención preventiva no se le niega a nadie”, lo cual a simple vista puede parecer una broma de mal gusto, pero que refleja la verdadera situación que se vive en el país con el abuso de la figura.

Llegados a este punto, es normal que la situación nos dirija cuestionar si el Estado colombiano, con el desarrollo de su política criminal, realmente se ha enfocado en cumplir las recomendaciones realizadas por la CIDH adoptadas en nuestro bloque de constitucionalidad. Estudiando *La Convención Interamericana de los derechos humanos y el cuadernillo de jurisprudencia de la CIDH sobre la libertad personal*, podemos analizar ciertos planteamientos y fallos que han servido como propuesta para la protección de los derechos de los indiciados.

El artículo 7 de esta convención se ha encargado de establecer primeramente que toda persona tiene derecho a estar en libertad, y que, en caso de ser detenido arbitrariamente, tendrá que ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1969).

Hasta este momento, la propuesta de la CIDH se encarga de proponer el carácter excepcional de la detención preventiva, tesis que se sustenta en la sentencia de Acosta Calderón vs Ecuador, en donde La Corte considera indispensable destacar que la prisión *preventiva es la medida más severa que se puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática.* (Acosta Calderón vs Ecuador, 2005)

Ahora bien, como Colombia se presenta como un Estado garante de los derechos humanos, es coherente que este tipo de actuaciones se utilicen en la menor medida de lo posible al seguir las recomendaciones del máximo órgano en derecho humanos, pero la realidad que se nos presenta muestra una desconexión con lo establecido. El abuso sistemático de la medida de aseguramiento de detención preventiva ha servido también como factor de aumento del hacinamiento en los centros carcelarios, tal como lo indica este informe del INPEC en donde se estudia el asunto.

**Tabla 1. Población con medida de aseguramiento en Colombia**

Entidad a cargo de la custodia y vigilancia de la PPL	Ubicación	Población Privada de la Libertad	Participación	
			Con respecto al total de PPL a cargo de la entidad	Con respecto al total de PPL del país
<b>INPEC</b>	Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional -ERON	96.775	55,8%	54,8%
	Domiciliaria (incluye 228 Gestores de Paz)	71.532	41,3%	40,5%
	Vigilancia Electrónica	4.979	2,9%	2,8%
	<b>Subtotal INPEC</b>	<b>173.286</b>	<b>100,0%</b>	<b>98,1%</b>
<b>OTRAS ENTIDADES</b>	Cárceles Departamentales, Municipales y Distritales	2.853	84,7%	1,6%
	Establecimientos Fuerza Pública	516	15,3%	0,3%
	<b>Subtotal otros establecimientos</b>	<b>3.369</b>	<b>100,0%</b>	<b>1,9%</b>
<b>Total población reclusa país</b>		<b>176.655</b>		<b>100,0%</b>

Fuente: GEDIP– enero 2021

(INPEC, 2021)

Como se ha podido observar en lo explicado, la CIDH siempre ha procurado establecer pautas que deben de seguir todos los Estados a la hora de regular tales medidas, debido al grado de violencia que se conlleva con el uso de las mismas. En

esta medida, es provechoso en este punto analizar el fallo de **Palamara Iribarne Vs. Chile**, en donde la Corte estableció que *un Estado puede ordenar la prisión preventiva cuando se cumpla con los requisitos necesarios para restringir el derecho a la libertad personal, existan indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso y que sea estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia (...)* (Caso Palamara Iribarne Vs. Chile , 2005).

Este fallo concuerda con la regulación establecida en el código de procedimiento colombiano del **art 308**, donde se establece que:

*El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando (...) se cumpla alguno de los siguientes requisitos:*

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

En este asunto es entendible que la medida de aseguramiento de detención preventiva se utilice en casos en donde el sujeto pueda afectar el desarrollo proceso o que este tenga la posibilidad de escapar. Nadie duda de la legitimidad de estas causales, por su carácter cautelar y porque son coherentes con el principio de

impartición de justicia. El problema se presentará más adelante cuando se contrasta la norma con lo que ocurre en la realidad colombiana, donde es manifiesto que la peligrosidad para la comunidad o para la víctima sigue siendo un criterio legal y exequible en nuestro ordenamiento jurídico colombiano, el cual se justifica en juicios de valor de una peligrosidad demasiado abstracta en la que el juez tiene que hacer un prejujuicio de la situación para atribuir la detención preventiva

La peligrosidad para la comunidad se regula expresamente en el artículo 310 del código de procedimiento penal de la siguiente manera:

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

- 1. La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales.*
- 2. El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos.*
- 3. El hecho de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional.*
- 4. La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional.*
- 5. Cuando se utilicen armas de fuego; armas convencionales; armas de fuego hechizas o artesanales; armas, elementos y dispositivos menos letales; o armas blancas definidas en la presente ley.*

6. *Cuando el punible sea por abuso sexual con menor de 14 años.*
7. *Cuando hagan parte o pertenezcan a un grupo de delincuencia organizada.*
8. *Además de los criterios previstos en el presente artículo, las autoridades judiciales deberán tener en cuenta, al momento de realizar la valoración autónoma del peligro para la comunidad, si la persona fue o ha sido imputada por delitos violentos, ha suscrito preacuerdo, aceptado cargos u otorgado principio de oportunidad en los últimos tres (3) años por la comisión de delitos contra la vida y la integridad personal o contra el patrimonio económico (LEY 906 DE 2004)*

Por otro lado, el artículo 311 regula el peligro para la víctima de la siguiente forma:

*Se entenderá que la seguridad de la víctima se encuentra en peligro por la libertad del imputado, cuando existan motivos fundados que permitan inferir que podrá atentarse contra ella, su familia o sus bienes.*

Esta regulación confirma el problema del que venimos discutiendo. Los numerales que están dentro de este artículo consienten un atentado contra de la presunción de inocencia, en razón de que la norma le da un trato al indiciado como si ya fuese culpable del delito por el cual se le está investigando. Por esto, se genera un juicio de culpabilidad en él sin tener una sentencia condenatoria que permita afirmar que realmente es un peligro para la comunidad. Finalmente, se ve la manifestación de un peligro abstracto que termina vulnerando la libertad del sujeto por una serie de hipótesis que van ligadas a una probabilidad incierta y que en todo caso no se puede acreditar con elementos materiales probatorios y evidencia física

en la audiencia en la que se solicita la medida de aseguramiento, ya que es imposible demostrar un hecho que ocurrirá en el futuro.

Ahora, si pasamos a analizar los pronunciamientos de las altas cortes, podremos encontrar ciertos asuntos que nos permiten mostrar una contradicción entre los planteamientos de la CIDH y nuestras altas cortes.

En primer lugar, la sentencia C-567-19 de la Corte constitucional ha establecido que con la aplicación de la medida de aseguramiento no se estaría afectando el principio de presunción de inocencia per se porque:

*La Sala Plena advierte, además, que la detención preventiva no constituye en sí una restricción al principio de presunción de inocencia, pues aquella es de naturaleza procesal y no sancionatoria. En otras palabras, el juez que decreta la medida de aseguramiento privativa de la libertad no emite un juicio sobre la responsabilidad penal de una persona, sino que pretende establecer las garantías suficientes para el transcurso adecuado del proceso. (Sentencia C-567 de 2019)*

Esto es coherente con la regulación que hay sobre las medidas de aseguramiento en Colombia, sin embargo, la Corte en la misma sentencia se encarga realizar un reparo frente a la peligrosidad, expresando que

*Para esta Corporación, la norma califica a la persona de peligrosa atendiendo solamente su pasado, por lo que prioriza aspectos subjetivos que se distancia de revisar la conducta del ciudadano. Además, la aplicación automática de la norma significaría etiquetar a un ciudadano por conductas que no son actuales, lo que se traduce en afectar la dignidad humana y el derecho penal de acto.*

*(...). En otras palabras, el artículo 313 numeral 4 inciso 2 del estatuto procesal penal da a entender que no se requiere un ejercicio probatorio para determinar si se configura un fin imperioso para*

*determinar la detención preventiva, sino que basta con la existencia de capturas dentro de los tres años anteriores, para presumir que existe dicho fin. En consecuencia, la norma maximiza la vulnerabilidad del procesado, quien por haber incurrido en una conducta en el pasado aumenta su predisposición para cometer un delito, al punto que encaja en un estereotipo, en función de características que la persona ha recibido. Se trata de una culpabilidad de autor, porque considera más reprochable las acciones que se ajustan al estereotipo criminal del, e reincidente y no los actos de este. En el fondo, el enunciado legal pretende corregir la perversa y peligrosa personalidad del delincuente a través del etiquetamiento. (Sentencia C-567 de 2019).*

En este fragmento de la decisión de la Corte Constitucional se manifiesta una crítica al legislador por habilitar la imposición de medidas de aseguramiento por el simple hecho de haber sido capturado en el pasado, mostrando que la intención inicial del legislador con la utilización del derecho penal no va encaminada a la resocialización del individuo, sino a restringir cada vez más la libertad de aquellas personas que se vean involucradas en un proceso penal. esto es un problema porque finalmente no se utiliza la figura con fines procesales como indica la Corte, sino que se utiliza con fines sustancialistas de una peligrosidad tan abstracta que, al menos en este criterio, si se termina afectando la presunción de inocencia.

En conclusión, si contrastamos lo dicho por la CIDH, que hace parte de nuestro bloque de constitucionalidad en sentido amplio y lo que ocurre en la realidad del procedimiento de imposición de medida de aseguramiento, podremos afirmar que se cumple parcialmente los requisitos de imposición de la misma, pero que se manifiesta un problema bastante grande al momento de llevarla a cabo, ya que, la extralimitación del supuesto de peligrosidad para la comunidad ha servido como

herramienta para el abuso de la detención preventiva, generando no solo violaciones a la libertad, la presunción de inocencia y otros derechos, sino también una suma al gran problema de hacinamiento que estamos viviendo actualmente en el país. Hoy, de acuerdo con estadísticas oficiales del INPEC, se tiene el siguiente índice de hacinamiento en las principales cárceles del país:

#### ERON por índice de hacinamiento

No.	Establecimiento	Capacidad	Población	Sobre población	Índice de hacinamiento
	Denominación				
1	CPAMSPA-ERE La Paz	375	1.082	707	188,5%
2	EPMSCRIO Riohacha	100	257	157	157,0%
3	EPMSCVAL-ERE Valledupar	256	657	401	156,6%
4	EPMSCSM Santa Marta	312	796	484	155,1%
5	EPMSCSBA Santa Bárbara	50	126	76	152,0%
6	EPMSCAND Andes	168	396	228	135,7%
7	CPMSAPD Apartadó	296	689	393	132,8%
8	EPMSCCAL-ERE Cali	2046	4.505	2.459	120,2%
9	EPMSCCAU Caucasía	63	137	74	117,5%
10	EPMSCLCJ La Ceja	114	231	117	102,6%
11	EPMSCAGU Aguachica	78	150	72	92,3%
12	CPMSBEL Bello	1368	2.490	1.122	82,0%
13	EPMSCOC Ocaña	198	360	162	81,8%
14	CPMSLMS La Mesa	60	109	49	81,7%
15	EPMSCPEN Pensilvania	56	98	42	75,0%
16	EPMSCRIS Riosucio	54	94	40	74,1%
17	EPMSCANS Anserma	128	219	91	71,1%
18	EPMSCPBE Puerto Berrio	150	253	103	68,7%
19	EPMSCBA-ERE Barranquilla	640	1.076	436	68,1%
20	CPAMSPAL Palmira	1257	2.036	779	62,0%
21	EPMSCGRA Granada	120	194	74	61,7%
22	EPMSCSON Sonson	75	120	45	60,0%
23	EPMSCMAN Manizales	627	998	371	59,2%
24	EPMSCARA Arauca	212	334	122	57,5%
25	CPMSFLO-ERE-RM Florencia	550	855	305	55,5%
26	EPMSCPTE Puerto Tejada	64	99	35	54,7%
27	EPMSCSOC Socorro	318	490	172	54,1%
28	EPMSCPBO Puerto Boyacá	120	184	64	53,3%
29	EPMSCTUM Tumaco	274	414	140	51,1%
30	EPMSCSRO Santa Rosa de Osos	76	114	38	50,0%
31	EPMSCHON Honda	208	311	103	49,5%
32	EPMSCNEI Neiva	984	1.461	477	48,5%
33	EPMSCQUI Quibdó	286	422	136	47,6%
34	CPAMSEB El Barne	2664	3.901	1.237	46,4%
35	CMSBA-JP Barranquilla	454	657	203	44,7%
36	CPAMSMBOG-ERE Bogotá	1246	1.799	553	44,4%

(INPEC, 2022)

### iii. ¿Hay posibilidad de solución al conflicto entre las cortes?

Hablar de medidas de aseguramiento, es necesariamente hablar de una calificación que desde los mismos objetivos del presente trabajo se puede inferir que es en todo caso, o cuando menos, insuficiente para alcanzar los fines pretendidos con estas medidas, que pernoctan no sólo en nuestro ordenamiento jurídico, sino que de manera agresiva se aplican a diario dentro de los despachos de los jueces de control de garantías.

El criterio de peligrosidad que con vehemencia se ha citado a lo largo del escrito, es la raíz de esa calificación mencionada, toda vez que, en la audiencia de solicitud de medida de aseguramiento, si bien se tiene en cuenta el delito cometido en algunos casos en flagrancia, no es lo fundante del ejercicio argumentativo del solicitante (en su mayoría de casos la Fiscalía) sino esa abstracción que en términos criminológicos termina por imponer una etiqueta al imputado para ese momento por creerse que es posible que cumpla con los fines del artículo 308 del código de procedimiento penal, que expresa:

*“El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda*

*inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos:*

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

En suma, interesa el primer inciso del artículo, el cual es olvidado con frecuencia por las partes, ya que, el solicitante de la medida olvida argumentar la inferencia del grado de participación del imputado dentro del delito investigado, sino que, se conforman con centrar la solicitud en la demostración de alguno de los requisitos pedidos (principalmente el segundo) como si con la demostración de ello, implicara per se la inferencia de la autoría o participación del sujeto en el delito.

Luigi Ferrajoli, desde su obra “Derecho y Razón”, hablando de las medidas de aseguramiento, en un análisis crítico al código penal de Roco, ya divisaba el problema que representa el criterio de peligrosidad para los tiempos contemporáneos, a saber: *“en el procedimiento para la imposición de medida de aseguramiento no existe ningún hecho a probar, sino una cualidad a declarar: la cualidad de persona <<socialmente peligrosa>>. En algunos casos, antes de la reforma de Gozzini, esta cualidad era, además, <<presumida por la ley>>...”* (Ferrajoli, 1995)

Razón tenía entonces Ferrajoli, porque partiendo de lo anteriormente citado, se desdibuja el espíritu del proceso penal, por cuanto y en tanto, se pasa de juzgar

los hechos a juzgar la persona del imputado, llevándonos así a lo que podríamos ingresar en el catálogo de miserias del proceso penal en términos de Francesco Carnelutti, como parte de esa lista de vejámenes dentro del proceso; y es que, si se toma en consideración lo que la Corte Constitucional señala como una de las restricciones a la medida de aseguramiento, nos encontramos con lo siguiente: “*Se utiliza la medida con fenómenos preventivos, como por ejemplo la comparecencia del imputado*”; (Sentencia C-695/13) si ello es así, entonces nos encontramos con una grave contradicción por parte de la corporación, puesto que, si es preventivo no se puede hablar de que el imputado comparezca al proceso porque recordemos dos figuras de gran importancia en el ordenamiento jurídico las cuales son: La contumacia y persona ausente; derivado a ello podría surgir la pregunta: ¿Los contumaces y ausentes son personas peligrosas per se? ¿Debería dentro de la declaratoria de estas dos situaciones dictarse también medida de aseguramiento en caso de comparecencia? ¿Son solamente peligrosos los que comparecen al proceso?

Las respuestas en principio parecen ser claras, pero, el trasfondo de ello contrastado con las restricciones de la Corte, encontramos un problema grave porque se le estaría imponiendo un mayor castigo a quien comparece al proceso en comparación de aquel que habiéndose notificado en debida forma opta por no comparecer al mismo.

Por otro lado, el fin preventivo de la misma no lo podemos limitar a lugares que violan flagrantemente Derechos Humanos, porque si lo que se busca es prevenir el peligro para la víctima o comunidad, integridad del proceso, y la comparecencia del procesado, no es necesario ir al extremis de la fuerza

institucionalizada del Estado, ya que los mismos fines se pueden conseguir con el cumplimiento de la medida no en el lugar de domicilio sino en otra residencia, ya sea familiar o de amistades que permitan la posibilidad de que el derecho penal sea también gradual, es decir, que en la verificación de incumplimiento de la medida se proceda con una más grave, la intramural en centro penitenciario, a título de agravante por no acatar lo dispuesto por la autoridad judicial y, además, ayudaría a verificar esa calidad de sujeto peligroso sin que sea un criterio totalmente abstracto.

Sabemos bien que el Derecho a la libertad personal no es absoluto, sino que en reiteradas ocasiones se ha establecido que este puede verse afectado por diversas actuaciones, como por ejemplo las decisiones cautelares del Estado y, en este caso concreto, la medida de aseguramiento de detención preventiva. Los lineamientos de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos han concretado que tal herramienta sea utilizada estrictamente desde la excepcionalidad para salvaguardar la dignidad humana y la prevención de vulneración masiva de los derechos.

Colombia ha sido un Estado que siempre ha procurado la protección de los derechos de todos sus habitantes por medio de aplicación de su Constitución, la cual se encarga de permear todo el ordenamiento jurídico y haciendo que los desarrollos legislativos y jurisprudenciales se hagan respetando los principios y valores que la constituyen. Bien expresa la Constitución Política de Colombia en su artículo 93 que: “Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. (Asamblea nacional constituyente, 1991)

Esto se puede ver como un llamado a respetar tanto los tratados como los fallos de las entidades internacionales que se han encargado de estudiar diversos asuntos que, entre ellos, se encuentra la peligrosidad como criterio para la imposición de la detención preventiva en centro carcelario. Tales fallos que fueron nombrados en el capítulo anterior hacen énfasis en lo ambiguo y desproporcional que puede ser la utilización de este criterio para tal imposición, y sirven de base para contrastarlos con la sentencia C-106 de 1994, en los que se ha dicho que Claro está, tratándose del derecho fundamental de la libertad, aplicando el artículo 94 de la Constitución Política, el alcance de su garantía constitucional debe interpretarse a la luz de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, los cuales conciben la detención preventiva como una excepción, es decir como un instrumento al cual únicamente puede apelarse en los casos previstos por la ley y dentro de sus rigurosos límites, sin perjuicio de las garantías que aseguren la comparecencia del sindicado al pertinente juicio y su disponibilidad para la ejecución del fallo, tal como se ha subrayado en esta sentencia. (Sentencia C-106/94).

Dado a lo expuesto acá, se puede llegar a la conclusión de que Colombia ha estado incumpliendo las normas que están dentro de su bloque de constitucionalidad respecto a este asunto de la detención preventiva por el criterio de la peligrosidad, lo cual es sumamente grave porque termina generando la vulneración de los derechos de aquellas personas que se encuentran con el infortunio de tener una.

Llegados a este punto, es significativo estudiar el momento en el que se demandó este criterio de peligrosidad para la comunidad argumentando aspectos similares a los que hemos venido planteando en este trabajo. Una vez la Corte Constitucional estudió el asunto, dio a luz a la Sentencia C 469 de 2016, sentencia en la que terminó estableciendo que los criterios para imponer una medida de aseguramiento eran exequibles y que no afectaban tantas garantías del procesado como el demandante hacía querer parecer. Pensamos que esto es un equivocado y tomamos posición junto al Salvamento de voto de esta misma sentencia, realizado por el Magistrado Alberto Rojas Ríos, en la que determina que es necesario que la Corte ajuste su jurisprudencia a los estándares internacionales y considere que el examen sobre que “la libertad del individuo representa un peligro para la sociedad, no puede ser una causal para decretar dicha medida” (C-469/16). Esto porque “la CIDH y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de manera constante, han sostenido por años que la detención preventiva sólo procede por causales procesales, más concretamente: riesgo de fuga y obstaculización de la justicia.” (C-469/16), por lo que el magistrado en este salvamento se encarga de solicitar que se revalúe la decisión ya que es necesario que se realice un ajuste de la jurisprudencia colombiana frente a los estándares internacionales a la hora de entender que la tal “peligrosidad para la comunidad” no puede ser un ámbito determinante a la hora de evaluar la libertad o no de un individuo.

Razón tenía Zaffaroni cuando, explicando la culpabilidad, hacía referencia al criterio de peligrosidad, toda vez que, esta calificación conlleva a convertir al juez en un Dios que tiene la capacidad de juzgar la vida de una persona, más allá del acto cometido y por principio de legalidad tipificado, máxime que el juez se basará

en una probabilidad infundada de que se cometerá un delito, justificando la peligrosidad para la comunidad, cuando el verdadero fin de la audiencia de medida de aseguramiento es relatar un hecho, un acto ya cometido. Todo esto lleva a que el derecho penal de peligro y derecho penal de autor se incorpore dentro del ordenamiento jurídico colombiano. (Zaffaroni, 2009)

Empero, Zaffaroni no es el único que piensa de este modo. Previamente, Carnelutti en su obra "Las miserias del proceso penal" expresó que: "El juez también él un historiador, con la sola diferencia entre la grande y la pequeña historia" (Carnelutti, 2019), así pues, infiriéndose razonablemente, lo anterior soporta la idea de que el juez solamente puede mirar hacia el pasado, no hacia el futuro, porque él se encarga de juzgar el hecho, no a la persona como tal, ya que iría en contra de un derecho penal garantista.

Finalmente, consideramos que es pertinente que se vuelva a realizar un estudio del tema de la peligrosidad para la comunidad como criterio de imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva, con el fin de proteger la seguridad jurídica y las garantías del procesado, tal como lo expresamos a lo largo del presente escrito y acogiendo de manera estricta lo ordenado por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.

## Conclusiones

- i. Las medidas de aseguramiento son herramientas muy útiles que se crearon con el fin de proteger el fin constitucional de la impartición de justicia, pero es totalmente necesario que tal medida cumpla previamente con el test de proporcionalidad exigido por la Corte Constitucional para poder aplicarla; esto es, la aplicación de la idoneidad de la medida, la necesidad de la misma y la proporcionalidad en sentido estricto. Si la fiscalía no cumple con estos requisitos, no se podrá imponer medida de aseguramiento.
- ii. Al analizar los fallos y pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad, se vislumbra que el Estado Colombiano no ha cumplido las recomendaciones respecto a la no utilización del criterio de peligrosidad para la comunidad como motivo de imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva. Por el contrario, Colombia con su jurisprudencia y desarrollo legal ha enfatizado en establecer que este fin es constitucional.
- iii. Es necesario que la Corte Constitucional realice nuevamente una revisión del criterio de la peligrosidad para la comunidad, pero a la luz del bloque de constitucionalidad y los diversos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Proponemos esto debido a que consideramos que en el momento en el que se hizo tal revisión, no se tuvo en consideración los diversos tratados internacionales de derechos humanos y fallos de la Corte Interamericana de Derechos humanos que regulan el asunto.

## Referencias

(s.f.).

(s.f.).

Acosta Calderón vs Ecuador (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de Junio de 2005).

Armas, P. C. (2015). LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN LA JURISPRUDENCIA. *Derecho & Sociedad*.

Asamblea nacional constituyente. (1991). *Constitución Política de 1991*. Bogotá DC.

Beccaria, C. (1764). *Dei delitti e delle pene*. Liorna.

C-469/16 (Corte Constitucional 31 de Agosto de 2016).

Carnelutti, F. (2019). *Las miserias del proceso penal*. Temis.

Caso Palamara Iribarne Vs. Chile (Corte Interamericana de Derechos Humanos 22 de Noviembre de 2005).

Congreso de la República. (s.f.). *LEY 906 DE 2004*. Bogotá.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (22 de Noviembre de 1969).

Convención Americana sobre Derechos Humanos. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. San José, Costa Rica.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2020). Cuadernillo de Jurisprudencia de la CIDH 2020. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la CIDH 2020*, 10.

Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón*. Trotta.

Giorgio, A. M. (2015). *Medidas de Coerción. La prisión preventiva*. Editorial Dunken.

Guardiola, S. G. (2012). *Derecho Romano 1*. Ciudad de México: Red Tercer Milenio.

INPEC. (2021). *Informe estadístico población privada de la libertad No. 1*. Bogota D.C.

INPEC. (Enero de 2022). *Informe Estadístico de población privada de la libertad*. Obtenido de [https://www.inpec.gov.co/web/guest/estadisticas/-/document\\_library/TWBUJQCWH6KV/view\\_file/1421295?\\_com\\_liferay\\_document\\_library\\_web\\_portlet\\_DLPortlet\\_INSTANCE\\_TWBUJQCWH6KV\\_redirect=https%3A%2F%2Fwww.inpec.gov.co%2Fweb%2Fguest%2Festadisticas%2F-%2Fdocument](https://www.inpec.gov.co/web/guest/estadisticas/-/document_library/TWBUJQCWH6KV/view_file/1421295?_com_liferay_document_library_web_portlet_DLPortlet_INSTANCE_TWBUJQCWH6KV_redirect=https%3A%2F%2Fwww.inpec.gov.co%2Fweb%2Fguest%2Festadisticas%2F-%2Fdocument)

LEY 906 DE 2004. (2004). *LEY 906 DE 2004*. Bogotá DC.

Quisbert, E. (2008). *HISTORIA DEL DERECHO PENAL A TRAVÉS DE LAS ESCUELAS Y SUS REPRESENTANTES*. Bolivia: Centro de Estudios de Derecho.

Sentencia C-106/94 (Corte Constitucional 10 de Marzo de 1994).

Sentencia C-567 de 2019, C-567-19 (Corte Constitucional 27 de 11 de 2019).

Sentencia C-575 de 2009, C-575 de 2009 (Corte Constitucional 26 de Agosto de 2009).

Sentencia C-695/13 (Corte Constitucional 9 de octubre de 2013).

Zaffaroni, E. R. (2009). Estructura básica del derecho penal. Teoría del delito Unidad #14. *La culpabilidad*. Argentina.

