

Medidas de aseguramiento.

*La vigilancia electrónica y su capacidad para sustituir la detención preventiva
carcelaria.*

Por:

Fredy Alonso Mazo Chavarría

Trabajo de investigación para optar el título de:

Magíster en derecho penal -modalidad investigativa-

Asesor:

Juan Carlos Álvarez Álvarez

Universidad EAFIT

Escuela de derecho

Maestría en derecho penal

Medellín

Marzo 13 de 2015

Medidas de aseguramiento.

La vigilancia electrónica y su capacidad para sustituir la detención preventiva carcelaria.

Por:

Fredy Alonso Mazo Chavarría

Sumario:

1. Introducción. 2. Las medidas de aseguramiento en Colombia. Su evolución normativa y el surgimiento de la vigilancia electrónica. 3. El mecanismo de vigilancia electrónica. 3.1 Tipologías, principales características técnicas, su ámbito de cubrimiento espacial y la regulación administrativa en Colombia. 3.2. Su autonomía como pena y como medida de aseguramiento. 3.2.1. Su autonomía como pena. 3.2.2. Su autonomía como medida de aseguramiento. 4. La detención preventiva carcelaria. 4.1. Interpretación en el derecho internacional. 4.2. Su naturaleza y mirada en la doctrina. 4.3. La incidencia de las causales de ausencia de responsabilidad. 4.4. Su duración y otros aspectos. 5. La vigilancia electrónica como medida sustitutiva de la detención preventiva carcelaria. 5.1. La medida de aseguramiento de vigilancia electrónica. 5.2. La medida de aseguramiento de detención preventiva carcelaria. 6. Conclusiones. 7 Bibliografía.

“Si sosteniendo los derechos de los hombres y las mujeres y los de la indivisible verdad, contribuyese a arrancar de los espasmos y de las angustias de la detención preventiva a alguna infortunada víctima de la tiranía o de la ignorancia, igualmente fatales, las bendiciones y las lágrimas de un solo inocente, en los transportes de su alegría, me consolarán del desprecio de los demás.” (Cesare Beccaria¹, parafraseado para este trabajo de investigación).

1. Introducción.

La presente investigación se centra, principalmente, en el estudio normativo y en ese plano empezaremos por hablar de las medidas de aseguramiento en

¹ Nodier Agudelo Betancur, *Cesare Beccaria. De los delitos y de las penas. Edición latinoamericana. Estudio preliminar de Nodier Agudelo Betancur*, Bogotá D.C., Nuevo Foro, 1998.

Colombia, su evolución normativa y el surgimiento de la vigilancia electrónica. Se hará un rastreo normativo de los códigos de procedimiento penal que han regido en Colombia desde el año 1936 a la fecha, ello a efectos de observar el tratamiento que la legislación le ha dado a la temática en general de las medidas de aseguramiento y muy especialmente para determinar en qué momento aparece, en nuestro medio, la vigilancia electrónica como una de las formas de medida de aseguramiento. Se hará un especial énfasis en identificar los *finés*, *clases*, *procedencia* y *requisitos* que dichas legislaciones establecen respecto a las medidas de aseguramiento.

Más adelante abordaremos la temática del mecanismo de vigilancia electrónica, allí se enunciarán y explicarán las tipologías existentes, sus principales características técnicas y su ámbito de cubrimiento espacial. Se relacionará la regulación administrativa que se ha expedido al respecto en Colombia y se mostrará la doble función que cumple la vigilancia electrónica, esto es, como pena y como medida de aseguramiento, aprovechando la oportunidad para mostrar su autonomía en ambos escenarios.

Acto seguido se desarrollará el tema de la detención preventiva carcelaria, se acudirá a algunos apartes que refieren la forma como esta institución procesal es interpretada en el derecho internacional; se mostrará la interpretación que de su naturaleza se ha hecho en la doctrina y se anunciará la incidencia de las causales de ausencia de responsabilidad en esta medida de aseguramiento, terminando por referirnos al tiempo que puede durar y otros aspectos que tienen relación con esta temática.

Finalmente se hará referencia específica a la vigilancia electrónica como medida sustitutiva de la detención preventiva carcelaria, se estudiará específicamente tanto la medida de aseguramiento de vigilancia electrónica como la medida de aseguramiento de detención preventiva carcelaria, ello a efectos de determinar si aquella puede utilizarse como sustituta de ésta.

2. *Las medidas de aseguramiento en Colombia. Su evolución normativa y el surgimiento de la vigilancia electrónica.*

Para empezar es importante anotar que, tratándose de las medidas de aseguramiento, resulta pertinente hacer un ejercicio que implica tener en cuenta en cada caso los *finés, clases, procedencia y requisitos*. Generalizando cada uno de estos conceptos tenemos que: i) *Fines*: Implica la necesidad de establecer cuál es la teleología que las inspira, los propósitos que se persiguen con su consagración en el ordenamiento jurídico. La imposición de la medida de aseguramiento presupone su idoneidad para cumplir los fines que con ella se persiguen. En concreto es clarificar los fines constitucionales y legales que se establecen para las medidas de aseguramiento y determinar en cada caso ¿cuál de esos fines se pretende satisfacer? ii) *Clases*: Obliga a establecer: ¿qué medidas de aseguramiento hay disponibles, en la legislación, para satisfacer esos fines? iii) *Procedencia*: Nos lleva a determinar ¿cuáles de las medidas de aseguramiento son procedentes, según la ley, para el caso concreto? Y iv) *Requisitos* o *presupuestos* tanto generales –para todas las medidas de aseguramiento- como específicos para cada medida de aseguramiento en concreto. Significa el cumplimiento de los requisitos generales y/o específicos que exigen las normas para todas las medidas de aseguramiento de manera general o cada una de forma específica.

Así pues, la imposición de la medida de aseguramiento presupone la verificación de diversos aspectos–cuatro en total-, el primero de los cuales se refiere a los *finés*, el segundo las *clases*, el tercero la *procedencia* y, el cuarto y último el de los *requisitos*. Estos se deben de recorrer en esa cronología independiente del orden o ubicación que el legislador hace al respecto. En el siguiente recorrido normativo se buscará la regulación que cada codificación penal hace de las medidas de aseguramiento, enfatizando en los temas acabados de mencionar y dando la mirada en las normas generales.

Para este recorrido, digamos que en Colombia existía un procedimiento penal que hacía parte de la legislación común, o sea, el procedimiento penal constituía un libro dentro de un código general que regulaba los procesos o procedimientos, civiles, penales y otros aspectos. Ese código, que en lenguaje de hoy podría denominarse código general del proceso, estaba regido por la ley 105 de 1931 y se denominaba el código judicial. En el artículo preliminar de éste código se establecía: “El código judicial regula las siguientes materias, en tres libros: 1º. Organización judicial, 2º. Procedimiento civil, y 3º. Procedimiento penal”.

Mediante la ley 94 de 1938 se expidió un código de procedimiento penal. El nuevo código derogó las normas de procedimiento penal hasta esa fecha vigentes en el libro tercero del ya mencionado código judicial. En el artículo 723, de ese código de procedimiento penal, se dijo lo siguiente: “Quedan derogadas todas las disposiciones del libro tercero del código judicial y las leyes que lo adicionan y reforman...” y en el artículo 724 ibídem se dijo que la nueva ley empezaría a regir el 1º de julio de 1938.

En el artículo 379, del citado estatuto, se consagró la posibilidad de la detención en los siguientes términos:

“Cuando la infracción por que (sic) se procede tuviere señalada pena de presidio o de prisión, el procesado será detenido, si resultare contra él por lo menos una declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad, aunque no se haya todavía escrito, o un indicio grave de que es responsable penalmente, como autor o partícipe de la infracción que se investiga, o si el funcionario que decretare la detención lo hubiere visto en el acto que constituye su participación en la infracción.”

Como se observa, el código no hablaba de la figura de las medidas de aseguramiento de manera formal, pero materialmente consagraba la posibilidad

de que el procesado fuera detenido antes de que se dictara sentencia con lo cual, materialmente, estaba consagrando la figura de la detención preventiva. Verifiquemos lo anunciado en esta norma así:

<i>Fines:</i>		No se menciona ninguno.
<i>Clases:</i>		La detención.
<i>Procedencia:</i>		Nada se dice sobre el particular.
<i>Requisitos:</i>	Generales:	Por considerarse solamente la detención, los requisitos que se mencionan se entienden específicamente para esa medida.
	Específicos:	La norma indicaba que la detención se permitía siempre que la infracción por la que se procediera tuviera señalada pena de presidio o de prisión las cuales tenían una diferencia en aquel tiempo ² , y además se diera cualquiera de los tres requisitos adicionalmente enunciados - una declaración de testigo, un indicio grave de que es responsable penalmente, o si el funcionario que decretare la detención lo hubiere visto en el acto que constituye su participación en la infracción-.

Se aclara que estos requisitos son taxativos en la norma mencionada, pero no están consagrados en un artículo que los trate como requisitos o presupuestos, pero lo importante no es su ubicación o el nombre que el legislador les dé, lo relevante es lo que materialmente se consagre, y de la lectura de la norma anterior estos son los requisitos que se desprenden y de eso no hay duda. Así se harán las lecturas siguientes.

Ahora, después de este código de procedimiento penal, vinieron un ramillete de normas sobre la misma materia –al punto que no nos fue posible enlistarlas-, lo que generó una dispersión tal que obligó al gobierno nacional a unificar el tema y para ello se expidió el decreto 1345 del 4 de agosto de 1970: “Por el cual se codifican las normas sobre procedimiento penal”. En el artículo 799 del citado

² La diferencia entre la pena de presidio y la pena de prisión, la encontramos en el código penal de 1936 adoptado mediante la ley 95 de ese año. Al respecto se decía que el cumplimiento de la pena de presidio se iniciaría en todo caso con un aislamiento permanente del penado durante un término de un mes a dos años, según la gravedad de la pena y la personalidad del delincuente –artículo 44- y que su duración era de uno a veinticuatro años. La pena de prisión tenía una duración de seis meses a ocho años –artículo 45-. Se ordenaba que la pena de presidio se cumpliría en una penitenciaría y que los presidiarios debían dedicarse durante el día a trabajos industriales o agrícolas dentro del mismo establecimiento, o a trabajos obligatorios en obras públicas –artículo 46- en tanto que la pena de prisión se cumplía en un establecimiento destinado al efecto, o en una colonia agrícola especial y los condenados a ella no estaban obligados a trabajar fuera del respectivo establecimiento –artículo 47-.

decreto también se dijo: "...las normas sobre procedimiento penal ordinario que no se encuentren incluidas en este Código, quedan derogadas."

Sobre las medidas de aseguramiento en el artículo 427, de ese nuevo código de procedimiento penal, se estableció:

"Definición de la situación jurídica del indagado: Terminada la indagatoria o vencido el término señalado en el artículo 424, la situación del aprehendido deberá definirse a más tardar dentro de los cinco días siguientes decretando la detención preventiva, si hubiere prueba que la justifique, u ordenando su libertad inmediata. En este último caso no podrá imponérsele caución, a menos que subsista algún indicio contra el indagado, evento en el cual el juez podrá obligarle a presentarse periódicamente a su despacho o al de un funcionario judicial o de policía de su domicilio, so pena de multa hasta por cinco mil pesos, graduada de acuerdo con su posición económica. Estas presentaciones no podrán prolongarse por más de dos meses y se cumplirán preferentemente en días y horas que ocasionen menos alteración de las actividades laborales del sindicado"

Y en el artículo 429 se dijo:

"Presupuestos para dictar auto de detención. Cuando la infracción porque (sic) se procede tuviere señalada pena privativa de la libertad, el procesado será detenido si resultare contra él por lo menos una declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad, según el artículo 231 de este código, o un indicio grave plenamente probado de que es responsable penalmente como autor o partícipe del hecho que se investiga."

Como se ve existía también, en las normas citadas, la detención preventiva no obstante no se le daba la denominación de *medida de aseguramiento*. La novedad, con relación a la legislación anterior, es la creación de una nueva opción

a la detención preventiva que es la caución, que lleva consigo también las presentaciones periódicas en la medida que existiera un indicio grave en contra del procesado. En la temática propuesta se concluye lo siguiente:

<i>Fines:</i>		No se mencionan por parte alguna.
<i>Clases:</i>		La detención preventiva, y la caución que lleva consigo presentaciones periódicas.
<i>Procedencia:</i>		No menciona nada al respecto.
<i>Requisitos</i>	Generales:	No mencionan nada al respecto.
	Específicos:	Para la detención preventiva: Se permitía siempre que la infracción por la que se procediera tuviere señalada pena privativa de la libertad, que resultare contra el procesado por lo menos una declaración de testigo que ofreciera serios motivos de credibilidad, según el artículo 231 de ese código, o un indicio grave plenamente probado de que es responsable penalmente como autor o partícipe del hecho que se investiga. Para la caución -que llevaba consigo las presentaciones periódicas-: Que no se imponga detención preventiva y por tanto se haya ordenado su libertad inmediata y, que exista además un indicio grave en contra del procesado.

Siguiendo con el recorrido, se tiene que la vigencia del decreto 1345 del 4 de agosto de 1970 es bastante corta, ello dado que en 1971 se expide el decreto 409 “por el cual se introducen reformas al código de procedimiento penal y se codifican todas sus normas”. Allí se derogó expresamente el código anterior de la siguiente forma: “Art. 769. Derogatoria de normas procesales. El decreto 1345 del 4 de agosto de 1970 y las normas sobre procedimiento penal ordinario que no se encuentren incluidas en este código, quedan derogados.”

En relación con la detención preventiva, en la nueva normativa, el artículo 437 dijo:

“Definición de la situación jurídica del indagado. Terminada la indagatoria o vencido el término señalado en el artículo 434, la situación del aprehendido deberá definirse a más tardar dentro de los cinco días siguientes, decretando la detención preventiva, si hubiere prueba que la justifique, u ordenando su libertad inmediata. En este último caso no podrá imponérsele caución, a menos que subsista algún indicio contra el indagado, evento en el cual el juez podrá obligarle a presentarse periódicamente a su despacho

o al de un funcionario judicial o de policía de su domicilio, so pena de multa hasta de cinco mil pesos, graduada de acuerdo con su posición económica. Estas presentaciones no podrán prolongarse por más de dos meses y se cumplirán preferentemente en días y horas que ocasionen menos alteración de las actividades laborales del sindicado. (...)"

Y en el artículo 439 se estableció:

"Presupuestos para dictar auto de detención. Cuando la infracción porque (sic) se procede tuviere señalada pena privativa de la libertad, el procesado será detenido si resultare contra él por lo menos una declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad, según el artículo 236 de este código, o un indicio grave de que es responsable penalmente como autor o partícipe del hecho que se investiga. Si la infracción tiene pena de arresto y el procesado fuere merecedor del beneficio de excarcelación, dispondrá de cuatro días a partir de aquél en que se le notifique el auto de detención, a fin de constituir la caución que en aquél se le exija para continuar en libertad. Si no otorga la garantía se hará efectiva la orden de detención y ésta durará hasta cuando tal exigencia sea cumplida. Para notificar la providencia podrá expedirse orden de captura si el procesado se muestra renuente a comparecer."

No hay ninguna novedad en la temática del ejercicio que se propone, dado que el tema se reguló de idéntica forma así:

<i>Fines:</i>		No se mencionan.
<i>Clases:</i>		La detención preventiva, y la caución que lleva consigo presentaciones periódicas.
<i>Procedencia:</i>		No menciona nada al respecto.
<i>Requisitos</i>	Generales:	No los refiere.
	Específicos:	Los mismos ya mencionados para el caso anterior.

Ya para el año 1981, se expide un nuevo código de procedimiento penal mediante el decreto 181 de ese año y se deroga parcialmente el decreto 409 de 1971 así:

“Derogatoria. Derógase el decreto 409 de 1971, excepto sus artículos 592 a 659 y 733 a 762. Deróganse también todas las disposiciones de procedimiento penal común no previstas en este código.”

Sobre las medidas de aseguramiento ese nuevo código de procedimiento penal decía, en su artículo 324, que:

“Clasificación. Son medidas de aseguramiento para los imputables, la conminación, la caución y la privación de libertad.

En su artículo 325 regulaba lo relacionado con la conminación y entre otras cosas sostenía:

“Conminación. La conminación consiste en el compromiso por el cual el procesado, so pena de multa de cinco mil a cien mil pesos, garantiza el cumplimiento de las siguientes obligaciones: 1. Presentarse periódicamente, en las fechas que se le indiquen, ante el funcionario de investigación o el juez que llegue a conocer del asunto, 2. Observar buena conducta individual, familiar y social, 3. Abstenerse de consumir bebidas alcohólicas y cualquier sustancia que produzca dependencia física o psíquica, 4. Abstenerse de portar armas, 5. Ejercer oficio, profesión u ocupación lícitas, 6. Informar todo cambio de habitación. (...)”.

En su artículo 326 se regulaba lo relacionado con la caución, y entre otras cosas, decía:

“Caución. Consiste en el depósito de dinero, en cuantía de dos a cien meses de salario mínimo establecido para el lugar donde haya tenido ocurrencia el hecho punible con el cual el procesado garantiza el cumplimiento de las obligaciones previstas en el artículo anterior,...”.

En su artículo 327 se estatuyó lo referente a la privación de la libertad y sobre el particular decía:

“Privación de la libertad. La privación de la libertad es el acto procesal por el cual se ordena que el procesado sea internado en el establecimiento carcelario del lugar donde se adelanta la investigación. Si en el lugar donde se adelanta la investigación no hubiere establecimiento de internación que ofrezca las debidas seguridades, el funcionario señalará el lugar donde deba cumplirse la privación de la libertad. De igual manera, procederá cuando la presencia del procesado en el establecimiento donde se hallare privado de libertad genere perturbación del orden público.

En el artículo 328 se dijo:

“Casos en que procede la conminación. La conminación es procedente en los casos de delitos sancionados con arresto.

En su artículo 329 se dispuso:

“Casos en que procede la caución. La caución es procedente: En los casos de delitos dolosos cuya pena máxima señalada en la respectiva disposición penal no exceda de tres años de prisión. En los casos de delitos dolosos y preterintencionales cometidos en estado de ira o de intenso dolor, causado por comportamiento ajeno grave e injusto, salvo cuando se hubiere realizado con alguna de las circunstancias previstas en el artículo 324 del Código Penal. En los casos de delitos culposos, menos cuando se hubieren cometido con alguna de las circunstancias previstas en el artículo 330 del Código Penal.

El artículo 330 prescribía:

“Casos en que procede la privación de libertad. La privación de libertad procede: 1. En todos los casos no previstos en los dos artículos anteriores, 2. En cualquiera de los casos previstos en los dos artículos anteriores, cuando aparezca demostrado en el expediente que el procesado ha sido condenado por delito doloso o preterintencional durante los cinco años anteriores a la fecha de la comisión del nuevo hecho punible, o durante ese mismo tiempo registrare tres o más sindicaciones por delitos de la naturaleza antes mencionada, 3. Cuando no suscribiere el acta de conminación o no prestare la caución, 4. Cuando declarado incurso en la multa no la pague o cuando hecha efectiva la caución no prestare una nueva.”

En el artículo 331 se estatuyó:

“Libertad inmediata. En los casos previstos en los numerales 3 y 4 del artículo anterior, se pondrá en libertad al procesado si suscribiere el acta de conminación, prestare la caución o pagare la multa. (...).

En el artículo 333 se tenía consagrado:

“Presupuestos. La medida de aseguramiento procedente se decretará después que el presunto infractor haya sido vinculado como procesado, siempre y cuando que (sic) en el expediente exista prueba que permita inferir al funcionario, razonablemente, que el procesado es autor o cómplice del hecho punible investigado.”

Y finalmente en el artículo 334 se regulaba la medida de aseguramiento en caso de concurso de delitos:

“Casos de pluralidad de hechos punibles: Cuando los hechos punibles investigados sean varios y estén sometidos a distintas medidas de aseguramiento, se impondrá la que corresponda al delito que tenga señalada pena más grave.”

Como se observa es en éste código de procedimiento penal donde por primera vez se utilizan los conceptos de “medidas de aseguramiento” e “inferencia razonable”. Las novedades podemos resumirlas, a parte de las anteriores, en que en principio no aparece la medida de presentaciones periódicas pero se crea una nueva medida de aseguramiento que es la conminación, pero esta a su vez trae incorporadas seis medidas de aseguramiento más, dentro de ellas las presentaciones periódicas. Se regula más expresamente las diferentes medidas de aseguramiento.

En total, las medidas de aseguramiento que desarrolla este nuevo estatuto procesal penal son ocho, ello por cuanto la conminación incluye: 1. Presentarse periódicamente, en las fechas que se le indiquen, ante el funcionario de investigación o el juez que llegue a conocer del asunto, 2. Observar buena conducta individual, familiar y social, 3. Abstenerse de consumir bebidas alcohólicas y cualquier sustancia que produzca dependencia física o psíquica, 4. Abstenerse de portar armas, 5. Ejercer oficio, profesión u ocupación lícitos, 6. Informar todo cambio de habitación. O sea, la conminación incluye, por decirlo así, seis pequeñas medidas de aseguramiento en una sola que por demás se imponen al tiempo, eso arroja un total de ocho medidas de aseguramiento en este nuevo proceso penal ya que a las seis anteriores –agrupadas en la conminación– se debe agregar la caución y la privación de la libertad.

En cuanto a la verificación que se propone, las normas contemplan lo siguiente:

<i>Fines:</i>	No se mencionan por parte alguna.	
<i>Clases:</i>	<p>La caución; la privación de libertad; y la conminación.</p> <p>Esta última se desarrolla en seis formas diferentes que son a la vez medidas de aseguramiento a saber: 1. Presentarse periódicamente, en las fechas que se le indiquen, ante el funcionario de investigación o el juez que llegue a conocer del asunto, 2. Observar buena conducta individual, familiar y social, 3. Abstenerse de consumir bebidas alcohólicas y cualquier sustancia que produzca dependencia física o psíquica, 4. Abstenerse de portar armas, 5. Ejercer oficio, profesión u ocupación lícitas, 6. Informar todo cambio de habitación.</p>	
<i>Procedencia:</i>	<p>La conminación es procedente en los casos de delitos sancionados con arresto.</p> <p>La caución es procedente en los casos de delitos dolosos cuya pena máxima señalada en la respectiva disposición penal no exceda de tres años de prisión, en los casos de delitos dolosos y preterintencionales cometidos en estado de ira o de intenso dolor, causado por comportamiento ajeno grave e injusto, salvo cuando se hubiere realizado con alguna de las circunstancias previstas en el artículo 324 del código penal. En los casos de delitos culposos, menos cuando se hubieren cometido con alguna de las circunstancias previstas en el artículo 330 del código penal.</p> <p>La privación de la libertad procedía en los siguientes casos: 1. En todos los casos no previstos en los dos artículos anteriores –o sea los artículos 328 y 329-, 2. En cualquiera de los casos previstos en los dos artículos anteriores –o sea los artículos 328 y 329-, cuando aparezca demostrado en el expediente que el procesado ha sido condenado por delito doloso o preterintencional durante los cinco años anteriores a la fecha de la comisión del nuevo hecho punible, o durante ese mismo tiempo registrare tres o más sindicaciones por delitos de la naturaleza antes mencionada, 3. Cuando no suscribiere el acta de conminación o no prestare la caución, 4. Cuando declarado incurso en la multa no la pague o cuando hecha efectiva la caución no prestare una nueva.</p> <p><i>Excepción:</i> No procede ninguna medida de aseguramiento en los casos previstos en los numerales 3 y 4 del artículo 331, en cuyos casos la norma ordenaba poner en libertad al procesado si suscribiere el acta de conminación, prestare la caución o pagare la multa.</p>	
<i>Requisitos</i>	Generales:	La medida de aseguramiento procedente se decretará después que el presunto infractor haya sido vinculado como procesado, siempre y cuando en el expediente exista prueba que permita inferir al funcionario, razonablemente, que el procesado es autor o cómplice del hecho punible investigado.
	Específicos:	No se relacionan

Este decreto 181 de 1981, también tiene una corta vigencia, ello por cuanto llega la ley 2ª de 1982, lo deroga y revive al antiguo código del decreto 409 de 1971.

Dijo la mencionada ley, en su artículo 1º, lo siguiente: “Derógase (sic) el decreto 181 de 29 de enero de 1981”. A renglón seguido se dijo, en el artículo 2º, que: “Adoptase como Código de Procedimiento Penal Colombiano el contenido en el decreto 409 de 1971, actualmente en vigencia, con las leyes y decretos que lo adicionan, complementan y reforman.”

Al revivir el antiguo código del decreto 409 de 1971, quedan entonces vigentes las medidas de aseguramiento que allí se establecían y que fueron relacionadas en párrafos anteriores, lo cual no presenta novedad alguna en la temática de las medidas de aseguramiento y las cosas volvieron a quedar así:

<i>Fines:</i>		No se mencionan por parte alguna.
<i>Clases:</i>		La detención preventiva, y la caución que lleva consigo presentaciones periódicas.
<i>Procedencia:</i>		No menciona nada al respecto.
<i>Requisitos</i>	Generales:	No se mencionan.
	Específicos:	Para la detención preventiva, y la caución, que llevaba consigo las presentaciones periódicas, los ya especificados arriba ³ .

Viene luego el decreto 050 de 1987 y deroga la ley 2ª de 1982. Ello lo hace así: “Artículo 678: Derogatoria. Deróguese la Ley 2ª de 1982 por la cual se adoptó el código de procedimiento penal expedido mediante decreto 409 de 1971, y todas las disposiciones que sean contrarias al presente decreto.”

Este nuevo decreto 050 de 1987, sobre las medidas de aseguramiento prescribía:

“Art. 414. Requisitos sustanciales. Son medidas de aseguramiento para los imputables, la conminación, la caución y la detención preventiva, las cuales se aplicarán cuando contra el procesado resultare por lo menos un indicio grave de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso. (...)”.

“Artículo 416. De la conminación. La conminación consiste en el compromiso del procesado de cumplir las obligaciones que le imponga el

³ Véase *supra*, p. 9.

juez al resolver su situación jurídica. Sólo procede para delitos sancionados con arresto o pena no privativa de la libertad.”.

“Artículo 419. De la caución. La caución es juratoria o prendaria y se aplica en relación con los delitos cuya pena mínima sea inferior a dos (2) años de prisión, excepto lo previsto en el numeral segundo del artículo 421. La caución juratoria constará en acta en donde el procesado bajo juramento, prometa cumplir las obligaciones que le hayan sido impuestas. Procederá, cuando a juicio del juez, el procesado carezca de recursos económicos para constituir caución prendaria. La caución prendaria consiste en el depósito de dinero, en cuantía de cinco mil pesos (\$ 5.000.00) a cien (100) salarios mínimos mensuales legales y se fijará teniendo en cuenta las condiciones económicas del procesado y la gravedad del hecho. (...)”.

En el artículo 421 se establecía que la detención preventiva procede en los siguientes casos: 1. Cuando el delito que se imputa al procesado tenga prevista pena de prisión cuyo mínimo sea o exceda de dos (2) años, 2. En los procesos por los siguientes delitos: -Acto seguido se enlistan alrededor de 30 delitos y se dice que también los contemplados en el decreto 2920 de 1982-. 3. Cuando el procesado tuviere auto de detención o caución vigente, por delito doloso o preterintencional en otro proceso, aunque el delito por el cual se proceda tenga pena de prisión, cuyo mínimo sea inferior a dos (2) años, o pena de arresto; 4. Cuando se hubiere realizado la captura en flagrancia por delito doloso o preterintencional que tenga prevista pena de prisión. 5. Cuando el procesado, injustificadamente, no otorgue la caución prendaria o juratoria dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del auto que la disponga o del que resuelva el recurso de reposición, o cuando incumpla alguna de las obligaciones establecidas en el acta de caución, caso en el cual perderá también la caución prendaria que hubiere prestado.”.

Como puede apreciarse este nuevo código de procedimiento penal también utiliza el concepto *medidas de aseguramiento* y las novedades podemos resumirlas, entre otras, en que se bifurca la caución en juratoria y prendaria; así mismo, desaparecen las pequeñas medidas de aseguramiento que contenía expresamente la conminación, pero se deja al arbitrio del juez crearle obligaciones al procesado al momento de imponer la conminación, pasando en este punto de la expresa legalidad al arbitrio del juez. En la verificación que se propone, esta nueva normatividad refiere lo siguiente:

<i>Fines:</i>	No se mencionan por parte alguna.	
<i>Clases:</i>	La conminación, la caución juratoria o prendaria, y la detención preventiva.	
<i>Procedencia:</i>	<p>La conminación procede para delitos sancionados con arresto o pena no privativa de la libertad.</p> <p>La caución se aplica en relación con los delitos cuya pena mínima sea inferior a dos (2) años de prisión, excepto lo previsto en el numeral segundo del artículo 421. La caución juratoria, procederá, cuando a juicio del juez, el procesado carezca de recursos económicos para constituir caución prendaria.</p> <p>La detención preventiva procede en los siguientes casos: 1) Cuando el delito que se imputa al procesado tenga prevista pena de prisión cuyo mínimo sea o exceda de dos (2) años, 2) En los procesos por los siguientes delitos: (...) -acto seguido se enlistan alrededor de 30 delitos- y se dice que también los contemplados en el decreto 2920 de 1982-. 3) Cuando el procesado tuviere auto de detención o caución vigente, por delito doloso o preterintencional en otro proceso, aunque el delito por el cual se proceda tenga pena de prisión, cuyo mínimo sea inferior a dos (2) años, o pena de arresto; 4) Cuando se hubiere realizado la captura en flagrancia por delito doloso o preterintencional que tenga prevista pena de prisión. 5) Cuando el procesado, injustificadamente, no otorgue la caución prendaria o juratoria dentro de los tres días siguientes a la notificación del auto que la disponga o del que resuelva el recurso de reposición, o cuando incumpla alguna de las obligaciones establecidas en el acta de caución, caso en el cual perderá también la caución prendarla que hubiere prestado.</p>	
<i>Requisitos</i>	Generales:	Se aplicarán cuando contra el procesado resultare por lo menos un indicio grave de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso.
	Específicos:	No se aluden.

El citado decreto 050 de 1987 rigió hasta 1991, año en el cual se expidió el decreto 2700 que derogó el anterior. Así, en el artículo 573 del nuevo decreto, se dijo:

“Derogatoria. Derógase el decreto 050 de enero 13 de 1987, por el cual se expidió el código de procedimiento penal, sus normas complementarias y todas las disposiciones que sean contrarias al presente decreto.”.

En los artículos 388 y siguientes del nuevo estatuto, se reguló lo atinente a las medidas de aseguramiento así:

“Artículo 388. Requisitos sustanciales. Son medidas de aseguramiento para los imputables, la conminación, la caución, la prohibición de salir del país, la detención domiciliaria y la detención preventiva, las cuales se aplicarán cuando contra (sic) del sindicado resultare por lo menos un indicio grave de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso. En los delitos de competencia de los [jueces Penales de Circuito Especializados]⁴ sólo procederá como medida de aseguramiento, la detención preventiva. (...)”.

En el artículo 390, se reguló la conminación y se dijo:

“Conminación. La conminación consiste en el compromiso del sindicado de cumplir las obligaciones que le imponga el funcionario judicial al resolver su situación jurídica. Solo procede para delitos sancionados con arresto o pena no privativa de la libertad. (...)”.

En el artículo 393 se reguló la caución en los siguientes términos:

“De la caución. La caución es juratoria o prendaria y se aplica en relación con los delitos cuya pena mínima sea inferior a dos años de prisión, excepto lo previsto en el numeral tercero del artículo 397 de este Código. La caución juratoria constará en acta en donde el sindicado bajo juramento, prometa

⁴ Mediante el artículo 35, inciso 3°, de la ley 504 de 1999, publicada en el Diario Oficial número 43.618, del 29 de junio de 1999, se sustituyó la expresión 'Juez Regional' por 'Juez Penal de Circuito Especializados'.

cumplir las obligaciones que le hayan sido impuestas. Procederá, cuando a juicio del funcionario, el sindicato carezca de recursos económicos para constituir caución prendaria. La caución prendaria consiste en el depósito de dinero, o constitución de una póliza de garantía, en cuantía hasta de mil salarios mínimos mensuales legales y se fijará teniendo en cuenta las condiciones económicas del sindicato y la gravedad del hecho.”.

En el artículo 395 se estableció:

“Prohibición de salir del país. En el auto de detención preventiva el funcionario judicial ordenará la prohibición de salir del país y librará los oficios respectivos.”

Más adelante, en el artículo 396 se dijo lo siguiente:

“Detención domiciliaria. Cuando se trate de hecho punible cuya pena mínima prevista sea de cinco años de prisión, o menos, el funcionario judicial sustituirá la detención preventiva por detención domiciliaria si establece que el sindicato por sus características familiares, laborales y vínculos con la comunidad, comparecerá al proceso y no coloca en peligro a la comunidad. En tal caso le impondrá caución y ordenará que la detención preventiva se verifique en el domicilio del sindicato.”

Y en el artículo 397 se consagró que la detención preventiva procede en los siguientes casos: 1º)-Numeral modificado por el artículo 25 de la Ley 504 de 1999- : Para todos los delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados. 2º) Cuando el delito que se atribuya al imputado tenga prevista pena de prisión, cuyo mínimo sea o exceda de dos años. 3º) En los siguientes delitos: -Acto seguido se enlistan alrededor de 30 delitos, y se dice que también los contemplados en el Decreto 1730 de 1991)-. 4º) Cuando en contra del sindicato estuviere vigente sentencia condenatoria ejecutoriada por delito doloso

o preterintencional que tenga pena de prisión. 5º) Cuando se hubiere realizado la captura en flagrancia por delito doloso o preterintencional que tenga prevista pena de prisión. 6º) Cuando el sindicado, injustificadamente no otorgue la caución prendaria o juratoria dentro de los tres días siguientes a la notificación del auto que la imponga o del que resuelva el recurso de reposición o cuando incumpla alguna de las obligaciones establecidas en el acta de caución, caso en el cual perderá también la caución prendaria que hubiere prestado. 7º) En los casos de lesiones culposas previstas en los artículos 333, 334, 335, 336 del código penal, cuando el sindicado en el momento de la realización del hecho se encuentre en estado de embriaguez aguda o bajo el influjo de droga o sustancia que produzca dependencia física o síquica demostrado por dictamen técnico o por un método paraclínico, o abandone sin justa causa el lugar de la comisión del hecho. (...).

En el artículo 410 se dijo lo siguiente:

“Improcedencia de medida de aseguramiento. No procede medida de aseguramiento cuando la prueba sea indicativa de que el imputado pudo haber actuado en cualquiera de las circunstancias excluyentes de antijuridicidad o de culpabilidad.”

Se mantiene, en éste nuevo código de procedimiento penal, el concepto de *medidas de aseguramiento* y los aspectos que podríamos resaltar en este caso pueden sintetizarse en que se sigue dejando al arbitrio del juez crearle obligaciones al procesado al momento de imponer la conminación; se mantiene la bifurcación de la caución en juratoria y prendaria; se crean unas nuevas medidas de aseguramiento totalmente autónomas que son: La prohibición de salir del país, y la detención domiciliaria, la primera como sumatoria y la otra como sustituta de la detención preventiva. En el escenario de la verificación que se propone, el siguiente cuadro nos la resume así:

<i>Fines:</i>		No se mencionan.
<i>Clases:</i>		La conminación, la caución, la prohibición de salir del país, la detención domiciliaria, y la detención preventiva.
<i>Procedencia:</i>		<p>La conminación solo procede para delitos sancionados con arresto o pena no privativa de la libertad.</p> <p>La caución se aplica en relación con los delitos cuya pena mínima sea inferior a dos años de prisión, excepto lo previsto en el numeral tercero del artículo 397 de ese código. La caución procede como sumatoria de la detención domiciliaria.</p> <p>La prohibición de salir del país procede como sumatoria de la detención preventiva.</p> <p>La detención domiciliaria procede cuando se tratare de hecho punible cuya pena mínima prevista sea de cinco años de prisión, o menos y procede como sustituta de la detención preventiva.</p> <p>La detención preventiva procedía en los siguientes casos: 1º) -Numeral modificado por el artículo 25 de la Ley 504 de 1999-. Para todos los delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados. 2º) Cuando el delito que se atribuya al imputado tenga prevista pena de prisión, cuyo mínimo sea o exceda de dos años. 3º) En los siguientes delitos: (...), acto seguido se enlistan alrededor de 30 delitos y se dice que también los contemplados en el decreto 1730 de 1991). 4º) Cuando en contra del sindicado estuviere vigente sentencia condenatoria ejecutoriada por delito doloso o preterintencional que tenga pena de prisión. 5º) Cuando se hubiere realizado la captura en flagrancia por delito doloso o preterintencional que tenga prevista pena de prisión. 6º) Cuando el sindicado, injustificadamente no otorgue la caución prendaria o juratoria dentro de los tres días siguientes a la notificación del auto que la imponga o del que resuelva el recurso de reposición o cuando incumpla alguna de las obligaciones establecidas en el acta de caución, caso en el cual perderá también la caución prendaria que hubiere prestado. 7º) En los casos de lesiones culposas previstas en los artículos 333, 334, 335, 336 del código penal, cuando el sindicado en el momento de la realización del hecho se encuentre en estado de embriaguez aguda o bajo el influjo de droga o sustancia que produzca dependencia física o síquica demostrado por dictamen técnico o por un método paraclínico, o abandone sin justa causa el lugar de la comisión del hecho. (...).</p> <p><i>Excepción:</i> En los delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados sólo procederá como medida de aseguramiento, la detención preventiva. O sea que en estos casos no proceden las demás medidas de aseguramiento.</p> <p>Igualmente, no procede medida de aseguramiento cuando la prueba sea indicativa de que el imputado pudo haber actuado en cualquiera de las circunstancias excluyentes de antijuricidad o de culpabilidad. O sea que en estos casos no procede medida de aseguramiento alguna.</p>
<i>Requisitos</i>	Generales:	Se aplicarán cuando contra del sindicado resultare por lo menos un indicio grave de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso.
	Específicos:	Para la detención domiciliaria, se debía establecer que el sindicado, por sus características familiares, laborales y vínculos con la comunidad, comparecerá al proceso y no coloca en peligro a la comunidad.

El decreto 2700 de 1991 rige hasta la entrada en vigencia de la ley 600 de 2000, la cual en su artículo 535 deroga expresamente el código de procedimiento penal anterior así:

“Derogatoria. Derógase el decreto 2700 de noviembre 30 de 1991, por el cual se expidió el código de procedimiento penal, sus normas complementarias y todas las disposiciones que sean contrarias a la presente.”

En lo referido a las medidas de aseguramiento, las normas pertinentes de la ley 600 son las siguientes:

“Artículo 355: Fines. La imposición de la medida de aseguramiento procederá para garantizar la comparecencia del sindicado al proceso, la ejecución de la pena privativa de la libertad o impedir su fuga o la continuación de su actividad delictual o las labores que emprenda para ocultar, destruir o deformar elementos probatorios importantes para la instrucción, o entorpecer la actividad probatoria.”

“Artículo 356: Requisitos. Solamente se tendrá como medida de aseguramiento para los imputables la detención preventiva. Se impondrá cuando aparezcan por lo menos dos indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso. No procederá la medida de aseguramiento cuando la prueba sea indicativa de que el imputado pudo haber actuado en cualquiera de las causales de ausencia de responsabilidad.”

En el artículo 357, encontramos que la medida de aseguramiento procede en los siguientes eventos: 1. Cuando el delito tenga prevista pena de prisión cuyo mínimo sea o exceda de cuatro (4) años. 2. Por los delitos de: –se enlistan alrededor de 20 delitos-. 3. Cuando en contra del sindicado estuviere vigente sentencia

condenatoria ejecutoriada por delito doloso o preterintencional que tenga pena de prisión. Esta causal sólo procederá en los casos en que la conducta punible tenga asignada pena privativa de la libertad. Igualmente se encuentra que la detención preventiva podrá ser sustituida por detención domiciliaria en los mismos eventos y bajo las mismas condiciones consagradas para la pena sustitutiva de prisión domiciliaria.

Como se aprecia la ley 600 de 2000 mantiene el concepto de *medidas de aseguramiento*. Las novedades podemos resumirlas, entre otras, en que se aumenta la exigencia de uno a dos indicios graves de responsabilidad como condición o requisito específico para imponer la medida de aseguramiento; desaparecen la caución tanto prendaria como la juratoria; desaparece la conminación; y desaparece la prohibición del salir del país. Igualmente, es en este nuevo código, de procedimiento penal, donde por primera vez se contempla una clara definición y delimitación del concepto *finés*, por primera vez se legisla sobre ellos que por demás venían brillando por su ausencia legal. Miremos entonces:

<i>Fines:</i>		Garantizar: i) La comparecencia del sindicado al proceso, y ii) la ejecución de la pena privativa de la libertad. Impedir: i) La fuga, ii) la continuación de su actividad delictual, y iii) las labores que emprenda para ocultar, destruir o deformar elementos probatorios importantes para la instrucción, o entorpecer la actividad probatoria.
<i>Clases:</i>		La detención preventiva, y la detención domiciliaria.
<i>Procedencia:</i>		La detención preventiva procede en los siguientes eventos: 1. Cuando el delito tenga prevista pena de prisión cuyo mínimo sea o exceda de cuatro (4) años. 2. Por los delitos de (...) –se enlistan alrededor de 20 delitos- 3. Cuando en contra del sindicado estuviere vigente sentencia condenatoria ejecutoriada por delito doloso o preterintencional que tenga pena de prisión. Esta causal sólo procederá en los casos en que la conducta punible tenga asignada pena privativa de la libertad. La detención domiciliaria procede para sustituir la detención preventiva. <i>Excepción:</i> No procederá la medida de aseguramiento cuando la prueba sea indicativa de que el imputado pudo haber actuado en cualquiera de las causales de ausencia de responsabilidad.
<i>Requisitos</i>	Generales:	No se refieren.
	Específicos:	La detención preventiva: Cuando aparezcan por lo menos dos indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso. Para la detención domiciliaria: Los mismos eventos y bajo las mismas condiciones consagradas para la pena sustitutiva de prisión domiciliaria.

Ya para el año 2004, surge un nuevo código de procedimiento penal que introduce el sistema penal acusatorio a través de la ley 906 de 2004, no deroga el sistema procesal penal de la ley 600 de 2000, sino que lo deja vigente para algunos escenarios y al respecto dice textualmente en su artículo 533 lo siguiente: “Derogatoria y vigencia. El presente código regirá para los delitos cometidos con posterioridad al 1º de enero del año 2005. Los casos de que trata el numeral 3º del artículo 235 de la constitución política continuarán su trámite por la ley 600 de 2000. Los artículos 531 y 532 del presente código, entrarán en vigencia a partir de su publicación.”⁵

En relación con las medidas de aseguramiento, el nuevo código de la ley 906 de 2004 en su artículo 307 establece las clases de medidas de aseguramiento y dentro de ellas se introduce, por primera vez en el ordenamiento jurídico colombiano, la vigilancia electrónica como una de ellas; en el artículo 308 se estatuyen requisitos, y en los artículos siguientes se regulan otros aspectos de las medidas de aseguramiento, definiendo qué se entiende por: obstrucción de la justicia, peligro para la comunidad, peligro para la víctima, no comparecencia y la procedencia de la detención preventiva etc. Otros artículos se refieren a la temática de las medidas de aseguramiento pero no será en este capítulo que se estudiarán.

Al igual que en la legislación anterior, la ley 906 de 2004 también utiliza el concepto de *medidas de aseguramiento*. No obstante, las novedades podemos resumirlas, entre otras, en que en este nuevo código de procedimiento penal, se crean nuevas medidas de aseguramiento para ajustar once en total; se desarrollan normativamente cada uno de los conceptos relacionados con las medidas de aseguramiento; se reemplaza la exigencia de los dos indicios por el de inferencia razonable; no hay inclusión de un listado de delitos en los cuales expresamente se

⁵ Los casos de que trata el numeral 3º del artículo 235 de la constitución nacional son los referidos a los procesos en contra de los congresistas que se llevan por parte de la corte suprema de justicia. He aquí el fundamento legal por el cual en Colombia coexisten varios códigos de procedimiento penal y uno de ellos es el estatuto procesal común de la ley 906 de 2004 que crea el sistema penal acusatorio que rige para la generalidad de las personas y otros como el de la ley 600 que se aplica, entre otros: i) A los congresistas en todo tiempo y, ii) para los delitos cometidos, por cualquier persona, con anterioridad al 01 de Enero de 2005.

dice que procede la imposición de la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva entre otros aspectos.

En cuanto a la verificación que se propone, lo dejaremos para un capítulo posterior y por tanto allí se aclararán los conceptos de: *Fines, clases, procedencia y requisitos*.

De todas formas, en el siguiente cuadro se puede apreciar un resumen de la evolución legislativa sobre medidas de aseguramiento. Se anuncian los códigos de procedimiento penal por años -se indica la norma general, sin perjuicio de los procesos penales especiales establecidos en otras normas-.

Año	Norma.	Clases de medidas de aseguramiento
1.931	Libro tercero del código judicial. Ley 105 de 1931.	
1.938	Ley 94 de 1938	Solamente la detención preventiva.
1.970	Decreto 1345 de 1970	i) La detención preventiva, pero también ii) la caución, y iii) las presentaciones periódicas. Estas dos últimas de forma conjunta en caso de no imponer la detención preventiva y existir un indicio grave en contra del procesado.
1.971	Decreto 409 de 1971	Igual a la normatividad anterior de manera general.
1.981	Decreto 181 de 1981	i) La privación de la libertad, ii) la caución y iii) la conminación. Esta última incluye: 1. Presentarse periódicamente, en las fechas que se le indiquen, ante el funcionario de investigación o el juez que llegue a conocer del asunto, 2. Observar buena conducta individual, familiar y social, 3. Abstenerse de consumir bebidas alcohólicas y cualquier sustancia que produzca dependencia física o psíquica, 4. Abstenerse de portar armas, 5. Ejercer oficio, profesión u ocupación lícitos, 6. Informar todo cambio de habitación.
1.982	Ley 2ª de 1982 y decreto 409 de 1971	Igual a las referidas al decreto 409 de 1971 que a la vez son iguales a las del decreto 1345 de 1970 y que ya se mencionaron en este cuadro.
1.987	Decreto 050 de 1987	i) La detención preventiva, ii) la caución juratoria o prendaria, y iii) la conminación con facultad del juez para imponer obligaciones a su arbitrio.
1.991	Decreto 2700 de 1991	i) La detención preventiva, ii) la detención domiciliaria, iii) la conminación, iv) la caución juratoria o prendaria –que es procedente como sumatoria de la detención domiciliaria-, y v) la prohibición de salir de país –que es procedente como sumatorias de la detención preventiva-.
2000	Ley 600 de 2000	i) La detención preventiva y, ii) la detención domiciliaria.
2004.	Ley 906 de 2004	En esta nueva normatividad procesal es donde más se estatuyen medidas de aseguramiento, 11 en total y se dividen en dos grupos así: A. Privativas de la libertad. 1) Detención preventiva en establecimiento de reclusión, y 2) detención preventiva en la residencia señalada por el imputado, siempre que esa ubicación no obstaculice el juzgamiento; B. No privativas de la libertad. 1) La obligación de someterse a un mecanismo de vigilancia electrónica, 2) La obligación de someterse a la vigilancia de una persona o institución determinada, 3) La obligación de presentarse periódicamente o cuando sea requerido ante el juez o ante la autoridad que él designe, 4) La obligación de observar buena conducta individual, familiar y social, con especificación de la misma y su relación con el hecho, 5) La prohibición de salir del país, del lugar en el cual reside o del ámbito territorial que fije el juez, 6) La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o lugares, 7) La prohibición de comunicarse con determinadas personas o con las víctimas, siempre que no se afecte el derecho a la defensa, 8) La prestación de una caución real adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, entrega de bienes o la fianza de una o más personas idóneas, y 9) La prohibición de salir del lugar de habitación entre las 6:00 p.m. y las 6:00 a.m.

Del anterior recorrido normativo podemos concluir, para el tema de esta investigación, que el concepto *medida de aseguramiento* sólo aparece con el código de procedimiento penal consagrado en el decreto 181 de 1981 y se va a

retomar y mantener así hasta la legislación actualmente vigente. No obstante, antes se consagraba materialmente aunque no se le asignara dicho nombre.

Así mismo, se extrae que la detención preventiva, en establecimiento de reclusión, ha tenido predominio en la regulación normativa de las medidas de aseguramiento. También encontramos que la detención preventiva ha sido una constante en todos los códigos de procedimiento penal que ha tenido Colombia en las últimas décadas, aunque en veces llevó nombres como detención o privación de la libertad.

Adicionalmente, un dato a tener en cuenta es que la inclusión de un listado de delitos en los cuales expresamente se indica que procede la imposición de la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, apareció por primera vez en el código de procedimiento penal expedido con el decreto 050 de 1987 y dicho listado desaparece en el último código de procedimiento penal actualmente vigente de la ley 906 de 2004.

Igualmente es importante anotar que la medida de aseguramiento, consistente en detención domiciliaria, sólo surge con el código de procedimiento penal expedido con el decreto 2700 de 1991 y dicha figura se mantendrá hasta nuestros días.

Así mismo, resulta relevante anotar que sólo a partir del código de procedimiento penal, de la ley 600 de 2000, es que se estatuye la necesidad de satisfacer unos *finés*, para la imposición de las medidas de aseguramiento.

Por último, ha de tenerse en cuenta que, en la ley 906 de 2004, se amplió de manera muy significativa el número de medidas de aseguramiento. En fin, es amplio el ramillete de análisis y conclusiones que se pueden extraer del anterior rastreo normativo, pero como nuestro objeto es el *mecanismo de vigilancia electrónica*, para las normas procesales en estudio, tenemos que este mecanismo se introduce en Colombia, como medida de aseguramiento, a partir de la ley 906

de 2004. En este código de procedimiento penal se dice que la medida consistente en *la obligación de someterse a un mecanismo de vigilancia electrónica*, es una medida de aseguramiento no privativa de la libertad. De esta medida se ocuparan los apartados siguientes.

3. *El mecanismo de vigilancia electrónica.*

3.1 *Tipologías, principales características técnicas, su ámbito de cubrimiento espacial y la regulación administrativa en Colombia.*

Para empezar, se puede afirmar que la vigilancia electrónica se ejerce a través de los monitores electrónicos y de estos, los más usados en el ámbito punitivo son los brazaletes que pueden colocarse en el pie o en la mano. Se trata de monitores que utilizan la línea del teléfono para el envío de los datos. Dentro de este sistema de monitoreo se distinguen dos formas básicas, a saber, una forma pasiva (programmed contact) y una activa (continuously signalling).⁶

Escobar Marulanda los describe así:

“La forma pasiva consiste fundamentalmente en un ordenador central que realiza, de forma indiscriminada y periódica, llamadas telefónicas al sitio en el que debe permanecer la persona sujeta a control. Esta persona está obligada a contestar la llamada y confirmar su identidad mediante un mensaje que está grabado en su brazaletes, el cual debe introducir en una caja especial para enviar la señal.

La forma activa consiste en un equipo conformado por tres piezas: un transmisor, un receptor y un ordenador central. El transmisor está ubicado

⁶ Gonzalo Escobar Marulanda, *Los monitores electrónicos (¿puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel?)*, en Cid Moliné, José / Larrauri Pijoan, Elena (Coordinadores), *Penas alternativas a la prisión*, Barcelona, Bosch Casa Editorial S.A., 1997, p. 202.

en un brazalete que se coloca en la muñeca o en el tobillo de la persona monitorizada y que envía constantemente señales, en una zona y una frecuencia determinadas a un receptor que está conectado a la línea de teléfonos (que no puede tener conectado un contestador automático o un aparato celular). El receptor está, a su vez, conectado con el ordenador central que recibe y archiva los datos y le advierte inmediatamente al operador si una persona está ausente durante el periodo de monitorización. Este sistema permite monitorizar a una persona en una zona determinada (la distancia dependerá de la cobertura del sistema) y durante todo el tiempo del monitoreo.”⁷

Es entonces claro que, para el caso de este monitoreo activo, “En este sistema el desarrollo de la telefonía celular y otras tecnologías marcarán las posibilidades futuras. En teoría, con la tecnología actual podría pensarse en el desarrollo de un transmisor (microchip) implantado en alguna parte del cuerpo de la persona monitorizada que emitiría las señales propias del cuerpo, y por tanto inimitables, al receptor central vía satélite. Esto eliminaría las barreras espaciales y permitiría que la persona monitorizada pueda desplazarse por cualquier parte. ...”⁸

Sobre las posibilidades, ventajas y desventajas de ambos sistemas, el citado autor explica:

“Los operadores del monitoreo consideran que el sistema pasivo, en relación con el activo, tiene entre sus desventajas que no permite ningún desplazamiento de la persona monitorizada, ya que exige fijar un lugar específico en el que debe permanecer el teléfono de la persona controlada, igualmente, no permite un monitoreo de forma continua ya que requiere que se haga en diferentes espacios de tiempo (llamadas telefónicas), determinados al azar; asimismo, se destaca un marcado carácter intrusivo,

⁷ *Ibíd.* p. 202

⁸ Pié de página 6 de la página 202 en Gonzalo Escobar Marulanda, *Los monitores electrónicos...*, op. cit.

no solo para la persona sometida al monitor sino también para las personas que conviven con ella, ya que todas tendrán que soportar las constantes llamadas a diferentes y frecuentes horas del día y de la noche; y por último, y esto ocurre también con el sistema activo, requiere una línea de teléfono permanentemente libre.”

Y además agrega:

“Con todo, las posibilidades técnicas permiten monitorizar no sólo a personas que deben permanecer en un determinado lugar durante un determinado período de tiempo, sino también monitorizar constantemente una persona que se desplaza libremente, sin límite espacial.”⁹

En esa misma dirección Morales nos brinda su clasificación, cuando refiriéndose a los tipos de aplicaciones tecnológicas utilizadas y respecto al tipo denominado “*radio frecuencia*” dice:

“Constituye la tecnología más utilizada a nivel comparado de monitoreo y se utiliza fundamentalmente para el control de las reclusiones domiciliarias.

Para su aplicación, el infractor debe portar todo el tiempo, ya sea en su muñeca o en el tobillo, un dispositivo con la forma de un brazalete, que no puede ser removido por él. Este dispositivo, que debe ser recargado periódicamente con batería, transmite señales de radio frecuencia dos o más veces por minuto, a una unidad de monitoreo localizada en el mismo domicilio.

La unidad de monitoreo es adjuntada a la línea telefónica, y es la encargada de recibir las señales de radio frecuencia emitidas por el brazalete. Ésta, a su vez, envía un mensaje a través de la línea telefónica a una computadora

⁹ *Ibíd.* p. 203.

central, ya sea cuando deja de recibir la radio frecuencia o cuando vuelve a recibirla. Dependiendo del lugar, algunos dispositivos pueden ser programados para detectar la presencia del sujeto en radios de 12 hasta 120 metros, en atención al tipo de equipamiento utilizado.”¹⁰

Ya en el escenario del tipo denominado *el “contacto programado”* se sostiene:

“Esta tecnología no supone que el sujeto porte un dispositivo, sino que sea contactado o deba reportarse telefónicamente. En concreto, supone la existencia de una computadora central que recibe llamadas telefónicas o efectúa llamadas al infractor en una o más locaciones. Estas llamadas pueden ser realizadas de manera aleatoria o en base a una agenda programada.

Existen distintas tecnologías que permiten verificar que es el infractor el que está dando respuesta al llamado, ya sea mediante la verificación de voz, la verificación a través de video, o la introducción de un dispositivo en el receptor que se encuentra en su domicilio.”¹¹

En cuanto al tipo denominado *“rastreo satelital”*, se dice:

“El rastreo satelital permite realizar un seguimiento de los traslados del infractor, y conocer su ubicación en tiempo casi real. La tecnología de rastreo satelital o GPS (*Global Positioning technologies*) fue originalmente diseñada para usos militares, sin embargo en la actualidad se utiliza para una serie de otras aplicaciones, incluyendo el seguimiento de vehículos de transporte.

¹⁰Ana María Morales, *Vigilancia en la modernidad tardía: El monitoreo telemático de infractores*, en revista electrónica política criminal, volumen 8, número 16, artículo 3, pp. 408-471, Chile, Universidad de Talca, 2013, p. 417.

¹¹ *Ibíd.* p. 418.

Este sistema, se compone de tres dispositivos básicos. Un *trasmisor* operado con baterías, con la forma de un brazalete, que usualmente es transportado en la muñeca o el tobillo; un *dispositivo de tracking*, similar a un teléfono celular, que tiene la función de conectarse con la red de satélites de GPS y con el computador central; y un *cargador de la batería* del dispositivo de tracking. Tanto el primer como el segundo dispositivo, deben ser transportados por el individuo permanente, mientras que el tercero debe permanecer en el hogar. El trasmisor emite una señal de radio frecuencia que es recibida por el dispositivo de tracking lo que permite verificar que ambos permanecen juntos. Lo anterior supone que la persona monitorizada que porta el trasmisor se encuentra, a un máximo de aproximadamente cinco metros del dispositivo de tracking. El trasmisor emite señal de radio dos o más veces por minuto, la que es recibida por el dispositivo de tracking. Este último contiene varios tipos de tecnología: un receptor de las señales del trasmisor, la señal de GPS, un computador, y circuitos de telefonía celular. El computador almacena la información sobre los movimientos del infractor y los circuitos de telefonía celular sirven para comunicar la información acerca de la ubicación del sujeto a la central de monitoreo.”¹²

Se nos ofrecen otros tipos como por ejemplo el de “*detección de alcohol*” a *distancia* y se describe de la siguiente forma:

“El equipo remoto de detección de alcohol, puede servir –dependiendo de la tecnología–, para indicar si un individuo ha consumido alcohol o para determinar el nivel de alcohol en la sangre que éste tuviere al momento de tomar la prueba.”¹³

¹² *Ibíd.* p. 419.

¹³ *Ibíd.*, p. 421.

Otro medio es el denominado “*detección a distancia del consumo de drogas*”, se explica de la siguiente forma:

“Al igual que en el caso anterior, para efectos del control del consumo de estupefacientes, se instalan en el domicilio dispositivos tendientes a medir la cantidad de estas sustancias en la orina del infractor, en los cuales éste debe verter una muestra. De la misma forma que los dispositivos anteriormente analizados, existen sistemas tecnológicos que permiten dar fidelidad acerca de la identidad del sujeto que está proveyendo la muestra. Posteriormente, esta información es enviada de manera telefónica.”¹⁴

Finalmente el medio denominado “*sistema de notificación/alerta a la víctima*”, se nos comparte de la siguiente manera:

“El sistema de notificación o alerta de la víctima es particularmente utilizado en la experiencia comparada, en casos de violencia intrafamiliar, para efectos de controlar las condiciones de alejamiento impuestas a un imputado o condenado por delitos de esa naturaleza. Para llevarla a cabo, es posible la utilización de tecnología de control a través de la radio frecuencia o del mecanismo de rastreo satelital, la que es usada tanto en el infractor como en la víctima, mediante lo que se ha denominado sistema de monitoreo electrónico “bilateral”. ”¹⁵

Ya en otro escenario, el de la regulación administrativa en Colombia, este mecanismo de vigilancia electrónica ha merecido regulación en la siguiente forma:

El decreto nacional 2636 de 2004 desarrolló, en parte, el acto legislativo número 03 de 2002, aquí se introdujeron algunas reformas al código penitenciario y carcelario –ley 65 de 1993-. Este decreto fue el que le asignó al instituto nacional

¹⁴ *Ibíd.* p., 422.

¹⁵ *Ibíd.*, p. 423.

penitenciario y carcelario (I.N.P.E.C.), en el artículo 3° que modificó el artículo 14 de la ley 65 de 1993, el control de las medidas de aseguramiento y del mecanismo de seguridad electrónica. Además adicionó, mediante el artículo 9°, el artículo 29B al código penitenciario o ley 65 de 1993 y en el cual incorporó la seguridad electrónica como pena sustitutiva de prisión.

Otra norma es el decreto nacional 177 de 2008. En esta oportunidad se reglamentaron los artículos 27 y 50 de la ley 1142 de 2007. Lo relevante de esta norma es que introduce autónomamente el sistema de vigilancia electrónica como pena sustitutiva de la pena de prisión en unos supuestos diferentes a los del decreto anterior. Igualmente, es relevante por cuanto es el primero que habla de las modalidades del mecanismo de vigilancia electrónica así:

“Artículo 3°. Modalidades. Son mecanismos de vigilancia electrónica como sustitutivos de la pena de prisión o de la detención preventiva, el seguimiento pasivo RF, el seguimiento activo GPS y el reconocimiento de voz.”.

Seguidamente los define cada uno de ellos así:

“Artículo 4°. Seguimiento pasivo RF. -Modificado por el art. 3, decreto nacional 1316 de 2009-. Es el sistema de vigilancia electrónica sustitutivo de la pena de prisión o de la detención preventiva, a través del cual se instala un dispositivo consistente en un brazalete o una tobillera en el cuerpo del condenado o sindicado, con su consentimiento, el cual se transmite a una unidad receptora, la que a su vez se encuentra conectada a una línea telefónica convencional.”.

“Artículo 5°. Seguimiento activo - GPS. -Modificado por el art. 4, decreto nacional 1316 de 2009-. Es el sistema de vigilancia electrónica sustitutivo de la pena de prisión o de la detención preventiva, a través del cual se instala un dispositivo consistente en un brazalete o una tobillera en el cuerpo del condenado o sindicado, con su consentimiento, el cual llevará

incorporada una unidad GPS (Sistema de Posicionamiento Global), la cual transmitirá la ubicación del condenado o del sindicado, indicando si ha llegado a zonas de exclusión. Cuando el beneficiario del dispositivo llegue al lugar establecido para la ejecución de la pena, la información que así lo indique será transmitida al centro de monitoreo, sin que durante el transcurso del día se haya perdido la transmisión inherente al sistema de vigilancia electrónica. Dicha comunicación se llevará a cabo vía telefónica móvil o fija.”.

“Artículo 6°. Reconocimiento de voz. Es el sistema de vigilancia electrónica sustitutivo de la pena de prisión o de la detención preventiva, a través del cual se lleva a cabo una llamada al lugar de residencia del condenado o sindicado, y autentica su identidad comparando su voz contra una impresión de voz previa tomada durante el proceso de registro.”.

A su turno, otra norma es el decreto nacional 1316 de 2009, por el cual se modifica el decreto 177 de enero 24 de 2008, se reglamenta el artículo 31 de la ley 1142 de 2007 y se adoptan otras disposiciones.

Otra norma administrativa es el decreto nacional 3336 de 2008, por el cual se modifica el decreto 177 del 24 de enero de 2008, que entre otras cosas modificó el régimen de implementación del mecanismo de vigilancia electrónica, en la siguiente forma:

“Artículo 2°. Modificar el artículo noveno 9° del decreto 177 de 2008, el cual quedará así: "Artículo 9°. Implementación. Los sistemas de vigilancia electrónica se implementarán en el distrito judicial de Bogotá, iniciando con un plan piloto que se desarrollará entre el 1° de diciembre de 2008 y el 31 de diciembre de 2010.

El Ministerio del Interior y de Justicia evaluará los resultados del plan piloto y definirá la continuidad del sistema en los demás distritos judiciales, previa viabilidad técnica y presupuestal del Gobierno Nacional”.

3.2 *Su autonomía como pena y como medida de aseguramiento.*

3.2.1 *Su autonomía como pena.*

La vigilancia electrónica es utilizada como pena y como medida de aseguramiento, Colombia no es ajena a esta doble función de este mecanismo tal y como se observó en la regulación administrativa acaba de relacionar, pero en esta oportunidad haremos un rastreo de las penas que en los últimos años se han establecido en la legislación penal común¹⁶, ello para demostrar que la vigilancia electrónica tiene asiento como pena, mostrar desde cuándo y en qué forma. Procedamos al encuentro normativo al respecto así:

Conviene en principio recordar que: “Luego de la independencia, alcanzada para el año 1810, durante un largo periodo subsiguiente, siguió rigiendo en parte la legislación penal española en la Nueva Granada. ...”¹⁷ y en este orden, se tiene que “... El primer código penal de la época de la República fue dictado en el año 1837. A dicho estatuto lo sucedió el código penal de 1873 de la Federación de Estados, (...) Consecuencia obvia de lo anterior es que el nuevo modelo político de corte republicano trajo consigo la necesidad de un nuevo código penal, mismo que fue expedido en el año 1890...” (...)”¹⁸

Este último código penal tuvo larga duración por cuanto “...rigió los destinos del país hasta el año 1938, cuando entró en vigencia el Código Penal de 1936, aprobado por la ley 95 de este último año.”¹⁹ Se tiene luego que, después de la labor encomendada por el gobierno, una comisión de juristas elaboró un

¹⁶ Al respecto es necesario tener en cuenta que al igual que los código de procedimiento penal, coexisten varios códigos penales en donde pueden establecerse conductas penales y penas a imponer, uno de los cuales es el código penal común a todas las personas regulado por la ley 599 de 2000, pero coexisten otros aplicables a otras personas v.gr. el código penal militar entre otros.

¹⁷ Diego, Araque Moreno, *Introducción al Derecho Penal*, Bogotá D.C., Ibañez, 2014, p. 163.

¹⁸ *Ibíd.* p. 165.

¹⁹ *Ibíd.* p. 166.

anteproyecto para un nuevo código penal. “Pero este último no fue aprobado por el Congreso, quien delegó dicha facultad en el ejecutivo, expidiéndose así el decreto 100 de 1980 que rigió en materia penal hasta el 24 de julio de 2001, cuando entró a regir el código penal actualmente vigente, valga precisar, la ley 599 de 2000.”²⁰

En síntesis, se tiene que desde los inicios de la República, Colombia ha tenido los siguientes códigos penales: i) El de 1837, ii) el de 1873, iii) el de 1890, iv) el de la ley 95 de 1936, v) el del decreto Ley 100 de 1980 y, vi) el actual código penal de la ley 599 de 2000.

Por lo anterior, y dado que estamos dando la mirada desde el año 1936 en adelante, como lo hicimos atrás con las medidas de aseguramiento, traeremos a este trabajo la consagración normativa de los códigos penales de 1936 mediante la ley 95 de ese año, el de 1980 con el decreto-ley 100 de esa anualidad y el del año 2000 mediante la Ley 599 de ese calendario.

Así las cosas, el código penal de 1936, adoptado mediante ley 95 del 24 de abril de 1936, en su título II denominado “sanciones”, más concretamente en sus artículos 41 y siguientes, regulaba todo lo relacionado con las penas. En este artículo 41, perteneciente al capítulo primero denominado “penas”, se regulaba lo referente a éstas para los mayores de diez y ocho años y el artículo 45 regulaba su duración y se estableció que las penas eran: i) El presidio - de uno a veinticuatro años-, ii) la prisión - de seis meses a ocho años-, iii) el arresto -de un día a cinco años-, iv) el confinamiento - de tres meses a tres años - y, v) la multa.

Acto seguido el artículo 42, de esta normativa, regulaba las penas accesorias con vocación de imponerse incluso como principales y en concordancia con el artículo 45, ya mencionado, se sostenía que eran penas accesorias cuando no se establecieran como principales las siguientes: i) La prohibición de residir en

²⁰ *Ibíd.* p. 167.

determinado lugar -de tres meses a cinco años-, ii) la publicación especial de la sentencia, iii) la interdicción de derechos y funciones públicas -de uno a diez años cuando no se establezca como perpetua-, iv) la prohibición o suspensión del ejercicio de un arte o profesión -de diez días a cuatro años cuando no se establezca como perpetua-, v) la pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial, vi) la caución de buena conducta -de uno a cinco años-, vii) la relegación a las colonias agrícolas penales -de uno a veinte años-, viii) la pérdida o suspensión de la patria potestad -de uno a cinco años- y, ix) la expulsión del territorio nacional, para los extranjeros.

Por su parte, el artículo 43 indicaba que las penas de presidio, prisión o arresto se cumplirían en todo caso bajo un régimen de aislamiento durante la noche y de trabajo industrial o agrícola durante el día. En los artículos 46 a 57 se regulaba lo referente a la pena de presidio, la de prisión, la de arresto, el confinamiento, la publicación especial de la sentencia, la caución de buena conducta, la interdicción de derechos y funciones públicas, y la relegación a las colonias penales, respectivamente. De resaltar por ejemplo que, para éste último caso, el penado podía residir en la colonia con su familia. Finalmente, en los artículos 58 a 60 se regulaban otros aspectos de las penas.

Se desprende de, esta normatividad, que existían dos grupos de penas que eran las principales y las accesorias, pudiendo estas últimas imponerse también como principales. Ahora, resulta relevante, para los efectos de la presente investigación, destacar que en la normatividad reseñada no aparecía la vigilancia electrónica como posible pena.

Ya para el código de 1980, decreto-ley 100 de ese año, en el capítulo I, denominado: “De las penas”, se regulaba lo referido a las penas principales en el artículo 41 y en el artículo 44 y 59 lo relativo a la duración de todas las penas.

EL artículo 42 se refería a las “penas accesorias” con vocación de ser penas principales, así:

“Son penas accesorias, cuando no se establezcan como principales, las siguientes: “... i) La restricción domiciliaria - hasta cinco (5) años-, ii) la pérdida del empleo público u oficial, iii) la interdicción de derechos y funciones públicas -hasta diez (10) años-, iv) la prohibición del ejercicio de un arte, profesión u oficio, industria o comercio - hasta cinco (5) años-, v) la suspensión de la patria potestad, -hasta quince (15) años- vi) la expulsión del territorio nacional para los extranjeros, y vii) la prohibición de consumir bebidas alcohólicas –hasta por tres (3) años-.”

Los artículos 45 a 49 regulaban todo lo relacionado con la prisión, el arresto y la multa y los artículos 50, 51, 57, 58, 59, y 59A, se ocupaban de lo relacionado con la interdicción de derechos y funciones públicas, la pérdida del empleo público u oficial, la restricción domiciliaria, la prohibición del ejercicio de una industria, comercio, arte, profesión u oficio, la de consumir bebidas alcohólicas, y la inhabilidad para el desempeño de funciones públicas, respectivamente. Tampoco aflora por parte alguna, en este código penal, la vigilancia electrónica como pena.

Ya en el actual código penal, ley 599 de 2000, en el artículo 34 se establece:

“Las penas que se pueden imponer con arreglo a éste código son principales, sustitutivas y accesorias privativas de otros derechos cuando no obren como principales.”

A continuación se regula, en el artículo 35, lo relacionado con las penas principales, así:

“Son penas principales la privativa de la libertad de prisión, la pecuniaria de multa y las demás privativas de otros derechos que como tal se consagren en la parte especial.”.

Seguidamente se regula lo relacionado con las penas sustitutivas, estatuyéndose que la prisión domiciliaria es sustitutiva de la pena de prisión y el arresto de fin de semana, convertible en arresto ininterrumpido, es sustitutivo de la multa.

Los artículos 39 a 42 regulan todo el asunto de la pena de multa, indicándose que es autónoma, o sea que puede imponerse como pena individualmente considerada o como acompañante de la pena de prisión; además regula sus clases y ordenan que, en una de sus modalidades, ha de tenerse en cuenta los grados, el valor de la unidad multa y los ingresos del penado; se fijan los parámetros para la conversión de la multa en arrestos progresivos, entre otros aspectos.

El artículo 43 refiere las penas privativas de otros derechos, indicando que tienen esta calidad las siguientes: 1. La inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, 2. La pérdida del empleo o cargo público, 3. La inhabilitación para el ejercicio de profesión, arte, oficio, industria o comercio, 4. La inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela y curaduría, 5. La privación del derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas, 6. La privación del derecho a la tenencia y porte de arma, 7. La privación del derecho a residir en determinados lugares o de acudir a ellos, 8. La prohibición de consumir bebidas alcohólicas o sustancias estupefacientes o psicotrópicas, 9. La expulsión del territorio nacional para los extranjeros, 10. La prohibición de aproximarse a la víctima y/o a integrantes de su grupo familiar, y 11. La prohibición de comunicarse con la víctima y/o con integrantes de su grupo familiar.

Los artículos 44 a 51 siguientes, regulan aspectos de estas penas privativas de otros derechos entre otros su duración y consistencia.

En este orden, si la norma en principio habla de penas principales, accesorias y sustitutivas, ¿cuáles son pues las penas sustitutivas, si la norma antecedente dice que estas penas privativas de otros derechos son principales?, pues bien, en este código se conserva la línea de entender que las penas accesorias pueden oficiar

como principales acompañantes de otras principales, pero acontece que en esta codificación se hace a la inversa, esto es, no es que primero se establezcan las penas accesorias y a éstas se les dote de facultad para operar como principales, aquí se hace al contrario así: Se establece un catálogo de penas principales y a un grupo de ellas –penas privativas de otros derechos como se verá- se les caracteriza como accesorias. Veamos:

El artículo 52 aclara este aspecto cuando sostiene, entre otras cosas, que:

“Las penas privativas de otros derechos, que pueden imponerse como principales, serán accesorias y las impondrá el juez cuando tengan relación directa con la realización de la conducta punible, por haber abusado de ellos o haber facilitado su comisión, o cuando la restricción del derecho contribuya a la prevención de conductas similares a la que fue objeto de condena. ...”.

Por su parte, el artículo 53 regula lo relacionado con el cumplimiento de las penas accesorias y hasta ahí lo pertinente a las clases de penas. El siguiente cuadro ilustra y resume el recorrido anterior así:

Penas en los códigos penales desde 1936		
Código Penal	Clases de penas establecidas.	
Ley 95 de 1936. (Arts. 41 a 60)	Principales	I) Principales Propiamente dichas: i) El Presidio, ii) la Prisión, iii) el Arresto, iv) el confinamiento, y v) la multa. II) Las accesorias: Que pueden imponerse como principales.
	Accesorias	i) La prohibición de residir en determinado lugar, ii) la publicación especial de la sentencia, iii) la interdicción de derechos o funciones públicas, iv) la prohibición o suspensión del ejercicio de un arte o profesión, v) la pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial, vi) la caución de buena conducta, vii) la relegación a las colonias agrícolas penales, viii) la pérdida o suspensión de la patria potestad y, ix) la expulsión del territorio nacional, para los extranjeros.
Decreto Ley 100 de 1980. (Arts. 41 a 59A)	Principales	I) Las principales propiamente dichas: i) La Prisión, ii) el Arresto, y iii) la Multa. II) Las accesorias: Que pueden imponerse como principales.
	Accesorias	i) La Restricción domiciliaria, ii) la pérdida del empleo público u oficial, iii) la interdicción de derechos y funciones públicas, iv) la prohibición del ejercicio de un arte, profesión u oficio, industria o comercio, v) la suspensión de la patria potestad, vi) la expulsión del territorio nacional para los extranjeros, y vii) la prohibición de consumir bebidas alcohólicas.
Ley 599 de 2000. (Arts. 34 a 53)	Principales	i) La pena privativa de la libertad de prisión, ii) la pecuniaria de multa, y iii) las demás privativas de otros derechos que como tal se consagren en la parte especial.
	Sustitutivas	i) La prisión domiciliaria es sustitutiva de la pena de prisión y, ii) el arresto de fin de semana convertible en arresto ininterrumpido es sustitutivo de la multa.
	Accesorias	Las privativas de otros derechos así: 1. La inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, 2. La pérdida del empleo o cargo público, 3. La inhabilitación para el ejercicio de profesión, arte, oficio, industria o comercio, 4. La inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela y curaduría, 5. La privación del derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas, 6. La privación del derecho a la tenencia y porte de arma, 7. La privación del derecho a residir en determinados lugares o de acudir a ellos, 8. La prohibición de consumir bebidas alcohólicas o sustancias estupefacientes o psicotrópicas, 9. La expulsión del territorio nacional para los extranjeros, 10. La prohibición de aproximarse a la víctima y/o a integrantes de su grupo familiar, y 11. La prohibición de comunicarse con la víctima y/o con integrantes de su grupo familiar

De lo anterior se puede concluir y destacar que, en principio, no figura la vigilancia electrónica como pena de ninguna naturaleza, ni como principal, ni como sustitutiva y tampoco como accesoria. Así entonces, si lo anterior es cierto, como en efecto lo es, entonces: ¿De dónde surge la idea de que la vigilancia electrónica tiene el carácter de pena? Este interrogante es nada más que obvio por cuanto la

afirmación de que la vigilancia electrónica puede llegar a ser una pena, genera de lógica de haberla encontrado enlistada en las normas que establecen las penas, pero ésta no apareció por parte alguna.

Ahora, no es que hayamos afirmado algo que no sea cierto, lo que ocurre es que originalmente el código penal de la ley 599 de 2000 no reguló la vigilancia electrónica como una forma de pena autónoma y fue una posterior modificación a dicho código, a través de la ley 1142 de 2007, que introdujo los sistemas de vigilancia electrónica como pena sustitutiva de la pena de prisión, la modificación consistió en adicionar el artículo 38A²¹ creando en dicho artículo la vigilancia electrónica como pena.

Esta norma mereció pronunciamiento de constitucionalidad²², en donde se declaró condicionalmente exequible en el entendido que en caso de demostrarse, ante el

²¹ El texto original del artículo 38A era del siguiente tenor literal: “Artículo 38A. El Juez de ejecución de penas y medidas de seguridad podrá ordenar la utilización de sistemas de vigilancia electrónica durante la ejecución de la pena, como sustitutivos de la prisión, siempre que concurran los siguientes presupuestos: 1. Que la pena impuesta en la sentencia no supere los ocho (8) años de prisión, excepto si se trata de delitos de genocidio, contra el Derecho Internacional Humanitario, desaparición forzada, secuestro extorsivo, tortura, desplazamiento forzado, tráfico de migrantes, trata de personas, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, extorsión, concierto para delinquir agravado, lavado de activos, terrorismo, financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas y delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes. 2. Que la persona no haya sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores. 3. Que el desempeño personal, laboral, familiar o social del condenado permita al Juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena. 4. Que se realice el pago total de la multa. 5. Que sean reparados los daños ocasionados con el delito dentro del término que fije el Juez. 6. Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones, las cuales deberán constar en un acta de compromiso: a) Observar buena conducta; b) No incurrir en delito o contravención mientras dure la ejecución de la pena; c) Cumplir con las restricciones a la libertad de locomoción que implique la medida; d) Comparecer ante quien vigile el cumplimiento de la ejecución de la pena cuando fuere requerido para ello. El incumplimiento de las obligaciones impuestas en el acta de compromiso dará lugar a la revocatoria de la medida sustitutiva por parte del Juez de ejecución de penas y medidas de seguridad.

PARÁGRAFO. Los sistemas de vigilancia electrónica como sustitutivos de la prisión se implementarán gradualmente, dentro de los límites de la respectiva apropiación presupuestal. La gradualidad en la implementación de los sistemas de vigilancia electrónica será establecida por el Ministerio del Interior y de Justicia. Este artículo será reglamentado por el Gobierno Nacional para garantizar las apropiaciones del gasto que se requieran para la implementación del citado sistema de vigilancia electrónica dentro de los 60 días siguientes a su sanción.

²² Corte Constitucional, sentencia C-185 del 16 de marzo de 2011, MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, la insolvencia actual del condenado, el no pago previo de la multa no impedirá la concesión del sustitutivo de la vigilancia electrónica.

Posteriormente, este artículo fue modificado por el artículo 3º de la Ley 1453 de 2011, manteniéndose en esencia, su ámbito de aplicación y requisitos.²³

²³Artículo 38A. Modificado por el artículo 3º de la ley 1453 de 2011. El nuevo texto es el siguiente: El Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad podrá ordenar la utilización de sistemas de vigilancia electrónica durante la ejecución de la pena, como sustitutivos de la prisión, siempre que concurren los siguientes presupuestos: 1. Que la pena impuesta en la sentencia no supere los ocho (8) años de prisión. 2. Que la pena impuesta no sea por delitos de genocidio, contra el Derecho Internacional Humanitario, desaparición forzada, secuestro extorsivo, tortura, desplazamiento forzado, tráfico de menores de edad, uso de menores de edad para la comisión de delitos, tráfico de migrantes, trata de personas, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, extorsión, concierto para delinquir agravado, lavado de activos, terrorismo, usurpación y abuso de funciones públicas con fines terroristas, financiación del terrorismo y de actividades de delincuencia organizada, administración de recursos con actividades terroristas y de delincuencia organizada, financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego, municiones o explosivos y delitos contra la administración pública, salvo delitos culposos. 3. Que la persona no haya sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores. 4. Que el desempeño personal, laboral, familiar o social del condenado permita al Juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena. <Inciso adicionado por el artículo 4 de la Ley 1542 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Para la verificación del cumplimiento de este presupuesto, en los delitos de violencia intrafamiliar, la decisión del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad deberá ser precedida de un concepto técnico favorable de un equipo interdisciplinario de medicina legal. 5. Que se realice o asegure el pago de la multa mediante garantía personal, prendaria, bancaria o mediante acuerdo, salvo cuando se demuestre que está en incapacidad material de hacerlo teniendo en cuenta sus recursos económicos y obligaciones familiares. 6. Que sean reparados los daños ocasionados con el delito dentro del término que fije el Juez o se asegure su pago mediante garantía personal, prendaria*, bancaria o mediante acuerdo, salvo cuando se demuestre que está en incapacidad material de hacerlo teniendo en cuenta sus recursos económicos y obligaciones familiares. 7. Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones, las cuales deberán constar en un acta de compromiso: a) Observar buena conducta; b) No incurrir en delito o contravención mientras dure la ejecución de la pena; c) Cumplir con las restricciones a la libertad de locomoción que implique la medida; d) Comparecer ante quien vigile el cumplimiento de la ejecución de la pena cuando fuere requerido para ello. El incumplimiento de las obligaciones impuestas en el acta de compromiso dará lugar a la revocatoria de la medida sustitutiva por parte del Juez de ejecución de penas y medidas de seguridad. 8. Que el condenado no se haya beneficiado, en una anterior oportunidad, de la medida sustitutiva de pena privativa de la libertad.

PARÁGRAFO 1o. El juez al momento de ordenar la sustitución deberá tener en cuenta el núcleo familiar de la persona y el lugar de residencia.

PARÁGRAFO 2o. La persona sometida a vigilancia electrónica podrá solicitar la redención de pena por trabajo o educación ante el Juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, de acuerdo a lo señalado en el Código Penitenciario y Carcelario.

Según lo anterior, una vez cumplidos los requisitos era procedente la sustitución de la pena de prisión por la de vigilancia electrónica, tornándose así este mecanismo sustitutivo en una nueva forma autónoma de pena en el sentido de que no depende de otra para su ejecución. Al reemplazar o, en términos del legislador, al sustituir la pena de prisión por la vigilancia electrónica, la nueva pena sustituta entra a ocupar el lugar de la otra pena y eso es autonomía.

No obstante, siete años después –contados desde el 2007 cuando se adicionó el artículo 38A y que trajo consigo la vigilancia electrónica como pena- este artículo 38A fue expresamente derogado mediante la ley 1709 de 2014 que en su artículo 107 dijo textualmente, entre otras cosas, lo siguiente:

“Deróguese el artículo 38A de la Ley 599 de 2000 modificado por el artículo 3º de la Ley 1453 de 2011.”

De esta forma, en apariencia, habría desaparecido la vigilancia electrónica como pena sustitutiva y por ende como pena autónoma, pero dicha desaparición podría ser tan solo aparente, ello dado que si se hace una interpretación sistemática con el código penitenciario actualmente vigente, encontramos lo siguiente: El código penitenciario y carcelario²⁴, en el artículo 29B establece que la vigilancia electrónica tiene el carácter de pena sustitutiva de la pena de prisión. En efecto, este artículo

PARÁGRAFO 3o. Quienes se encuentren en detención preventiva en establecimiento carcelario bajo el régimen de la Ley 600 de 2000 podrán ser destinatarios de los sistemas de vigilancia electrónica, previo cumplimiento de los presupuestos establecidos en el artículo 314 de la Ley 906 de 2004.

PARÁGRAFO 4o. El Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, suministrará la información de las personas cobijadas con esta medida a la Policía Nacional, mediante el sistema de información que se acuerde entre estas entidades, dentro de los seis meses siguientes a la expedición de esta ley.

Este artículo será reglamentado por el Gobierno Nacional para garantizar las apropiaciones del gasto que se requieran para la implementación del citado sistema de vigilancia electrónica dentro de los 60 días siguientes a su sanción.

²⁴ El código penitenciario y carcelario vigente, en la actualidad, es el de la ley 65 de 1993 que ha sido modificado en varias oportunidades la última de las cuales se produjo con la ley 1709 de 2014.

fue adicionado por el artículo 9 del decreto 2636 de 2004, como ya se dijo, y que prescribe:

“En los delitos cuya pena impuesta no supere los cuatro años de prisión, respecto de los que no proceda la prisión domiciliaria; el juez de ejecución de penas, podrá sustituir la pena de prisión por la de vigilancia a través de mecanismos de seguridad electrónica, previa solicitud del condenado, si se cumplen adicionalmente los siguientes requisitos:

1. Que el condenado no tenga otros antecedentes penales, salvo que se trate de delitos culposos o con pena no privativa de la libertad.
2. Que el condenado suscriba un acta de compromiso, prestando una caución que garantice el cumplimiento de las restricciones a la libertad de locomoción que implique la medida.
3. Que el condenado repare los perjuicios ocasionados a la víctima de la conducta punible, cuando estos hayan sido tasados en la respectiva sentencia condenatoria, salvo que se demuestre la incapacidad material de hacerlo.
4. El incumplimiento de las obligaciones impuestas en el acta de compromiso dará lugar a la revocatoria de la medida por parte del Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

Parágrafo 1º. Cuando se trate de una conducta punible que admita la extinción de la acción penal por indemnización integral, conciliación o desistimiento y se repare integralmente el daño con posterioridad a la condena, no procederá el mecanismo de seguridad electrónica sino la libertad inmediata.

Parágrafo 2º. La duración de la medida no podrá superar el término de la pena privativa de la libertad impuesto en la sentencia, o el que falte para su cumplimiento.

Cuando el condenado no pueda sufragar el costo del mecanismo de seguridad electrónica que le sustituirá la pena privativa de la libertad, el Estado dentro de sus límites presupuestales lo hará.

El mecanismo de seguridad electrónica se aplicará de manera gradual en los Distritos Judiciales conforme a lo dispuesto en el artículo 530 del Código de Procedimiento Penal dentro de los límites de las respectivas apropiaciones presupuestales.

Parágrafo 3°. El mecanismo de seguridad electrónica previsto en este artículo no se aplicará respecto de las conductas punibles que atenten contra la libertad, integridad y formación sexuales, eficaz y recta impartición de justicia y libertad individual.”

Como puede colegirse, la vigilancia electrónica como pena surge desde el año 2004 fruto de una modificación al código penitenciario –ley 65 de 1993- en la que mediante el artículo 9 del decreto 2636 de 2004 se adicionó el artículo 29B. Luego, mediante una modificación al código penal de la ley 599 de 2000, modificación que se concretó mediante la ley 1142 de 2007 que adicionó el artículo 38A al mencionado código penal y que trae una nueva forma para utilizar la vigilancia electrónica como pena.

Con ambas normas lo que ocurría era que se le abría la posibilidad al juez, de ejecución de penas, para que de manera autónoma pudiera, si se deban los correspondientes requisitos, ordenar la vigilancia electrónica como sustitución de la pena de prisión.

Ambas normas estaban vigentes y coexistiendo y regulaban el mismo tema pero de manera diferente o para escenarios o eventos diferentes, esto es, regulaban la facultad del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad para que sustituyera la pena de prisión por la vigilancia electrónica así: El código penal en su artículo 38A -hoy derogado-, hablaba de pena impuesta no superior a 8 años

de prisión y otros requisitos adicionales. El código penitenciario en su artículo 29B –en nuestro concepto todavía vigente- habla de pena impuesta no superior a 4 años de prisión y otros requisitos adicionales diferentes a los requisitos adicionales del código penal. O sea, ambos ordenamientos o normatividades estatúan la figura de la vigilancia electrónica como pena con requisito de quantum de la pena y otros requisitos adicionales, pero sendos requisitos diferentes en ambas normatividades, se insiste pues, la regulación era del mismo tema pero de forma diferente y para escenarios diferentes.

En suma, antes de ser derogado el artículo 38A del código penal una persona condenada, a pena de prisión, tenía dos posibilidades de que se le sustituyera la pena de prisión por vigilancia electrónica. La primera posibilidad era por la vía del código penitenciario si su pena no superaba los 4 años de prisión y cumplía los demás requisitos adicionales. La segunda posibilidad era por la vía del código penal si la pena superaba los 4 años de prisión pero no los 8 años y cumplía los demás requisitos adicionales. Se podía incluso, en caso de que la pena fuera menor de ocho años y a la vez menor de cuatro años, aplicar cualquiera de las dos normas escogiendo, como es obvio, los requisitos adicionales que pudiera cumplir más fácil el penado, que en ambos casos eran diferentes tanto en el requisito de tiempo como en los demás requisitos como ya se dijo.

Ahora, con la derogatoria de forma expresa del artículo 38A del código penal, nada dijo esta nueva ley respecto al artículo 29B del código penitenciario –ley 65 de 1993- y por tanto pareciera que no lo derogaba. Recuérdese en cambio, que al respecto sólo se dijo en la reciente ley 1709 de 2014 en su artículo 107 textualmente, entre otras cosas, lo siguiente:

“Deróguese el artículo 38A de la Ley 599 de 2000 modificado por el artículo 3º de la Ley 1453 de 2011.”

Entonces, no resulta fácil concluir que haya desaparecido la vigilancia electrónica como mecanismo autónomo en calidad de pena sustitutiva. Sólo se derogó una de las posibilidades de ese mecanismo y desde esta perspectiva entonces podría aun tener asidero como pena autónoma, en calidad de sustitutiva de la pena de prisión en nuestro ordenamiento jurídico penal.

No obstante lo anterior, queda la inquietud acerca de la vigencia del artículo 29B del código penitenciario y carcelario dado que podría decirse que el adicionado artículo 38A del código penal, ya referido, habría derogado el artículo 29B del código penitenciario y carcelario de forma tácita o por regulación integral en atención a la ley 153 de 1887 que en su artículo 3º sostiene:

“Estimase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regula íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería.”

Sin embargo, este es un aspecto de hermenéutica jurídica que escapa al objeto de este trabajo y queda como una inquietud para un futuro análisis en otro trabajo, pero no obstante no sobra anotar que somos del pensar, como ya lo dijimos, que la vigilancia electrónica está vigente, en Colombia, como pena sustituta de la prisión y que su fundamento normativo se encuentra intacto en el artículo 29B de la ley 65 de 1993- código penitenciario y carcelario-, artículo que fue adicionado por el artículo 9 del decreto 2636 de 2004. Además no sobra aclarar que ese decreto 2636 fue expedido por el Presidente de la República en virtud de facultades extraordinarias que le confirió el inciso 2º del artículo 4º transitorio del acto legislativo 03 del 19 de diciembre de 2002; entonces dicho decreto 2636 tiene fuerza material de ley por ser un decreto dictado en virtud de acto legislativo y en eso ya hasta la Corte Constitucional se ha pronunciado²⁵.

²⁵ Entre otras, ver la sentencia C-461 de 2011, Magistrado Ponente Juan Carlos Henao Pérez.

Las facultades de las que hizo uso el presidente estaban consagradas, como ya se dijo, en el inciso 2° del artículo 4° transitorio del acto legislativo 03 del 19 de diciembre de 2002, y estaban consagradas literalmente así:

“(…)

El Congreso de la República dispondrá hasta el 20 de junio de 2004 para expedir las leyes correspondientes. Si no lo hiciere dentro de este plazo, se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias, por el término de dos meses para que profiera las normas legales necesarias al nuevo sistema. Para este fin podrá expedir, modificar o adicionar los cuerpos normativos correspondientes incluidos en la ley estatutaria de la administración de justicia, la ley estatutaria de habeas corpus, los Código Penal, de Procedimiento Penal y Penitenciario y el Estatuto Orgánico de la Fiscalía.

(…)”

Argumentos que adicionalmente pueden servir para sostener la vigencia de la vigilancia electrónica como pena, consagrada en el artículo 29B de la ley 65 de 1993 o código penitenciario y carcelario, pueden ser por ejemplo el principio de favorabilidad penal consagrado en la Constitución Nacional en el artículo 29 en los siguientes términos: “... En materia penal, la ley permisiva o favorable... ...,se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.”.

Igualmente principios como el de *la libertad*, consagrado en el artículo 2° de nuestro código de procedimiento penal de la ley 906 de 2004, que por demás es una norma rectora y por tanto norma superior a la ley según el artículo 26 de esa misma codificación que estatuye:

“...Las normas rectoras son obligatorias y prevalecen sobre cualquier otra disposición de este código. Serán utilizadas como fundamento de interpretación.”

Adicionalmente, “Existe todavía otro argumento fuerte de derecho positivo para sustentar el valor preeminente de las normas rectoras. Él se refiere a que todas ellas ostentan raigambre supra-legal, ya que son reiteración o desarrollo de cánones constitucionales e internacionales positivos y tienen por ende un valor superior al de las simples leyes...”²⁶

Pero también puede sumarse a lo anterior, los principios legales de la *excepcionalidad de la privación o restricción de la libertad*, el principio de la *interpretación restrictiva* y de *aplicación necesaria, adecuada, proporcional y razonable*, consagrados en el artículo 295 de la ley 906 de 2004.

Pero al margen de la discusión anterior, se puede ir un poco más allá en este tema de la vigilancia electrónica, para verificar si opera como pena acompañante. En efecto, veamos como el artículo 38 de nuestro actual código penal –ley 599 de 2000, artículo modificado por el artículo 22 de la Ley 1709 de 2014- establece la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión y los artículos 38B a 38G - adicionados por la Ley 1709 de 2014- regulan todo lo relacionado con esta institución.

A propósito de la vigilancia electrónica como pena, los nuevos artículos adicionados se refirieron al tema en los siguientes términos: El artículo 38D, que se refiere a la ejecución de la medida de prisión domiciliaria, dice entre otras cosas, que: “El juez podrá ordenar, si así lo considera necesario, que la prisión domiciliaria se acompañe de un mecanismo de vigilancia electrónica.” y a renglón seguido dice que: “El juez podrá autorizar al condenado a trabajar y estudiar fuera de su lugar de residencia o morada, pero en este caso se controlará el cumplimiento de la medida mediante un mecanismo de vigilancia electrónica.”

²⁶ Juan Fernández Carrasquilla, *Derecho penal, parte general. Principios y categorías dogmáticas*, Bogotá, Ibáñez, 2011, pp. 132 y 133.

De estas nuevas adiciones normativas recientes, se tiene entonces que la vigilancia electrónica es además pena acompañante o sumatoria de la pena de prisión domiciliaria.

Entonces: Se ha demostrado que la vigilancia electrónica sí tiene asiento en nuestro ordenamiento jurídico-penal, en la temática de las penas así: i) pena sustitutiva de la pena de prisión –todavía vigente en nuestro concepto como ya se explicó- y, ii) pena acompañante o sumatoria de la pena sustitutiva de la pena de prisión domiciliaria.

Lo anterior sin dejar de lado que el artículo 38F del código penal, regula lo relacionado con el pago del mecanismo de vigilancia electrónica, sosteniendo que: “El costo del brazalete electrónico, cuyo tarifa será determinada por el Gobierno Nacional, será sufragado por el beneficiario de acuerdo a su capacidad económica, salvo que se demuestre fundadamente que el beneficiario carece de los medios necesarios para costearla, en cuyo caso estará a cargo del Gobierno Nacional.” Además, recordar que el artículo 14 del código penitenciario –ley 65 de 1993- regula algunas de las funciones del instituto nacional penitenciario y carcelario – INPEC- y dentro de ellas le asigna la función relacionada con “el control... del mecanismo de seguridad electrónica...”

3.2.2. Su autonomía como medida de aseguramiento.

En los párrafos anteriores se explicó que la vigilancia electrónica surgió como medida de aseguramiento a partir la ley 906 de 2004, concretamente en el artículo 307 de dicha codificación y el cual establece que las medidas de aseguramiento se dividen en dos grandes grupos: i) Las privativas de la libertad y ii) las no privativas de la libertad.

La vigilancia electrónica encabeza el listado de las nueve medidas de aseguramiento que conforman el grupo de las medidas de aseguramiento no privativas de la libertad. Prescribe, entre otras cosas el mencionado artículo 307,

lo siguiente: “*Son medidas de aseguramiento: ... B. No privativas de la libertad. 1. La obligación de someterse a un mecanismo de vigilancia electrónica ...*”

De la norma transcrita se puede deducir que la vigilancia electrónica es una medida autónoma dentro del género de medidas de aseguramiento y no sólo eso, sino que su autonomía también se predica dentro de su grupo de “medidas de aseguramiento no privativas de la libertad” y ello se corrobora al ver como el legislador reguló la forma como el juez puede aplicarlas, en efecto, de acuerdo con el inciso final de citado artículo 307 se estatuye que:

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

Como se observa, la norma faculta al juez para imponer *una o varias* medidas de aseguramiento *conjunta o indistintamente*. Cuando se habla de “*imponer una o varias*” implica que se pueden imponer una o varias de ambos grupos de medidas de aseguramiento ya sea de las denominadas “privativas de la libertad” o de las denominadas “no privativas de la libertad”. Cuando se habla de “*conjunta*”, ello hace referencia a medidas de aseguramiento de ambos grupos o conjuntos –cada grupo es sinónimo de conjunto-, y cuando habla que de “*indistintamente*”, se refiere a varias de un mismo grupo.

En otro orden, la medida de aseguramiento de vigilancia electrónica, también opera como sumatoria o acompañante de la detención domiciliaria cuando sustituye la detención preventiva. Para ello observemos al aparte respectivo del artículo 314 de la ley 906 de 2004–modificado por el artículo 27 de la Ley 1142 de 2007- que regula lo relacionado con la sustitución de la detención preventiva por la detención domiciliaria y que dice:

“(...) En todos los eventos el beneficiario suscribirá un acta en la cual se compromete a permanecer en el lugar o lugares indicados, a no cambiar de

residencia sin previa autorización, a concurrir ante las autoridades cuando fuere requerido y, adicionalmente, podrá imponer la obligación de someterse a los mecanismos de control y vigilancia electrónica o de una persona o institución determinada, según lo disponga el juez. (...)”.

Terminando con este punto, de la doble naturaleza de la vigilancia electrónica – tanto como pena y como medida de aseguramiento- el siguiente cuadro nos muestra un resumen de la forma como se ha regulado la vigilancia electrónica en esos dos escenarios. Veamos:

La vigilancia electrónica.			
Función.	Año y norma que la introduce por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico penal.	Otras normas que la han regulado o se refieren a ella de una u otra forma.	Formas.
Como Pena	2004. Artículo 9 del Decreto 2636 de 2004, que adiciona el artículo 29B al Código Penitenciario –Ley 65 de 1993-.	Ley 1142 de 2007 que adicionó el artículo 38A al Código Penal; Artículo 3º de la Ley 1453 de 2011 y Ley 1709 de 2014.	i) Como Pena sustitutiva de la pena de prisión y, ii) Como Pena acompañante o sumatoria de la pena de prisión domiciliaria cuando sustituye la pena de prisión carcelaria.
Como medida de aseguramiento	2004. Ley 906 de 2004 o código de procedimiento penal.	No hay norma o normas posteriores que regulen el tema.	i) Como medida de aseguramiento no privativa de la libertad. ii) Como medida de aseguramiento sumatoria o acompañante de cualquier otra medida de aseguramiento. iii) Como sumatoria o acompañante de la detención domiciliaria cuando sustituye la detención preventiva.

4. *La detención preventiva carcelaria.*

4.1 *Interpretación en el derecho internacional.*

La normatividad internacional y la interpretación de estas normas, dan cuenta de que la libertad es la regla general y la privación de la misma la excepción, v. gr. el pacto internacional de derechos civiles y políticos, ello por cuanto, como lo dice Guerrero Peralta éste instrumento internacional:

“...en su artículo 9º establece la regla de libertad y la excepción del encarcelamiento preventivo, con todas las garantías que corresponden a tal medida (legalidad, debido proceso, motivación de la medida, información al detenido, audiencia judicial, recurso, reparación, plazo razonable, entre otras).

Para lo que ahora nos interesa, la misma disposición establece. “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. (...)

La hermenéutica de esta disposición por parte del Comité de Derechos Humanos se cifra en dos aspectos: en primer lugar se reconocen internacionalmente las razones tradicionales para detener que se encuentran en el derecho penal comparado, esto es, posibilidad de fuga, alteración probatoria y reincidencia. En segundo lugar, además de los supuestos de legalidad anteriores el Comité agrega que la medida debe ser “razonable” en toda circunstancia y “necesaria”, Así, el Comité determina que la “necesidad” es una parte implícita del carácter excepcional de la

medida de detención contemplado en el párrafo 3 del artículo 9º del Pacto y por lo tanto condiciona y obliga a justificar cualquier detención preventiva.”²⁷

Es que incluso la interpretación de disposiciones internacionales, lleva a las autoridades de este orden a entender que es posible acudir a medidas sustitutivas diferentes a la detención preventiva carcelaria. El ejemplo que se puede mostrar es cuando se ha tenido la oportunidad de estudiar el tema del riesgo de fuga, pues como nos lo muestra el autor en cita, allí:

“... la Comisión Interamericana de Derechos Humanos enfatiza en la necesidad de tomar en cuenta todas las características personales del acusado cuando afirma: “La Comisión observa que si ésta es la (la fuga) (sic) es la única razón para la continuación de esta medida restrictiva de la libertad, las autoridades judiciales pueden solicitar las medidas necesarias para asegurar que el acusado comparecerá, tales como fianza, o en casos extremos la prohibición de salir del país””²⁸.

4.2 *Su naturaleza y mirada en la doctrina.*

No cabe la menor duda sobre el inmenso desprestigio en el que se encuentra la medida de aseguramiento de detención preventiva carcelaria, ello nos abre paso a interpretaciones como la que se proponen en esta investigación cuyo fin principal es demostrar que si es posible sustituir la detención preventiva carcelaria por medidas menos gravosas como la vigilancia electrónica, entre otras.

De la discusión sobre la naturaleza de pena de la detención preventiva carcelaria, da cuenta incluso la filosofía desde hace varios siglos. Para ello basta dar una ligera mirada a los clásicos de esa ciencia para encontrar pronunciamientos al

²⁷ Oscar Julián Guerrero Peralta, *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal*, Bogotá, Nueva Jurídica, segunda edición, 2007, p. 474.

²⁸ *Ibíd.* p. 477

respecto. En ese escenario el filósofo Thomas Hobbes (Inglaterra. 1588-1679) fue uno de los que se refirió al tema en los siguientes términos:

“Prisión. Prisión existe cuando un hombre queda privado de libertad por la autoridad pública, privación que puede ocurrir de dos diversas maneras; una de ellas consiste en la custodia y vigilancia de un hombre acusado, la otra en infligir una penalidad a un condenado. La primera no es pena, porque nadie se supone que ha de ser castigado antes de ser judicialmente oído y declarado culpable. Por consiguiente, cualquier daño que se cause a un hombre, antes de que su causa sea oída en el sentido de sufrir encadenamiento o privación, más allá de lo que resulta necesario para asegurar su custodia, va contra la ley de naturaleza.”²⁹

Ya en el escenario del derecho y más concretamente del derecho penal de nuestro sistema continental europeo, Cesare Beccaría (Italia. 1738-1794), uno de los más importantes clásicos de esta área, entendía que la prisión, con carácter preventivo, era una pena. Al respecto dijo que: “... siendo una especie de pena la privación de la libertad no puede preceder a la sentencia, sino en cuanto la necesidad obliga.”³⁰. Insistente era sobre el mismo punto cuando decía que “... la prisión es más bien un castigo que una custodia del reo...”³¹ .

Otro clásico del derecho penal en la modernidad, Francesco Carrara (Italia. 1805-1888), “... en el texto de su famoso *Programa de Derecho Criminal*, predicaba la justificación del encarcelamiento preventivo como una medida subordinada a las “necesidades del procedimiento” y recalca los rasgos que desde entonces la caracterizaban: plazo razonable, utilizable en los delitos de mayor gravedad y sustituible por otras medidas menos graves con miras a la realización de la

²⁹ Thomas Hobbes, *El leviatán*, disponible en: <http://eltalondeaquiles.pucp.edu.pe/sites/eltalondeaquiles.pucp.edu.pe/files/Hobbes - Leviatan.pdf>. Consultado 12 de Septiembre de 2014, p. 129.

³⁰ Nodier Agudelo Betancur, Cesare Beccaría. *De los delitos y de las penas. Edición latinoamericana. Estudio preliminar de Nodier Agudelo Betancur*, op. cit., p. 47.

³¹ *Ibíd.* p. 71.

justicia, la verdad y la defensa social.”³² Como se ve, también Carrara hablaba de *sostituire* el encarcelamiento preventivo por *otras medidas menos graves*, y además de reservar dicha institución para *los delitos de mayor gravedad*, pero no resulta difícil concluir que hoy no se escucha este clamor.

Ya en la actualidad, en una de sus obras, “...Hassemer habla de que “... ..Quien lucha contra la criminalidad en forma prematura, es decir, antes de la sentencia basada en autoridad de cosa juzgada, por medio de la prisión preventiva, no respeta el principio de inocencia, le quita valor al procedimiento principal y lesiona sin fundamento jurídico a una persona””³³. En esa misma dirección y en esta misma época Luigi Ferrajoli, en cuanto a la detención preventiva carcelaria, sostiene que hay una “... creciente ineficiencia de las técnicas procesales, que en todos los países evolucionados ha provocado un aumento progresivo de la prisión provisional respecto del encarcelamiento sufrido en expiación de la pena: ...”³⁴

Varias han sido las críticas pero a la vez las fórmulas que se proponen o los casos en los cuales se está de acuerdo con la utilización de la prisión preventiva y aunque argumentos van y vienen, Ferrajoli sostiene que:

“En definitiva, aunque en nombre de necesidades diversas y a veces invocadas cada una como exclusiva -sólo el peligro de fuga, sólo el riesgo de obstaculización de las pruebas, ambos peligros a la vez, o la simple gravedad del delito imputado y la necesidad de prevención, o conjuntamente la necesidad de prevención de los peligros de naturaleza procesal y los de naturaleza penal-, la prisión provisional acabó siendo justificada por todo el pensamiento liberal clásico.

³² Oscar Julián Guerrero Peralta, *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal*, op. cit., p. 469.

³³ *Ibid.*, p. 470

³⁴ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995, p. 410.

La consecuencia de esta resignada legitimación fue que la prisión preventiva, tras el giro autoritario e inquisitivo de la cultura penal decimonónica, echó profundas raíces en todos los ordenamientos europeos: figurando en las constituciones, consolidándose en los códigos y extendiéndose en la práctica hasta alcanzar las dimensiones patológicas actuales, bien conocidas.”³⁵.

Este tratadista es tajante en la crítica a la prisión preventiva y dice que:

“...la función de la prisión preventiva, puesto que implica una presunción legal absoluta de peligrosidad, poco importa si de tipo procesal (peligro de fuga o de obstaculización de las pruebas) o penal (peligro de nuevos delitos futuros por parte del imputado en libertad). Y sobre todo es claro que tal presunción absoluta de peligrosidad -al derivarse (no de la prueba, sino) de suficientes indicios de culpabilidad-, es decir, del mismo tipo de indicios requeridos para formular la imputación equivale por completo a una presunción de culpabilidad del imputado.”³⁶

En esta línea, este mismo autor sostiene que:

“...Pero entonces -debemos preguntarnos-, si llegados a este punto las posibilidades del imputado de alterar las pruebas quedan excluidas o al menos sustancialmente reducidas, ¿por qué no hacer cesar no sólo su estado de aislamiento sino también el de prisión? ¿Por qué no abrir las puertas de la cárcel para hacerlo salir en vez de sólo para hacer entrar a sus conocidos y parientes? Excluida la función de conservación de las pruebas, la prolongación de la detención no puede tener otro efecto (por no decir otro fin) que el de situar al imputado en una condición de sujeción, obstaculizarle la defensa, obligarle eventualmente a la confesión y acaso

³⁵ *Ibíd.* p. 553.

³⁶ *Ibíd.* p. 554.

permitir que otros sujetos -la acusación, el actor civil u otros interesados- manipulen las prueba. (...) ¿Pensamos quizá que sería muy distinta de ésta la condición de un preso, aunque no estuviera en total aislamiento, con los pocos contactos y las escasísimas posibilidades que existen en la cárcel de organizar investigaciones y recoger pruebas para la defensa?... Por el contrario, dentro de una concepción cognoscitivista y acusatoria del proceso, la prisión provisional no sólo no es necesaria sino que resulta perjudicial para la averiguación de la verdad por el cauce del juicio contradictorio.

(...)

Todavía más infundado es el segundo motivo que para Beccaria justificaría la prisión preventiva: el peligro de fuga del imputado. ... El peligro de fuga, de hecho, está provocado predominantemente, más que por el temor a la pena, por el miedo a la prisión preventiva. Si el imputado no estuviera ante esta perspectiva, tendría, por el contrario, al menos hasta la víspera de la condena, el máximo interés en no escapar y defenderse. Es «el rigor extremo de vuestro procedimiento criminal», exclamaba Voltaire hace dos siglos, «quien le obliga a esta desobediencia. Si un hombre está acusado de un crimen, empezáis por encerrarle en un calabozo horrible; no permitís el que tenga comunicación con nadie; le cargáis de hierros como si ya le hubieseis juzgado culpable. Los testigos que deponen contra él son oídos secretamente. Sólo los ve un momento en la confrontación... ¿Cuál es el hombre a quien este procedimiento no asuste? ¿Dónde hallar un hombre tan justo que pueda estar seguro de no abatirse? Y este miedo que lo empuja a la fuga, añadimos, ¿no es el signo de su justificada desconfianza en sus jueces, y por tanto de la ilegitimidad del procedimiento? ¡Oh jueces!... concluía Voltaire, «queréis que el inocente acusado no se escape, pues facilitadle los medios de defenderse». ...»³⁷

³⁷ *Ibíd.* pp. 557-559.

Claras son las expresiones de Ferrajoli y nos refuerza nuestras apreciaciones de la detención preventiva carcelaria y la posibilidad para que hoy la sustituyamos por otras medidas menos gravosas.

Julio B.J. Maier, nos arrima a otra mirada en cuanto al principio de inocencia y sostiene que:

“... el principio estudiado sólo quiere significar que toda persona debe ser tratada como si fuera inocente, desde el punto de vista del orden jurídico, mientras no exista una sentencia penal de condena; por ende que la situación jurídica de un individuo frente a cualquier imputación es la de un inocente, mientras no se declare formalmente su culpabilidad y, por ello, ninguna consecuencia penal le es aplicable...”³⁸.

Este autor nos refiere que el fascismo, en contravía de este principio de inocencia, trabajaba sobre la siguiente base:

“... si se persigue penalmente o se somete a proceso a una persona es porque se la presume culpable y no inocente; las presunciones son medios de probar indirectamente el hecho; la afirmación del principio con seriedad y aceptando todas sus consecuencias imposibilitaría la persecución penal, transformaría radicalmente el procedimiento y derogaría varias de sus instituciones (por ej., el encarcelamiento preventivo)...”³⁹.

Sigue Maier diciendo que: “... se rescata en el Derecho Romano de la última época imperial el brocárdico “*Satius esse impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnari*” (es preferible dejar impune al culpable de un hecho

³⁸ Julio B.J. Maier, *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, 2ª Edición, 1ª Reimpresión, Buenos Aires Argentina, Editores del puerto s.r.l, 1999, p. 492.

³⁹ *Ibíd.* 493.

punible que perjudicar a un inocente;...”⁴⁰. O sea, en la confrontación entre certeza y duda, al momento de tomar alguna medida de aseguramiento durante el proceso penal, bien caería recordar esta máxima. Avanza este autor en las repercusiones que genera el principio de inocencia en complementación o confrontación con el principio del *in dubio pro reo*, sosteniendo que:

“De este modo, la afirmación a la que nos conduce el principio, en su aplicación a la interpretación jurídica, varía según que la regla interpretada guíe a la reacción penal (interpretación restrictiva) o la rechace (interpretación extensiva), y se debe formular así: frente a dos posibilidades interpretativas razonablemente fundadas, elegir la menos gravosa para el enjuiciado, operación que no siempre da por resultado la interpretación restrictiva.”⁴¹.

Para desembocar en la excepcionalidad de la medida de detención preventiva y la necesidad de explorar otras medidas de aseguramiento sustitutivas de ésta, sostiene Maier que:

“... Con ello queda demostrado que la posibilidad jurídica de encarcelar preventivamente, en nuestro derecho, queda reducida a casos de absoluta necesidad para proteger los fines que el mismo procedimiento persigue y, aún dentro de ellos, sólo cuando al mismo resultado no se pueda arribar por otra medida no privativa de libertad, menos perjudicial para el imputado.

Estamos en presencia de uno de estos casos, con evidencia, cuando es posible fundar racionalmente que el imputado, con su comportamiento, imposibilitará la realización del procedimiento o la ejecución de una condena eventual (peligro de fuga) u obstaculizará la reconstrucción de la verdad histórica (peligro de entorpecimiento para la actividad probatoria);

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ *Ibid.* p. 503.

para evitar esos peligros es admisible encarcelar preventivamente, siempre y cuando la misma seguridad, en el caso concreto, no pueda ser alcanzada racionalmente por otro medio menos gravoso.”⁴².

Tenemos que extraer, con especial cuidado, la posibilidad que aquí se brinda para imponer encarcelamiento preventivo pero, sí solo sí, al mismo resultado no se pueda arribar por otra medida no privativa de libertad, menos perjudicial para el imputado como el mismo autor nos lo indica, todo lo cual es perfectamente aplicable al caso colombiano en donde dejamos pasar de largo la propuesta de Maier, acabada de mencionar, de que: “siempre y cuando la misma seguridad, en el caso concreto, no pueda ser alcanzada racionalmente por otro medio menos gravoso”, en cuyo caso debe aplicarse el medio menos gravoso.

Ya en nuestro medio se encuentra abundante doctrina que se refiere al tema de la detención preventiva, para empezar, Guerrero Peralta sostiene que:

“... las argumentaciones de mínimo sacrificio o tolerancia pasiva del imputado a la detención no resultan para nada convincentes desde las aristas constitucionales de la presunción de inocencia. (...) Incluso, la garantía del derecho a no declarar como medio legítimo de defensa haría innecesaria la comparecencia del imputado al proceso.”⁴³

Sotomayor Acosta, afirma que:

“...pareciera que ahora el objetivo de la persecución penal no fuera ya (o al menos no sólo) la imposición de una pena por el delito cometido, sino procesar a quien se cree que lo ha cometido. Tal hecho se manifiesta principalmente a través de un predominio de la detención preventiva como objetivo concreto de la persecución penal, que la está convirtiendo en un

⁴² *Ibíd.* pp. 522-523.

⁴³ Oscar Julián Guerrero Peralta, *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal*, *op. cit.* p. 473

equivalente funcional de las medidas de seguridad predelictuales, con un claro predominio de las nociones de peligrosidad y defensa social.”⁴⁴

Es que es tanto el predominio de la detención preventiva que, como sostiene este autor, ello “...está provocando a su vez, de manera indirecta, un generalizado y desmesurado incremento del mínimo de las penas, toda vez que los dos códigos de procedimiento penal vigentes (leyes 600/2001 y 906/2004), hacen depender la procedencia de la detención preventiva de que el delito imputado tenga una pena mínima igual o superior a los 4 años de prisión...”⁴⁵.

En esta dirección se encuentran también algunos trabajos académicos, por ejemplo, Londoño Berrío es uno de los autores colombianos que con rigor trata el tema de las medidas coercitivas durante el proceso penal y dentro de estas la detención preventiva, la que resume con las letras DP y en lo sucesivo ha de entenderse así en lo que se citarán a continuación. Igualmente PI es, para el contexto, presunción de inocencia.

Inicia este tratadista recordándonos que la detención preventiva tiene, al igual como lo hemos entendido del derecho penal, la naturaleza de *última ratio*, para decirnos que:

“..., con fundamento en la jerarquía constitucional que ostentan los postulados de la dignidad humana, la presunción de inocencia y la libertad personal, también resulta relevante que en forma expresa y categórica se afirme el carácter de *ultima ratio* de la DP, por lo que no podrá imponerse, cuando existan otros medios menos gravosos para estos derechos y que sean idóneos para cumplir con las finalidades de la medida; así mismo,

⁴⁴ Juan Oberto Sotomayor Acosta, *Las recientes reformas penales en Colombia: un ejemplo de irracionalidad legislativa*, en: Nuevo Foro Penal (Medellín). Nro. 71. EAFIT. 2007, p.38.

⁴⁵ *Ibidem*.

procede su revocatoria, cuando las finalidades aducidas para su imposición han perdido vigencia. ”⁴⁶

Refiriéndose a la Corte Constitucional, refiere que:

“Sin excepción, en las oportunidades en que la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el conflicto entre la DP y la PI, ha suscrito la tesis según la cual el mismo es inexistente, por cuanto la primera tiene como naturaleza y contenido el ser una medida cautelar provisional de carácter personal y, por tanto, no constitutiva de pena, lo cual deja incólume el principio de PI. ... ”⁴⁷

Categorico resulta este autor cuando dice que:

“..., el argumento que se supone más fuerte es la afirmación de que la DP no es una pena, porque las definiciones que la Constitución hace de una y otra, se infiere su diferencia sustancial y por ello es perfectamente posible su coexistencia pacífica en el mismo sistema jurídico.

Pero esta perspectiva analítica incurre en la falacia normativista, que confunde el deber ser con el ser, que hace inferencias ontológicas a partir de fenómenos fundamentalmente normativos. Resulta una burla afirmar que el sindicado es tratado como inocente, que no se lo irroga pena alguna y, simultáneamente, en forma coactiva se le priva de su derecho a la libertad ambulatoria, se le separa de su trabajo, se le rompen sus vínculos sociales y familiares, se le vulneran sus derechos humanos fundamentales, etc., (...). En definitiva, con la DP se pierden los mismos derechos del penado, la privación de la libertad se cumple generalmente en los mismo centros de

⁴⁶Hernando León Londoño Berrio, *La detención preventiva en las jurisprudencias de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia. Reflexiones a propósito de la sentencia C-774 de 2001*. En: Nuevo Foro Penal (Medellín). Nro. 65. EAFIT. 2003, p. 193.

⁴⁷ *Ibíd.* p. 194

reclusión de éste, es de carácter coactivo, se irroga con motivo o con el pretexto de un hecho punible y la impone un actor institucional que representa al Estado, factores que sumados permiten concluir –desde la perspectiva sociológica- que no existe diferencia sustancial entre la privación de la libertad con motivo de la DP o de la pena.”⁴⁸

El autor es bastante crítico con la facilidad con que se deduce el peligro de fuga, la afectación probatoria, entre otros fenómenos que dan paso a la detención preventiva y arriba diciendo que:

“Así mismo, incluso en los supuestos estrictamente procesales que pretenden justificar la DP –v.gr. el peligro de fuga o la posibilidad de afectar la prueba-, la privación de la libertad se impone por lo que el imputado posiblemente hará, lo que es inferido de lo que posiblemente hizo, con lo cual con sus efectos prácticos no difieren en forma sustancial de las consecuencias del peligrosismo, rechazado radicalmente en otra oportunidad por la misma Corte Constitucional.”⁴⁹

Este autor también se suma a considerar que la medida de aseguramiento ha tenido obstáculos relacionados con su vinculación con los mínimos y máximos de las penas de los delitos y sostiene en esa dirección que:

“Es una constante en la legislación procesal prescribir la procedencia de la DP cuando el delito imputado tiene prevista una pena mínima privativa de la libertad. (...) no se puede estar de acuerdo con que sea la perversión de los tratos punitivos diferenciados la que termine definiendo la “razonabilidad” de las causas de la detención preventiva y la procedencia o no de la libertad provisional.

⁴⁸ *Ibíd.* pp. 199-200

⁴⁹ *Ibíd.* p. 210

Cuando se hace esto, la DP se despoja del velo de medida cautelar y se le muestra como realmente es, o sea, como un instrumento punitivo que refuerce el carácter selectivo y discriminatorio del sistema penal. Además, no existe base empírica para afirmar que a partir de una determinada pena de la conducta imputada, es necesario inferir con gran probabilidad que el imputado no comparecerá al proceso, afectará la actividad probatoria o se fugará, que son las finalidades con las que en estos casos se pretende justificar la DP. Incluso, es más probable que el carácter “injusto” y desproporcionado del régimen legal de las penas, la violencia institucional que acompaña la detección preventiva, la relevancia de los hechos agredidos con la misma, la desconfianza en la imparcialidad de la jurisdicción y la “guerra sucia” en que se ha convertido el proceso penal en el país, sean los factores con los cuales haya necesidad de correlacionar el sentimiento del procesado de querer sustraerse al proceso, afectar la prueba o fugarse”⁵⁰

Es insistente el autor, para formular críticas y sostiene que:

“... el procesado realmente goza de la presunción de inocencia y, en consecuencia, tiene derecho a guardar silencio, a no autoincriminarse, a no ser objeto de la prueba, no es “racional” aducir que dado que su presencia en el proceso le representa una ventaja en su defensa –lo cual puede ser cierto- se le debe detener preventivamente para que ejerza de mejor forma este derecho. Aducir la salvaguarda de garantías para finalmente aniquilarlas, no deja de ser una osada paradoja.”⁵¹

Otros trabajos académicos se suman a esta temática.⁵², y autores como Sandoval Fernández y Villar Delgado, empiezan desarrollando el tema de la naturaleza de la

⁵⁰ *Ibíd.* pp. 213-215

⁵¹ *Ibíd.* pp. 226-227

⁵² Por ejemplo Gladis Irene Franco Bustamante, *El concepto de peligrosidad como fundamento de la detención preventiva bajo la vigencia de la ley 906 de 2004: Análisis jurisprudencial ¿Garantismo o*

detención preventiva, que en lo sucesivo se entenderá también como DP y allí nos indican que:

autoritarismo? ¿Restricción o expansión?, Universidad EAFIT, Medellín, Colombia, 2012. Aquí esta autora nos refiere los dos extremos de esta discusión, por un lado nos recuerda algunos conceptos de Rafael Garófalo, de la escuela positivista, afirmando que: “Garófalo, por ejemplo, propugnaba por una prisión provisional obligatoria, y generalizada para los delitos más graves, al considerar la presunción de inocencia una fórmula vacía y absurda.” (p. 8). Y en la otra orilla, el escenario de la abolición de la detención preventiva, se sostiene que: “Como partidarios en alguna medida de su abolición se encuentran, **Daniel Pastor**, para quien, “La única forma drástica para terminar con el abuso de la prisión procesal es su abolición, por cuanto todos los intentos por limitarla han terminado en la práctica, por aceptarla so pretexto del cumplimiento de ciertas condiciones excepcionales que en realidad no son más que el arbitrio judicial...” (Ibídem). Dice también que la “La mayoría de las legislaciones penales refieren tres fines: evitar la fuga (no comparecencia), soslayar la obstrucción a la justicia, impedir el peligro para la comunidad y evitar el riesgo a la víctima. Colombia no es la excepción a ello, y es así como nuestro ordenamiento refiere como fines constitucionales, evitar la no comparecencia del imputado a las actuaciones procesales que se siguen de la imputación, la obstrucción a la justicia y, por último, evitar el peligro para la comunidad y/o la víctima con la libertad del mismo luego de cometido delito;...” (p. 14).

Nos desarrolla cada uno de estos tres fines, derivados del fin constitucional y de cara al principio de presunción de inocencia, empezando por el primero relacionado con evitar la fuga (no comparecencia), así: “El primer fin (constitucional), es sin duda el que menor controversia ha suscitado con el principio de presunción de inocencia. En general, ha sido aceptado por la doctrina latinoamericana, al considerar que está en consonancia con los fines del proceso penal. Pues uno de estos es la imposición de una sanción a quien fuera encontrado responsable, y la fuga obviamente lo impediría. No basta que se determine un responsable y se dicte una sentencia, sino que pueda materializarse y hacerse efectiva la potestad punitiva del Estado.

Sin embargo, un cuestionamiento que suele efectuarse a este fin, es que parece más una interpretación de garantía contra el imputado que un fin en sentido estricto, al dejar de lado, que es el Estado a quien corresponde en todos los casos, disponer de los medios para evitar la fuga, obtener la comparecencia de los imputados al proceso, y no por el contrario, proceder *ipso facto* a la detención preventiva, para evitarla.” (pp. 14 y 15). Ya en el escenario del segundo fin, la autora sostiene que: “El segundo fin, evitar la obstrucción (peligro al proceso), es una causal clásica de la detención preventiva consagrada en la mayoría de las legislaciones latinoamericanas y en la alemana.

(...)

...La utilización de esta medida no garantiza que la prueba no se obstaculice por alguien cercano al imputado, familiares o amigos, la obstaculización debe deducirse no de la posibilidad de obstaculizar, del peligro de dificultar, sino de actos concretos y específicos efectuados por el presunto indiciado o imputado y dirigidos a tal fin.

Hay un momento donde la causal de peligro de obstrucción pierde sentido, y es cuando la obstrucción misma, ya no es posible, porque los medios fueron asegurados, o porque la única prueba que se podría alterar, ya se alteró, o porque ya se inició el juicio oral. Por ende ya se recaudaron los medios de prueba que se pretendían hacer valer. (...).” (p.15). Para desembocar en este acápite, la autora en estudio habla del tercer fin en los siguientes términos: “Como tercer fin, tenemos el peligro de reiteración delictiva, o como lo denomina la legislación colombiana: peligro a la comunidad y/o a la víctima.

(...)

En esta causal, resulta evidente, el interés de preservar el orden público. Por tal razón, se desempeña más como una función de prevención especial, que como una verdadera medida para asegurar el proceso.” (pp. 15 y 16).

“Legitimarla como una medida cautelar, excepcional, restrictiva, provisional o temporal no es más que un “fraude de etiquetas”, independientemente de la finalidad a la cual se vincula”⁵³.

Ratifican esta crítica cuando dicen que:

“Defender su legitimidad sobre la base de una diferenciación constitucional con la pena constituye una “falacia normativista que confunde el deber ser con el ser, que hace referencias ontológicas a partir de fenómenos fundamentalmente normativos”...”⁵⁴.

Para terminar con este acápite de la naturaleza de la DP, sostienen que:

“La defensa de la detención preventiva como institución procesal ha sido legitimada por la CC en diferentes sentencias, estableciendo que no es incompatible con la presunción de inocencia, limitándose ante las nuevas realidades normativas para casos excepcionales y temporales, estableciendo que no es un mecanismo de imposición “automática o mecánica y efectista” dentro del proceso penal (...) confiriéndole un carácter de *ultima ratio*”⁵⁵.

Se entiende CC como Corte Constitucional, ahora y en lo sucesivo. Ya en el escenario de los fundamentos, sostienen que:

“La DP no está instituida para cumplir fines materiales de la pena (por ejemplo: el peligro de reincidencia; protección de la comunidad) sino, cuando más, servir al fin procesal de la comparecencia.”⁵⁶

⁵³ Jaime Sandoval Fernández y Donaldo Danilo del Villar Delgado *Responsabilidad Penal y Detención Preventiva, el proceso penal en Colombia –Ley 906 de 2004*, Universidad del Norte y Grupo Ibañez, Barranquilla, Colombia, 2013, p. 130.

⁵⁴ *Ibíd.* p. 131.

⁵⁵ *Ibíd.* pp.131-132.

⁵⁶ *Ibíd.* p. 133.

También dicen los autores que:

“Reconocemos que en la práctica la DP constituye una pena anticipada y niega la presunción de inocencia. Por consiguiente, su uso debe limitarse a casos **excepcionales** (de allí medidas alternativas), para que opere el trato como inocente, mientras se admita... .. la coexistencia entre la prisión provisional y la presunción de inocencia. Todo ello frente a la imposibilidad de proscribirla en un Estado que cada vez tiende más a su expansión.”⁵⁷.

4.3 *La incidencia de las causales de ausencia de responsabilidad.*

En cuanto a la incidencia de las causales de ausencia de responsabilidad, al momento de decidir sobre la medida de aseguramiento de detención preventiva carcelaria, se nos recuerda que:

“Así las cosas, resulta importante reconocer la relación e incidencia de las causales de ausencia de responsabilidad frente a las medidas de aseguramiento (DP), con un importante antecedente en el Decreto 1853 de 1985, el cual retoma algunas disposiciones de la Ley 2° de 1984, en los siguientes términos: “No procede la DP cuando existe evidencia de que el procesado obró en cualquiera de las circunstancias previstas en los artículos 29 y 40 del Código Penal”. Estas circunstancias hacían referencia a las causales de justificación e inculpabilidad (Decreto 100 de 1980)

Posteriormente aparece el Decreto 050 de 1987, que contempla idéntica norma, cambiando el término “evidencia” por el de “prueba”; siguió el Decreto 2700 de 1991, que incluye disposición similar, reproduciéndose en la Ley 600 de 2000, con la inclusión de normas específicas que regularon la improcedencia de la medida de aseguramiento en aquellos eventos en que

⁵⁷ *Ibíd.* p. 210

el procesado pudo haber actuado dentro de una causal de justificación o de inculpabilidad (inc. 3 art. 356), y exigiendo presupuestos formales y sustanciales (indicios graves de responsabilidad) para la imposición de las medidas de aseguramiento (art. 355, 356 y 357). El artículo 356 fue declarado condicionalmente exequible bajo el entendido de que la DP además de los requisitos sustanciales debe responder a unos fines constitucionales. Además, la anterior legislación previó un sistema de control formal y material de la medida de aseguramiento (art. 392 Ley 600 de 2000), declarado condicionalmente exequible, la privación de la libertad era la regla durante la investigación y la única medida de aseguramiento contemplada era la DP.”⁵⁸

Era claro pues, la incidencia de las casuales de ausencia de responsabilidad en las legislaciones anteriores, pero como sabemos, la legislación actual –ley 906 de 2004- no se pronuncia sobre la incidencia de éstas, pero es claro que deben tenerse en cuenta al momento de solicitarse o imponerse, ello por cuanto si se atisba la presencia de alguna de ellas, el funcionario competente debe abstenerse de solicitarla o imponerla. Es que al momento de hacer el razonamiento y extraer la inferencia razonable de autoría y responsabilidad penal, es natural que las causales de ausencia de responsabilidad impiden u obstruyen dicha inferencia. Los autores Bernal Cuellar y Montealegre Lynett respaldan doctrinariamente esta posición cuando dicen:

“si advierte la existencia de causales de justificación o de indicios excluyentes de responsabilidad penal debe abstenerse de solicitar la detención preventiva (y cualquier otra medida). Sería un claro caso de exceso pedir imposición de medida de aseguramiento cuando existan evidencias que demuestren una posible causal de exclusión de responsabilidad.”⁵⁹

⁵⁸ *Ibíd.* p. 143.

⁵⁹ Jaime Bernal Cuellar y Eduardo Montealegre Lynett, *Estructura y garantías procesales. El proceso penal*. Tomo II, 6ª edición. Bogotá, D.C., Universidad Extranjera de Colombia, 2013, p. 527.

4.4. *Su duración y otros aspectos.*

Sobre este particular en el derecho comparado, encontramos que:

“... el siglo XX puede atribuirse la paternidad de esta evolución. La actual Constitución Española de 1978 (art. 17, párr. 4), obliga a la ley a fijar el plazo máximo de duración del encarcelamiento preventivo; conforme a esa disposición la ley fija en seis meses la duración máxima del encarcelamiento preventivo cuando se impute un hecho cuya pena sea igual o inferior a prisión menor, y en dieciocho meses para los demás caso; aunque se puede ordenar, por excepción, su prolongación hasta treinta meses y, en casos aún más excepcionales, hasta la mitad de la pena impuesta en la sentencia, cuando ella hubiere sido recurrida. La Constitución y la ley procesal penal Italiana limitan también el encarcelamiento preventivo, a través de un sistema complejo que aquí sólo puede ser presentado en sus rasgos fundamentales. La duración del encarcelamiento preventivo depende de la combinación de dos circunstancias: Por un lado, el estado procesal de la imputación y, dentro de cada estadio, el plazo varía según el máximo de la pena amenazada por la ley penal para el delito imputado. Los plazos pueden ser suspendidos o prorrogados bajo determinadas circunstancias. También renacen cuando el procedimiento regresa a una fase anterior. De todos modos, el sistema se completa con la fijación de límites absolutos infranqueables: Dos años para los delitos amenazados con reclusión cuyo máximo no exceda de seis años; y cuatro años para los demás o para los que prevén pena de prisión perpetua (CPP Italia, 303 y ss.). La ordenanza procesal penal de la República Federal de Alemania establece un único plazo máximo de seis meses para el encarcelamiento preventivo, sino ha recaído antes sentencia a pena privativa de libertad, con posibilidad de prolongar el plazo en casos excepcionales y por decisión y control posterior del máximo tribunal de

casación de los Estados federados o de la Corte Suprema Federal, según los casos. El Código de Procedimiento Penal francés, pese a haber sufrido un retroceso, limita hoy a cuatro meses la detención provisional, renovables por decisión fundada, en caso de delitos correccionales: Esto es, con excepción de los crímenes.”⁶⁰

En Colombia, el código procesal penal común –ley 906 de 2004- aunque en efecto de forma expresa no consagra límite para las medidas de aseguramiento en general, si tiene establecidos unos tiempos en los cuales las medidas de aseguramiento privativas de la libertad –detención preventiva carcelaria y detención preventiva domiciliaria- pierden fuerza ejecutoria o dicho de otra forma, se configura una causal de libertad por vencimiento de términos.⁶¹

Sobre esta temática, actualmente cursa en el Congreso de Colombia el *proyecto de ley 115 y 145 senado 2014* cuyos autores son el Ministerio de Justicia y la

⁶⁰ Julio B.J. Maier, *Derecho Procesal Penal, ... op. cit.*, pp. 529-530.

⁶¹ Un ejemplo es el artículo 294, artículo modificado por el artículo 55 de la Ley 1453 de 2011, que estatuye que si vencido el término previsto en el artículo 175, el Fiscal deberá solicitar la preclusión o formular la acusación ante el juez de conocimiento y que de no hacerlo, perderá competencia para seguir actuando de lo cual informará inmediatamente a su respectivo superior. En este evento el superior designará un nuevo fiscal quien deberá adoptar la decisión que corresponda en el término de sesenta (60) días, contados a partir del momento en que se le asigne el caso. El término será de noventa (90) días cuando se presente concurso de delitos, o cuando sean tres o más los imputados o cuando el juzgamiento de alguno de los delitos sea de competencia de los jueces penales del circuito especializado. Vencido todo este plazo, si la situación permanece sin definición el imputado quedará en libertad inmediata.

Otro escenario es las causales generales de libertad del artículo 317, artículo modificado por el artículo 61 de la Ley 1453 de 2011. Para el caso que nos ocupa, ese artículo sostiene que: “Las medidas de aseguramiento indicadas en los anteriores artículos tendrán vigencia durante toda la actuación. ...”. Si entendemos que la actuación a la que se refiere la norma es el proceso penal, dicha actuación o proceso penal tiene unos vacíos y posibilidades de ampliación –v. gr. la audiencia del juicio y otras audiencias que no se dice cuánto duran y por ello pueden ser suspendidas y reanudadas en tiempos casi indeterminados- que no nos permite determinar con exactitud cuánto es el plazo exacto de la actuación o proceso penal y además, la medida de aseguramiento tampoco tiene los momentos procesales exactos en los cuales se puede solicitar e imponer. O sea, cuando la norma dijo que “Las medidas de aseguramiento indicadas en los anteriores artículos tendrán vigencia durante toda la actuación. ...”, dijo mucho y a la vez no dijo nada. Lo importante es que este artículo 317 referido, estatuye unas casuales de libertad generales o genéricas. Un ejemplo de las causales que allí se establecen es la del numeral 5º que del ya mencionado artículo 317 que estatuye: “Cuando transcurridos ciento veinte (120) días contados a partir de la fecha de la formulación de la acusación, no se haya dado inicio a la audiencia de juzgamiento.”, La Corte Constitucional, mediante sentencia C-390 de 2014 Magistrado Ponente Dr. Alberto Rojas Rios, declaró condicionalmente exequible la parte que dice “...de la formulación de la acusación...” en el entendido de que salvo que el legislador disponga un término distinto, el previsto en dicho numeral se contará a partir de la radicación del escrito de acusación. Dicho pronunciamiento quedó diferido hasta el 20 de Julio de 2015 a fin de que el Congreso expida la regulación que corresponda.

Fiscalía General de la Nación, mediante los cuales se pretende poner límite a la detención preventiva carcelaria. Al respecto el pasado 28 de octubre de 2014, la fiscalía general de la nación de la república de Colombia emitió el siguiente boletín que a su letra dice que:

“Un proyecto de ley que limitaría la detención preventiva a un máximo de dos años de duración, fue presentado por el Fiscal General de la Nación, Eduardo Montealegre Lynett, y el ministro de Justicia y del Derecho, Yesid Reyes Alvarado.

El proyecto fue presentado ante la Secretaría del Senado de la República por los dos funcionarios para optimizar la utilización de esta institución jurídico-penal, teniendo en cuenta que su uso se ha extendido y realmente sólo ha servido para congestionar las cárceles. El proyecto de ley, que comenzará su trámite en la Comisión Primera del Senado de la República, buscará de fondo resolver el problema de hacinamiento y descongestión a la justicia.

El Fiscal General aseguró que este proyecto profundiza la tendencia que hemos venido trabajando con el Gobierno Nacional en el sentido de labrar un derecho penal garantista que proteja los derechos fundamentales dentro del proceso, ya que la medida de detención preventiva debe ser una medida excepcional, teniendo en cuenta que la regla general del proceso penal debe ser la libertad”.

Por su parte, Reyes afirmó que “se va a exigir que no solamente los jueces analicen la conducta por la cual se está investigando a la persona sino que haga, como ha dicho la jurisprudencia de las cortes, el pronóstico hacia el futuro del posible comportamiento de la persona durante el juicio. Se pedirá que se demuestre en la audiencia que las medidas no privativas de la

libertad resultan insuficientes para garantizar la comparecencia del indiciado al proceso y la no participación de otras conductas delictivas".⁶²

La propuesta está en dirección a la interpretación restrictiva de la privación de la libertad que en este trabajo se propone, principalmente por la vía de la utilización de la vigilancia electrónica como medida autónoma en todos los aspectos y la posibilidad de sustituir la detención preventiva carcelaria por la vigilancia electrónica.

Pero de todas formas, independiente del curso de este proyecto de ley, la jurisprudencia en Colombia ha hecho algunos intentos para que judicialmente se limite temporalmente la detención preventiva y se ofrece como criterio para este límite, la razonabilidad, la proporcionalidad y la justicia. Al respecto se ha dicho:

“Estima la Corte, sin embargo, que es necesario precisar que en relación con el cómputo de la detención preventiva (artículo 406 del Decreto 2700 de 1991 y artículo 361 de la ley 600 de 2000), es un deber ineludible de las autoridades judiciales en cada caso, evitar que la medida se prolongue más allá de un lapso razonable.”⁶³

Seguidamente sostiene la Corte, en esa misma providencia, que:

“Ahora bien, el término razonable, proporcional y justo, debe ser valorado por las autoridades judiciales en cada caso, siguiendo los siguientes parámetros: la efectividad de la duración (amoldar la detención a sus objetivos), el tiempo actual de detención, su duración en relación con la ofensa, los efectos de la conducta punible, los efectos materiales y morales para con el sindicado, la conducta del inculpado, las dificultades de la instrucción, la forma como se ha tramitado, la conducta de las autoridades judiciales, entre otras. Mediante esta consagración

⁶² Boletín del 28 de octubre de 2014, de la Fiscalía General de la Nación de la República de Colombia, disponible en <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/>, consultada el 5 de noviembre de 2014.

⁶³ Corte Constitucional, Sentencia C-774 de 2001, Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil.

no taxativa, la Corte pretende garantizar la presunción de inocencia y el derecho a la libertad personal ante el vacío legal.”⁶⁴.

Todos estos argumentos pueden ser utilizados para limitar temporalmente la ejecución de la detención preventiva carcelaria, pero también para limitar el tiempo de la ejecución de cualquier medida de aseguramiento.

Finalmente no sobra resaltar lo importante que resultaría minimizar el uso de la detención preventiva carcelaria para contribuir al mejoramiento de la situación carcelaria, pues es claro que si se acogen las interpretaciones que se proponen, sustituyendo la imposición de medidas de aseguramiento consistente en detención preventiva carcelaria por la vigilancia electrónica u otras, la situación en las cárceles del país tendría una inmensa mejoría, ello por cuanto no tendríamos tantos procesados en las cárceles, al limitar su utilización sólo para condenados y de esta forma mejoraría la calidad de vida de los que estén allí. Esta investigación, indirectamente aporta parte de la solución a la situación carcelaria que ha sido cuestionada desde hace varias décadas, entre otras, de la siguiente manera:

“Existe un relativo consenso en que uno de los principales factores que inciden en la sobrepoblación penitenciaria, y en todos sus males derivados, es el abuso en la utilización de la detención preventiva. Cerca de la mitad de las personas que se encuentran detenidas en las prisiones latinoamericanas están a la espera de juicio y, por ello, siguen siendo jurídicamente inocentes. En el caso colombiano, por ejemplo, 12.729 personas presas, es decir, el 53% de la población sindicada ha pasado más de seis meses aguardando la sentencia judicial que decida su responsabilidad penal. El 31% de los sindicados han pasado más de un año en esta misma situación (Grupo de Derecho de Interés Público y Carlos Costa Immigration and Human Rights Clinic, 2010: 46-47). En Argentina,

⁶⁴ *Ibidem*.

igualmente, el 63% de las personas privadas de la libertad lo están en calidad de procesados (cels, 2008: 154).

La detención preventiva se ha convertido en la regla y ha pasado a funcionar como una pena anticipada, pues materialmente —y desafortunadamente— no se presenta ninguna diferencia en las condiciones de reclusión entre sindicados y condenados. Si se considera que esta utilización sistemática y abusiva de una institución jurídica, que además la desnaturaliza, produce la violación generalizada de derechos, la mirada de los jueces debería dirigirse a evaluar la constitucionalidad de la práctica. Debe tenerse en cuenta, por ejemplo, que el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha considerado que más de seis meses a la espera de sentencia constituye un término excesivo e injustificado de privación preventiva de la libertad. Los remedios que se podrían derivar luego de dicha evaluación son diversos, pero conducirían a la prevalencia del principio de legalidad de la pena, al respeto a la presunción de inocencia y a la suspensión de una detención que se reconoce inconstitucional. De otra forma, el mensaje que se envía es que es legítimo utilizar de manera sistemática la detención preventiva y la imposición consecuente de penas anticipadas en condiciones indignas y que lo malo es que no hay suficiente espacio para encerrar a todas esas personas que, al fin y al cabo, algo malo habrán hecho.”⁶⁵

Más recientemente se ha dicho:

“...argumento insuperable para contrastar esas conclusiones funcionales a la compatibilidad establecida por la Corte Constitucional son las cárceles colombianas, que según la Defensoría del Pueblo son meros “depósitos de personas”, donde el hacinamiento, las condiciones de insalubridad,

⁶⁵ Libardo José Ariza y Manuel Iturralde, *Los muros de la infamia: Prisiones en Colombia y en América Latina*, Universidad de los Andes -Facultad de Derecho, Cijus ediciones Uniandes, Bogotá, 2012, p. 88-90.

infraestructura de las edificaciones, condiciones inhumanas y respeto a la dignidad de los reclusos, deficiencias en servicios públicos y asistenciales, así como precariedades de toda índole, constituyen afectaciones flagrantes a todo conjunto de los más elementales derechos fundamentales de los internos, sin que exista diferencia material entre quienes son condenados y procesados.

Casualmente, según estadísticas del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), a marzo de 2010, una población total de 78801, los sindicados son 24865 y los sentenciados 53936, y ello sin contar las cárceles distritales y estaciones de policía; lo que quiere decir que el 31.55% de la población carcelaria, según estos datos, corresponde a presos sin condena; situación carcelaria que ha despertado interés de organismos nacionales e internacionales.”⁶⁶

Mucho más podríamos decir de la situación carcelaria y su relación con la detención preventiva, pero ese es tema que escapa al objeto principal de este trabajo⁶⁷, como también escapa a nuestro objeto de estudio hoy, la temática de la responsabilidad económica del Estado por la detención preventiva carcelaria, aunque no sobra recordar que el Estado Colombiano no respondía patrimonialmente por las detenciones preventivas cuando la persona era absuelta al terminar el proceso. Sólo hace unas pocas décadas se empezó a aceptar dicha posibilidad fruto de trabajos doctrinales que luego se convirtieron en la base⁶⁸ para construir lo que hoy es toda una realidad y la jurisprudencia, desde sus inicios⁶⁹,

⁶⁶ Jaime Sandoval Fernández y Donaldo Danilo del Villar Delgado *Responsabilidad Penal y Detención Preventiva, el proceso penal en Colombia –Ley 906 de 2004, op. cit.*, p. 135.

⁶⁷ La situación es tan evidente que todavía se encuentran sentencias que aluden a la difícil situación carcelaria. Véase por ejemplo la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín sala sexta de decisión laboral, proferida en marzo cuatro de dos mil trece, cuya referencia fue una acción de tutela de primera instancia, accionante: Elías de J. Monsalve Lopera, entidad accionada: Instituto Nacional Penitenciario Carcelario – INPEC – y otros y RADICADO: 050012205000- 201300130.

⁶⁸ Efraín Gómez Cardona, *La responsabilidad del Estado en la Constitución de 1991*, Biblioteca Jurídica DIKÉ, Medellín, 1995.

⁶⁹ Para rememorar tenemos que una de las primeras providencias judiciales sobre el tema, sino la primera, tuvo lugar cuando “... En julio 30 de 1.985 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca decidió, dentro del expediente Nro. 84-D-1652, el caso de LUIS JORGE RUEDA MONTALVO contra la Nación.” (Efraín

se ha adentrado en delimitar esta institución hasta el punto que ya, casi treinta años después, la jurisprudencia está más que decantada e incluso unificada⁷⁰. Mucho se podrá estudiar al respecto pero el límite en el objeto trazado nos lo impide.

En fin, la responsabilidad económica del Estado, por medidas de aseguramiento consistente en detención preventiva, está más que clara si la persona termina absuelta y en dicha responsabilidad se reconocen y pagas perjuicios como el daño moral y material ambos en sus diferentes formas, y en suma todos los perjuicios y a todas las personas que los sufren incluidas las personas allegadas al detenido y a él mismo tal y como da cuenta la jurisprudencia de la jurisdicción contencioso administrativa.

La idea no puede ser seguir deteniendo preventivamente y seguir pagando económicamente los perjuicios que se causen vía responsabilidad del Estado, la idea mejor debe ser no causar más esos perjuicios y ahí se genera respeto de los derechos de las personas procesadas, se moderniza la aplicación de las medidas de aseguramiento y de paso se genera un importante ahorro por el no pago de indemnizaciones, cuyos recursos se pueden destinar a mejorar el servicio de justicia y los métodos, medios y recursos para combatir la criminalidad eficientemente y no estar deteniendo personas que luego resultaran absueltas, eso hoy ni económicamente es rentable para los Estados.

Gómez Cardona, *La responsabilidad del Estado en la Constitución de 1991*, op. cit., p. 261). En esa providencia hito, se dijo: “6º) Pero el autor que mayor espacio dedica a la responsabilidad judicial, lo es el Dr. EFRAÍN GÓMEZ CARDONA, cuya obra “Responsabilidad del Estado y actividad judicial” ya hemos citado anteriormente (publicada por la Universidad Autónoma Latinoamericana en Medellín a finales de 1984). ...”(Ibíd. p. 262.) y más adelante se dijo: “Existe pues, fundamento legal suficiente para afirmar la responsabilidad del Estado, por los perjuicios que se cause en la prestación de cualquiera de los servicios públicos, con mayor razón si se trata del más importante y esencial de los mismos como es la administración de justicia, mediante la cual, las autoridades deben garantizar y proteger a los asociados, no sólo la libertad, el honor y la seguridad, sino también los bienes que les pertenecen. ...” (Ibíd. p. 263.). De esta forma, “...el tribunal abre la puerta, por primera vez en Colombia que sepamos, a la posibilidad de que el Estado responda por la actividad judicial.” (Ibídem.).

⁷⁰ Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, sala plena, Consejero Ponente Dr. Hernán Andrade Rincón (E), el 28 de Agosto de 2014, radicado número 68001-23-31-000-2002-02548-01(36149), actor: José Delgado Sanguino y otros, demandado: Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y referencia: Apelación sentencia – Acción de reparación directa.

Para terminar este capítulo, queremos pedir disculpas por lo que pueda parecer un exceso de citas textuales y en especial la falta de conceptos profundos que permitan, entre otras cosas, agrupar las diferentes posturas de la doctrina. Ello se debe a que proceder a esa elaboración, nos pudiera haber llevado a un trabajo tan extenso que rompería los límites normales de un trabajo de este nivel, límites que sin ello hace rato desbordamos.

Además, lo que se pretende con este capítulo es acercar al lector a los aportes que la doctrina ha hecho al respecto y motivarlo, si es el caso, a que en efecto acuda directamente a los autores citados. Este trabajo se hace solamente desde el plano normativo; el plano doctrinal y jurisprudencial se tocan solamente de forma tangencial como se hizo en este capítulo, al punto que si se suprime éste el trabajo no pierde contextura, precisamente porque el objeto, en el que gira esta investigación, no es hacer el análisis doctrinal, nacional y extranjero, de la detención preventiva carcelaria. Cómo es obvio, suprimirlo puede resultar injusto con el lector que merece que lo acerquemos a los pronunciamientos doctrinales que fue lo que hicimos.

No sobra anotar que inicialmente aportamos citas más extensas y que finalmente se redujeron en tamaño y cantidad como se nos sugirió.

5. La vigilancia electrónica como medida sustitutiva de la detención preventiva carcelaria.

Con miras a demostrar que la medida de vigilancia electrónica, en ocasiones acompañada de otra medida no privativa de la libertad, puede suplir y sustituir la medida de detención preventiva carcelaria, en este capítulo se procederá a hacer un análisis comparativo entre la vigilancia electrónica y la detención preventiva carcelaria.

Para este acápite, resulta importante tener en cuenta las siguientes normas a saber:

- ✓ Artículo 250 de la Constitución Nacional -artículo modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo No. 3 de 2002-. Sostiene, entre otras cosas, que:

“En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá: 1. Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas. (...)”.

Esta norma constitucional refiere unos fines constitucionales de: i) Asegurar la comparecencia de los imputados al proceso penal, ii) la conservación de la prueba, y iii) la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas.

- ✓ Artículo 2º de la ley 906 de 2004 -modificado por el artículo 1º de la Ley 1142 de 2007-. Se refiere a la libertad así:

“(...)”

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

De la norma anterior se desprende con nitidez que la libertad solo se puede restringir cuando resulte necesario, razonable y proporcional para: Garantizar: i) La comparecencia, ii) La preservación de la prueba, iii) la protección de la comunidad, y iii) la protección de las víctimas.

- ✓ Artículo 295 de la ley 906 de 2004. Ratifica lo anterior y refiere el principio de “*la afirmación de la libertad*” así:

“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.”

Esta norma ya habla de privar o restringir y ratifica que la privación o restricción de la libertad tiene el carácter de excepcional, la interpretación de estas normas debe ser una interpretación restrictiva y su aplicación debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable.

Ahora, *restringir* significa reducir a menores límites y *privar* significa despojar a alguien de algo que poseía, obviamente la diferencia salta a la vista⁷¹. De ahí se deduce que no solo cuando se vaya a privar de la libertad se deben cumplir estos aspectos, sino también cuando simplemente se vaya a restringir la misma. Lo anterior en virtud de la diferenciación que nuestra legislación hace de las medidas de aseguramiento por cuanto agrupa unas en “privativas de la libertad” y otras en “no privativas de la libertad”. Ahora, si esta distinción quiere mostrar que hay unas medidas que privan y otras que no privan de la libertad, lo cierto es que todas la restringen y de ahí estos artículos porque, cómo se insiste, unas y otras restringen la libertad aunque sólo algunas priven de ella.

⁷¹ Según el diccionario de la RAE los significados son los siguientes: *restringir*: reducir a menores límites y *privar*: Despojar a alguien de algo que poseía. Véase, <http://www.rae.es/recursos/diccionarios/drae>, edición 22^a, de acuerdo con información disponible en esta página consultada en noviembre 26 de 2014.

- ✓ Artículo 296 de la ley 906 de 2004. Refiere las finalidades de la restricción a la libertad, así:

“La libertad personal podrá ser afectada dentro de la actuación cuando sea necesaria para evitar la obstrucción de la justicia, o para asegurar la comparecencia del imputado al proceso, la protección de la comunidad y de las víctimas, o para el cumplimiento de la pena.”

Esta norma muestra el *fin* de: La *necesidad* para evitar la obstrucción de la justicia; o para *asegurar*: i) la comparecencia del imputado al proceso, ii) la protección de la comunidad, iii) la protección de las víctimas, o iv) el cumplimiento de la pena

- ✓ Artículo 307 de la Ley 906 de 2004 –código de procedimiento penal-. Sostiene:

“Medidas de aseguramiento. Son medidas de aseguramiento:

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

B. No privativas de la libertad. 1. La obligación de someterse a un mecanismo de vigilancia electrónica. 2. La obligación de someterse a la vigilancia de una persona o institución determinada. 3. La obligación de presentarse periódicamente o cuando sea requerido ante el juez o ante la autoridad que él designe. 4. La obligación de observar buena conducta individual, familiar y social, con especificación de la misma y su relación con el hecho. 5. La prohibición de salir del país, del lugar en el cual reside o del ámbito territorial que fije el juez. 6. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o lugares. 7. La prohibición de comunicarse con determinadas personas o con las víctimas, siempre que no se afecte el derecho a la defensa. 8. La prestación de una caución real adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores,

constitución de prenda o hipoteca, entrega de bienes o la fianza de una o más personas idóneas. 9. La prohibición de salir del lugar de habitación entre las 6:00 p.m. y las 6:00 a.m.

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

Como se ve, la detención preventiva se contempla de dos formas que son: i) Detención preventiva carcelaria, y ii) detención preventiva domiciliaria y ambas se encuentran en el grupo denominadas medidas de aseguramiento *privativas de la libertad*. Mientras que la vigilancia electrónica se encuentra en el grupo de las medidas de aseguramiento *no privativas de la libertad*.

- ✓ Artículo 308 de la ley 906 de 2004. Establece los requisitos que deberán cumplirse, previa la evaluación de su necesidad, para que sea viable la imposición de una medida de aseguramiento, en los siguientes términos:

“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.”

Esta norma estatuye la inferencia razonable de que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga; la necesidad de evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia; cuando el imputado constituya un peligro para: i) La seguridad de la sociedad, o ii) la seguridad de la víctima; cuando resulte probable que el imputado: i) No comparecerá al proceso, o ii) no cumplirá la sentencia.

- ✓ Artículo 313 de la ley 906 de 2004. Esta norma estatuye:

“Artículo 313. Procedencia de la detención preventiva. <Artículo modificado por el artículo 60 de la Ley 1453 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> Satisfechos los requisitos señalados en el artículo 308, procederá la detención preventiva en establecimiento carcelario, en los siguientes casos: 1. En los delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados. 2. En los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro (4) años. 3. En los delitos a que se refiere el Título VIII del Libro II del Código Penal, cuando la defraudación sobrepase la cuantía de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes. 4. Cuando la persona haya sido capturada por conducta constitutiva de delito o contravención, dentro del lapso de los tres años anteriores, contados a partir de la nueva captura o imputación, siempre que no se haya producido la preclusión o absolución en el caso precedente.”

Este artículo regula la procedencia de la detención preventiva carcelarias.

- ✓ Artículo 315 de la ley 906 de 2004. Sostiene:

“Artículo 315. Medidas de aseguramiento no privativas de la libertad. - Artículo modificado por el artículo 28 de la Ley 1142 de 2007-. Cuando se proceda por delitos cuya pena principal no sea privativa de la libertad, o por delitos querellables, o cuando el mínimo de la pena señalada en la ley sea inferior a cuatro (4) años, satisfechos los requisitos del artículo 308, se

podrá imponer una o varias de las medidas señaladas en el artículo 307 literal b), siempre que sean razonables y proporcionadas para el cumplimiento de las finalidades previstas.”

Este artículo regula la procedencia de las medidas de aseguramiento no privativas de la libertad.

Entonces, retomando la necesidad de verificar lo propuesto al inicio de este trabajo, esto es, los *finés*, las *clases*, la *procedencia*, y los *requisitos* –generales y específicos-, todo lo podemos extraer de las normas anteriores, no sin antes aclarar que algunas de éstas mezclan fines con requisitos y los tratan de forma indistinta, pero el siguiente ejercicio pretende clarificar y delimitar esta temática así:

Fines. Los podemos resumir de la siguiente manera:

Constitucionales.

Asegurar: i) La comparecencia de los imputados al proceso penal, ii) la conservación de la prueba, y iii) la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas. (Artículo 250 de la Constitución Nacional)

Legales.

Garantizar: i) La comparecencia, ii) La preservación de la prueba, iii) la protección de la comunidad, y iii) la protección de las víctimas. (Artículo 2, ley 906 de 2004).

Igualmente evitar la obstrucción de la justicia; o asegurar: i) la comparecencia del imputado al proceso, ii) la protección de la comunidad, iii) la protección de las víctimas, o iv) el cumplimiento de la pena. (Artículo 296, ley 906 de 2004).

También evitar: i) Que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia; ii) que el imputado constituya un peligro para la seguridad de la sociedad, o la seguridad

de la víctima; y iii) garantizar la comparecencia al proceso y el cumplimiento de la sentencia. (Artículo 308, ley 906 de 2004).

Agrupados tenemos que los fines serían:

Garantizar o asegurar: i) La comparecencia del imputado al proceso, ii) La preservación o conservación de la prueba, iii) la protección de la comunidad, iii) la protección de las víctimas, y iv) el cumplimiento de la pena o la sentencia.

Igualmente *evitar*; i) La obstrucción de la justicia; ii) que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia; y iii) que el imputado constituya un peligro para la seguridad de la sociedad, o la seguridad de la víctima.

Recuérdese que para la aplicación de esta verificación, lo primero que hay que hacer es determinar el *fin* que se pretende satisfacer, luego observar las *clases* de medidas de aseguramiento posibles o establecidas en el ordenamiento jurídico, de esas luego determinar cuál o cuáles son las *procedentes*, y finalmente, de éstas últimas, determinar cuál o cuáles de ellas se logra el cumplimiento de los *requisitos* generales y específicos y sólo así se puede proceder a imponerla(s).

El cuadro siguiente resume la temática así:

<i>Fines:</i>	<p><i>Garantizar o asegurar:</i> i) La comparecencia del imputado al proceso, ii) La preservación o conservación de la prueba, iii) la protección de la comunidad, iii) la protección de las víctimas, y iv) el cumplimiento de la pena o la sentencia.</p> <p>Igualmente <i>evitar</i>; i) La obstrucción de la justicia; ii) que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia; y iii) que el imputado constituya un peligro para la seguridad de la sociedad, o la seguridad de la víctima.</p>	
<i>Clases:</i>	<p>A. Privativas de la libertad. 1. Detención preventiva en establecimiento de reclusión. 2. Detención preventiva en la residencia señalada por el imputado, siempre que esa ubicación no obstaculice el juzgamiento;</p> <p>B. No privativas de la libertad. 1. La obligación de someterse a un mecanismo de vigilancia electrónica. 2. La obligación de someterse a la vigilancia de una persona o institución determinada. 3. La obligación de presentarse periódicamente o cuando sea requerido ante el juez o ante la autoridad que él designe. 4. La obligación de observar buena conducta individual, familiar y social, con especificación de la misma y su relación con el hecho. 5. La prohibición de salir del país, del lugar en el cual reside o del ámbito territorial que fije el juez. 6. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o lugares. 7. La prohibición de comunicarse con determinadas personas o con las víctimas, siempre que no se afecte el derecho a la defensa. 8. La prestación de una caución real adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda* o hipoteca, entrega de bienes o la fianza de una o más personas idóneas. 9. La prohibición de salir del lugar de habitación entre las 6:00 p.m. y las 6:00 a.m.</p>	
<i>Procedencia:</i>	<p>Las medidas de aseguramiento no privativas de la libertad proceden cuando se trate de delitos cuya pena principal no sea privativa de la libertad, o por delitos querellables, o cuando el mínimo de la pena señalada en la ley sea inferior a cuatro (4) años. (Artículo 315, ley 906 de 2004).</p> <p>La detención preventiva carcelaria procede en los siguientes casos: 1. En los delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados. 2. En los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro (4) años. 3. En los delitos a que se refiere el Título VIII del Libro II del Código Penal, cuando la defraudación sobrepase la cuantía de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes. 4. Cuando la persona haya sido capturada por conducta constitutiva de delito o contravención, dentro del lapso de los tres años anteriores, contados a partir de la nueva captura o imputación, siempre que no se haya producido la preclusión o absolución en el caso precedente.” (Artículo 313, ley 906 de 2004).</p>	
<i>Requisitos:</i>	<i>Generales:</i>	<p>La libertad solo se puede restringir, con una medida de aseguramiento cuando ésta sea <i>necesaria, razonable y proporcional</i> para los fines (Artículo 2, ley 906 de 2004); pero además la <i>privación o restricción</i> de la libertad tiene el carácter de <i>excepcional</i> y la interpretación de estas normas debe ser una <i>interpretación restrictiva</i> y su aplicación debe ser <i>necesaria, adecuada, proporcional y razonable</i>. (Artículo 295, ley 906 de 2004); e igualmente debe mostrarse la inferencia razonable de que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga (Artículo 308, ley 906 de 2004, ley 906 de 2004).</p>
	<i>Específicos:</i>	<p>Para imponer una medida de aseguramiento <i>no privativa de la libertad</i> se deben satisfacer los fines y requisitos generales del artículo 308 y se podrá imponer una o varias de estas medidas, siempre que sean razonables y proporcionadas para el cumplimiento de las finalidades previstas. (Artículo 315, ley 906 de 2004).</p> <p>Para imponer la detención preventiva carcelaria se deben satisfacer los fines y requisitos señalados en el artículo 308.</p>

Así las cosas, cuando las normas sometidas a estudio se refieren a la proporcionalidad en los artículos 2, 295 y 315 y cuando se habla de fines constitucionales para esta temática, parece que estuviéramos en el terreno del principio de proporcionalidad. Pues bien, este trabajo no pretende dar aplicación al principio de proporcionalidad, no es pues un trabajo de principio de proporcionalidad pero, no obstante, haremos las siguientes menciones de él para tomar distancia y mostrar que son dos ejercicios diferentes, esto es, una cosa es aplicar el principio de proporcionalidad para el caso de la detención preventiva carcelaria, lo que otros ya han hecho como veremos, y otra muy distinta es hacer una reinterpretación semántica que es lo que aquí finalmente vamos a proponer y que si es una novedad en nuestro modesto concepto.

Es que nuestra propuesta, de reinterpretación basada en la semántica, es diferente al principio de proporcionalidad, ello por cuanto la discusión aquí no es la confrontación de intereses contrapuestos para decidir, aplicando un procedimiento, cuál interés, derecho o principio tiene mayor peso que justifique sacrificar al otro, lo que aquí se trata es de la existencia de varias interpretaciones posibles sobre un mismo tema y la solución final es cuál interpretación escoger, que creemos debe ser la que más favorezca a los intereses garantistas del procesado. Pero peor aún, creemos que no es que existan varias interpretaciones posibles con la nueva que propondremos, es que creemos que la interpretación correcta es la que este trabajo va a proponer en sentido contrario a la prevalente y general que creemos es equivocada si observamos el sentido semántico de las palabras que es lo que debe hacerse al momento de interpretar. Pasemos al ejercicio al respecto:

Sobre el principio de oportunidad en materia penal.

En esta parte acudiremos a la importante tratadista Colombiana, Gloria Patricia Lopera Mesa, quien es toda una autoridad en este tema y quien sostiene sobre el particular que: “El principio de proporcionalidad puede ser concebido entonces como una estructura de argumentación, ampliamente empleada por la

jurisprudencia constitucional y al mismo tiempo objeto de una creciente elaboración dogmática, que suministra un derrotero a través del cual conducir el examen de constitucionalidad de medidas que suponen una intervención en derechos fundamentales (y en general una afectación de principios constitucionales). De acuerdo con dicha herramienta, la medida enjuiciada podrá considerarse válida siempre y cuando: 1) persiga un fin constitucionalmente legítimo; 2) constituya un medio idóneo para alcanzarlo; 3) sea necesaria, al no existir otro medio menos lesivo e igualmente apto para alcanzar la misma finalidad; 4) exista proporcionalidad entre los sacrificios y los beneficios que se obtienen con la medida legislativa.”⁷²

Refiriéndose al tema de cuando existen o se da la presencia de principios que ordenan la protección de intereses contrapuestos dice: “En tales casos, la decisión acerca de la constitucionalidad de una medida depende de establecer cuál de los principios en colisión tiene razones de mayor peso para imponerse sobre el contrario. El principio de proporcionalidad suministra un camino para fundamentar esa relación de prevalencia entre principios opuestos.”⁷³

Se nos adentra esta autora en el tema de la aplicación del principio de proporcionalidad aplicado al control de leyes penales sustantivas, concretamente a tipos penales y nos enseña el siguiente método:

Primer paso –Derechos fundamentales afectados con el tipo penal-.

Dice la autora que: “... Toda ley penal sustantiva supone una intervención en derechos fundamentales, ya sea a través de la definición de cierta conducta como delito (normas de conducta) como de la determinación de la sanción aplicable (norma de sanción). Por tanto, el primer paso para enjuiciar su constitucionalidad

⁷² GLORIA PATRICIA LOPERA MESA, “Posibilidades y límites del principio de proporcionalidad como instrumento de control del legislador penal”, en Santiago Mir Puig y Joan J. Queralt Jiménez (Directores); Silvia Fernández Bautista (Coordinadora), *Constitución y principios del derecho penal: algunas bases constitucionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 108 y 109.

⁷³Ibid., p. 111.

será determinar cuáles son los *derechos fundamentales prima facie afectados por la ley penal*, tanto a través de la prohibición contenida en la norma conducta, como mediante la definición de la clase y cuantía de la pena establecida en la norma sanción.”⁷⁴

Segundo paso –Legitimidad Constitucional del fin perseguido con el tipo penal-.

A este respecto dice la tratadista que: “El segundo término de la colisión se establece cuando se examina la *legitimidad constitucional del fin* perseguido con la intervención penal. Ello implica, en primer lugar, establecer cuál es el bien o bienes jurídicos que el legislador busca proteger con su intervención y, a continuación, verificar si la protección penal de tales bienes no está prohibida por la constitución con carácter definitivo.”⁷⁵

Conviene entonces arribar a la aplicación de los subprincipios del principio de proporcionalidad como son: La idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto. Sobre ello la autora en cita sostiene: “Solo cuando es posible establecer conflicto entre razones a favor y en contra de la constitucionalidad de la medida enjuiciada tiene lugar la aplicación de los subprincipios de la proporcionalidad que, tratándose del control de leyes penales, adquieren unos contenidos específicos que intentaré precisar a continuación.”⁷⁶

Aplicación de los sub-principios.

a) Sub-principio de idoneidad –Juicio de idoneidad-.

Sobre este sub-principio dice la autora: “El primero de los subprincipios de la proporcionalidad se orienta a verificar que la medida legislativa constituye un medio adecuado para contribuir al logro del fin que con ella se persigue, lo que

⁷⁴Ibíd., pp. 111 y 112.

⁷⁵Ibíd., pp. 112 y 113.

⁷⁶Ibíd., p. 113.

ocurrirá cuando sea posible establecer algún nexo de causalidad positiva entre la medida adoptada por el legislador y la creación de un estado de cosas en el que se incremente la realización del fin legislativo en relación con el estado de cosas existente antes de la intervención. En cambio la medida será inidónea cuando su relación con el fin sea de causalidad negativa, por que dificulte o aleje su consecución, o cuando su implementación resulte indiferente de cara a la realización del fin perseguido.”⁷⁷

b) Sub-principio de necesidad.

Sobre este particular la profesora Gloria Lopera, de quien venimos hablando, sostiene: “Acreditada la idoneidad de la prohibición y de la sanción establecida por el legislador, la argumentación continúa con la aplicación del subprincipio de necesidad, mediante el cual se lleva a cabo una comparación entre la medida enjuiciada y otros medios alternativos atendiendo a dos parámetros: Su idoneidad para promover el fin legislativo y su menor lesividad en relación con los derechos fundamentales afectados por la intervención legislativa .

La medida adoptada por el legislador se reputará necesaria cuando no exista un medio alternativo que, siendo igualmente idóneo, al mismo tiempo resulte más benigno desde la perspectiva de los derechos fundamentales objeto de intervención.”⁷⁸

En cuanto al juicio de necesidad respecto a la norma de conducta nos enseña que: “Aplicado al control de los tipos penales, el subprincipio de necesidad requiere acreditar que no existe otra alternativa de tipificación que sea igualmente idónea para proteger el bien jurídico y al mismo tiempo menos lesiva para el derecho fundamental afectado por la prohibición penal. Se trata así de buscar alternativas de regulación que circunscriban el ámbito de lo prohibido sólo a las conductas que

⁷⁷Ibidem.

⁷⁸Ibid. pp. 115.

lesionen o representen un peligro más grave para el bien jurídico, para de este modo reducir la disminución de libertad que comporta la tipificación de una conducta como delito sólo al mínimo imprescindible para alcanzar la finalidad de tutela. Ello supone introducir al juicio de necesidad de la norma de conducta buena parte de las exigencias asociadas en materia penal al principio de *fragmentariedad*.”⁷⁹

En cuanto al juicio de necesidad respecto a la norma sanción, nos dice: “Por su parte, cuando se proyecta sobre la norma sanción, el subprincipio de necesidad incorpora las exigencias asociadas al *principio de subsidiaridad* en materia penal, el cual en su vertiente externa requiere la búsqueda de *alternativas al derecho penal*, mientras que en su dimensión interna reclama la búsqueda de *pena alternativas*. De acuerdo a lo anterior, el juicio de necesidad de la norma de sanción se desdobra en dos fases: en un primer momento, se orienta a verificar si no existen medios extra-penales suficientemente aptos para proteger al bien jurídico y menos lesivos para los derechos fundamentales afectados por la norma de sanción; en un segundo momento, una vez constatado que para dicha tutela no resultan suficientes los mecanismos no penales, se trata de establecer que la clase y cuantía de sanción prevista por el legislador sea la mínima necesaria para cumplir con la finalidad preventiva.”⁸⁰

c) Sub-principio de proporcionalidad en sentido estricto.

A este propósito dice la autora: “Establecida la idoneidad y necesidad de la medida legislativa, la aplicación del principio de proporcionalidad culmina con el juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Este último consiste en una ponderación en la que toman parte, por un lado los principios iusfundamentales afectados por la definición de la conducta prohibida y de su correspondiente pena y, por otro, los principios que ordenan la protección de aquellos bienes jurídicos

⁷⁹Ibidem.

⁸⁰Ibid. p. 116.

que respaldan la intervención legislativa. Se trata de establecer si el grado de afectación de los primeros se ve compensado por el grado de satisfacción de los segundos.

Acogiendo la formulación del juicio de ponderación propuesta por Robert Alexy, para determinar el peso que ha de asignarse a cada uno de los principios en juego es preciso atender a tres variables: en primer término, el *grado de afectación / satisfacción* que para ellos se deriva de la medida enjuiciada (normas de prohibición y sanción penal); en segundo lugar, su *peso abstracto*, esto es, la importancia material de los derechos fundamentales afectados y de los bienes jurídicos protegidos; finalmente, la *seguridad de las premisas empíricas* que sustenten los argumentos a favor y en contra de la intervención.”⁸¹

Otra autora es Diana Arias Holguín, quien ofrece esta herramienta para quebrar penas, esto es, imponer penas inferiores a las establecidas en las normas penales. Al respecto nos indica que: “El principio de proporcionalidad es una herramienta argumentativa que sirve para resolver los casos difíciles, por tanto, esta puede emplearse en la decisión judicial de imponer pena o penas (prisión, privativas de derechos y multa, reguladas en el artículo 35 del CP) a un ciudadano, porque se ha demostrado que en tal acto judicial se debe resolver una tensión entre razones a favor y en contra de la imposición de aquella.”⁸².

Para esta autora es importante resaltar que el punto de partida es determinar los principios en conflicto. Habiendo púes principios fundamentales enfrentados, queda despejado el camino para iniciar con el test de proporcionalidad así:

Primer requisito, el de idoneidad.

⁸¹Ibíd. pp. 116 y 117.

⁸² Arias Holguín, Diana Patricia. “*Proporcionalidad, pena y principio de legalidad*”. Informe final de la investigación “El principio de proporcionalidad en el control de la constitucionalidad de las normas que regulan la imposición e individualización de la pena en el ordenamiento colombiano”. Financiada por el Comité para el Desarrollo de la Investigación –CODI– de la Universidad de Antioquia en la convocatoria de proyectos de menor cuantía para el año 2009. En revista de derecho, universidad del norte, 38: 142-171, 2012, p.146.

¿La pena que se está imponiendo tiene un fin legítimo?

Para responder a este interrogante, “Puede afirmarse que la pena de prisión que debe imponerse... ..posiblemente contribuye a los fines preventivos negativos (generales y especiales) porque, por su drasticidad, puede pronosticarse que esta es intimidante y, por tanto, es idónea para disuadir a los infractores y a terceros de la comisión de futuros delitos. Respecto al fin resocializador, hay certeza de que la ejecución de una pena de prisión de larga duración es contraproducente para el logro de este fin.

En todo caso, imponer tal pena satisface la exigencia de idoneidad porque ella contribuye al logro de los fines preventivos negativos. Las dudas que se suscitan en torno a su idoneidad por su carácter contraproducente para el fin resocializador se tendrán en cuenta al momento de realizar el juicio de proporcionalidad en sentido estricto.”⁸³

Segundo requisito, el de la necesidad.

¿La pena que se está imponiendo al procesado es necesaria para el cumplimiento de los fines ya mencionados, esto es, no existen otros medios alternativos, tanto dentro del derecho penal como dentro de las penas, para aplicar otras penas alternativas que logren el cumplimiento del fin o los fines encontrados?

Interrogantes como este propone la autora que se resuelvan.

Tercer requisito, proporcionalidad en sentido estricto.

a) Grado de afectación vs grado de satisfacción.

⁸³ *Ibíd.* p. 163

Aquí hay que evaluar el grado de afectación de los derechos fundamentales que se produce con la imposición de una pena de prisión debidamente ejecutada. Para esta labor podemos decir que "..., en primer lugar, puede decirse que *su alcance es considerable*, teniendo en cuenta todas las posiciones *ius* fundamentales que se restringen con la pena de prisión y su ejecución en un establecimiento carcelario colombiano. En segundo lugar, *la afectación es segura...*"⁸⁴.

b) Peso abstracto.

En este escenario, "Para determinar el peso abstracto de los principios en conflicto, en primer lugar debe tenerse en cuenta que ambos tienen la misma jerarquía constitucional porque son reconocidos expresamente en la Constitución; en segundo lugar, los derechos fundamentales afectados con la imposición de la pena son prioritarios porque constituyen bienes individuales de especial importancia..."⁸⁵

c) Seguridad de las premisas empíricas:

Por otra parte, cuando se procede a determinar la seguridad de las premisas empíricas, se puede considerar que a veces la pena "es una intervención desproporcionada, porque constituye una afectación intensa en derechos fundamentales a los que se confiere especial importancia material por su vinculación con la libertad,..."⁸⁶

Para resumir a esta autora, digamos que: "En definitiva, la imposición de la pena no puede ser el resultado de un simple proceso de subsunción, porque el juez debe resolver la colisión que siempre se presenta entre los derechos fundamentales afectados por los castigos y los fines que con ellos se persiguen. De tal ponderación podría resultar, por ejemplo, que el castigo que se sigue de la

⁸⁴ *Ibíd.* p. 166

⁸⁵ *Ibíd.* p. 167

⁸⁶ *Ibíd.* p. 168

aplicación de las reglas previstas por el legislador es desproporcionado (ya sea porque no es idóneo para alcanzar el fin, no es necesario o no es proporcionado en sentido estricto); ello obligaría al operador jurídico a optar por una sanción diversa.”⁸⁷

Aplicación del principio de oportunidad en la detención preventiva carcelaria.

Aquí es Leonardo Cruz Bolívar, quien nos da unas concretas luces al respecto⁸⁸. Así entonces, empecemos con la aplicación de este principio a la temática de esta investigación. Para ello, “Baste decir entonces a este respecto, frente a la Ley 906 de 2004, que mediante el artículo 295 ha recurrido abiertamente al principio de proporcionalidad, el cual ha tenido cierto desarrollo tanto en nuestro país como en diferentes sistemas afines al nuestro. Este principio en general se ha basado en fuentes del Derecho Constitucional alemán, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y en general la doctrina iusconstitucional. En lo que se refiere al Derecho Penal y Procesal Penal, el principio de proporcionalidad ha tenido importante desarrollo en Europa. En Colombia, si bien se desarrolló de forma no muy uniforme desde los primeros pasos de la Constitución de 1991, tal como lo expone Lopera, a comienzos del siglo XXI se consolida el principio, sobresaliendo en esa evolución inicial el fallo C-093 de 2001 y más tarde el C-022 de 2006 como referentes de importancia.”⁸⁹.

Así las cosas, es claro que: “De lo dicho hasta ahora surge, en consecuencia, que el principio de proporcionalidad resulta el instrumento operativo fundamental para la legitimación de la privación de la libertad en nuestro ordenamiento, y que su estudio resulta obligado, o, como lo menciona Sanguiné, es presupuesto, criterio interpretativo y límite de la prisión provisional. Adicional a lo anterior, debe tenerse

⁸⁷ *Ibíd.* pp. 152-153.

⁸⁸ Leonardo Fabián Cruz Bolívar, *Fundamentos de la detención preventiva en el procedimiento penal colombiano*, En: Revista Derecho Penal y Criminología • volumen XXXIII - número 95 - julio-diciembre de 2012, pp. 69-100.

⁸⁹ *Ibíd.* pp. 79-80.

presente que el ordenamiento internacional hace imperativo el recurrir a este principio por vía del bloque de constitucionalidad.”⁹⁰

Esta autor va directamente al principio de proporcionalidad y sus sub-principios así:

a) El sub-principio de la adecuación o idoneidad.

Este principio “...pretende que toda intervención en los derechos fundamentales debe ser aceptable, efectiva o concebida, cuando menos, para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo.”⁹¹.

Por ahora digamos que este sub-principio se cumple a cabalidad, ello por cuanto “...los fines legítimos son básicamente los contenidos en el artículo 250 numeral 1 superior; es decir, que la medida de aseguramiento ha de observar la necesidad de comparecencia, la protección probatoria y la protección de la comunidad y en especial de las víctimas. ...”⁹². En todo caso, bueno es resaltar que estos fines deben tener aplicación especialmente en los delitos más graves, pues “...En todo caso, los fines constitucionales conducen a que las medidas, y especialmente las que afectan la libertad, se expliquen respecto de la persecución penal de aquellos a quienes razonablemente se les ha imputado la realización de los delitos más graves que atentan contra los entes más fundamentales de la sociedad, y además de ello con la exigencia de que tal detención se lleve a cabo con el objetivo de lograr dichos fines constitucionales concretos y con pleno respeto de esos derechos fundamentales que han sido posiblemente violentados por el imputado o acusado.”⁹³.

b) El sub-principio de la necesidad.

⁹⁰ *Ibid.* pp. 80-81.

⁹¹ *Ibid.* p. 82.

⁹² *Ibidem.*

⁹³ *Ibid.* p. 83.

Este sub-principio pretende que la medida de aseguramiento que se vaya adoptar, "...debe garantizarse que esta sea la menos lesiva al derecho fundamental, en nuestro caso la libertad, entre las varias posibilidades que la ley consagra y que son admisibles de conformidad con la competencia del juez de garantías. En este aparte son de especial importancia las medidas alternativas a la prisión o, por lo menos, que el derecho a la libertad sea afectado en el menor grado posible."⁹⁴.

En este escenario, el interrogante surge cuando el fiscal, o quien además esté legitimado para ello, solicite la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva carcelaria y el Juez, que resuelve la solicitud, encuentre que se cumplen los fines con otras medidas de aseguramiento menos restrictivas de la libertad. Entonces, lo que hay que resolver, respecto a la medida o medidas de aseguramiento menos restrictivas, es "...si el juez puede concederla *motu proprio*, de forma independiente a la posición de las demás partes, o si, por el contrario, ante el carácter rogado de la solicitud de medida de aseguramiento, no deberá hacer el juez ninguna consideración al respecto, centrando su pronunciamiento en la imposición o no de la restricción solicitada por el fiscal.", o quien esté legitimado para hacer igual solicitud. Para responder a este problema, hacemos nuestras las palabras de Cruz Bolívar y afirmamos que: "Para tomar posición frente a este problema es necesario tener en cuenta que debido a que se encuentra en juego la mayor o menor intensidad en la afectación de un derecho fundamental, situación altamente trascendente para el orden del Estado, el juez sí tiene la facultad autónoma de no ceñirse estrictamente a la petición del ente acusador,..."⁹⁵

Para lo anterior, debe tenerse en cuenta que "Precisamente, en el principio de proporcionalidad, en el ámbito del subprincipio de necesidad, se plantea que el juez tiene un abanico de posibilidades entre las cuales debe prevalecer la más benigna que permita cumplir los demás fines constitucionales sin afectar severamente el principio acusatorio."⁹⁶ Y además no alejarse de la realidad del ser

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ *Ibid.* p. 84.

en donde se deduce que “Los constantes esfuerzos del legislador movido por impulsos mediáticos que han llevado a variadas reformas frente a la detención domiciliaria, han limitado el ámbito de acción del juez de garantías en esta materia, mas no por ello están cerradas sus posibilidades para actuar en consonancia con el entorno constitucional a él exigible.”⁹⁷.

b) El sub-principio de proporcionalidad concreta.

Este sub-principio busca “..., garantizar que la injerencia en el derecho fundamental esté justificada con la importancia del fin legislativo que se busca. También se agrega en la doctrina que este subprincipio busca evitar sobrecargas o cargas exageradas en materia de injerencia en los derechos fundamentales. ...”⁹⁸. Aquí, en nuestro proceso penal, encontramos unos listados que excluyen beneficios y que además ordenan restricciones, como en los que se ordena excluir la detención domiciliaria, en los que se intenta ordenar la imposición de determinadas medidas de aseguramiento etc., en estos escenarios de listados de una y otra índole, debe tenerse en cuenta que “...Los listados restrictivos carecen de razonabilidad suficiente y por tanto son apenas un criterio auxiliar del juez para analizar los casos concretos, teniendo aquel su horizonte marcado por el camino de los principios de necesidad, adecuación y proporcionalidad concreta.”⁹⁹. Además, “En desarrollo de este análisis, el juez siempre tendrá la posibilidad de analizar a fondo si existen intereses superiores a los fines constitucionales inicialmente planteados, e incluso así estos se cumplan puede no ser procedente la medida por ser contraria a un interés superior...”¹⁰⁰. Y “De esta forma, se tiene que la proporcionalidad concreta no puede ser entendida como una excusa para que el juez pueda ponderar la necesidad de la medida por el “impacto social de la

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ *Ibid.* p. 87.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

conducta” o la “peligrosidad del delincuente”, pues esos elementos son extraños a la esencia de la detención preventiva,…”¹⁰¹.

Como se observa, el principio de proporcionalidad nos brinda razones adicionales para buscar la sustitución de la medida de aseguramiento de detención preventiva carcelaria por otras medidas menos restrictivas del derecho fundamental a la libertad, dentro de las que encontramos la vigilancia electrónica.

Nuestra propuesta diferente al principio de proporcionalidad.

Retomando el rastreo normativo expuesto en el cuadro anterior, de esas normas que regulan en la actualidad la temática de las medidas de aseguramiento, se extrae en la primera mirada la interpretación general y prevalente, tanto en la doctrina y la jurisprudencia nacional, en el sentido de que las normas anteriores están ordenando para determinados delitos unas determinadas medidas de aseguramiento, esto es, que se obliga a imponer medidas privativas de la libertad, como la detención preventiva carcelaria, para determinados y ciertos delitos y que para otros delitos se estatuyen medidas no privativas de la libertad, como la vigilancia electrónica.

La interpretación general ha llevado a concluir que las medidas de aseguramiento son excluyentes las unas de las otras, a menos que la ley permita su acumulación y, por tanto, donde se ordena imponer una medida de aseguramiento privativa de la libertad, no es posible imponer una medida de aseguramiento no privativa de la misma y viceversa.

Ejemplo de lo anterior es que se entiende, general y prevalentemente, que cuando la ley ordena imponer la medida de aseguramiento de detención preventiva carcelaria, es imposible pensar en que ésta sea sustituida por otra como la vigilancia electrónica, ello por cuanto la sustitución es taxativa y solo se puede sustituir en los casos que la ley expresa e inequívocamente lo permita y con los

¹⁰¹ Ibidem.

requisitos que ella indica, como cuando se permite sustituir ésta medida por la detención domiciliaria.

En suma, lo que prevalece y se acepta, es que si la ley ordena imponer medida de aseguramiento de detención preventiva carcelaria, esa orden es clara, expresa e inequívoca y no da lugar a interpretaciones diferentes. Pues bien, en lo sucesivo pretendemos demostrar que en un plano normativo de *lege lata*, sin necesidad de propuestas en sede de *lege ferenda*, la estructura de las normas, actualmente vigentes y acabadas de referir, puede llevarnos a una reinterpretación donde la semántica y los principios constitucionales y legales juegan un papel preponderante y el resultado, como veremos, se aparta de la generalidad y la prevalencia mencionada.

Ahondemos en el análisis de las medidas de aseguramiento objeto de confrontación, esto es, la vigilancia electrónica y la detención preventiva carcelaria y pasemos a darles la mirada con el propósito acabado de referir.

Los pasos, por así decirlo, en esta nuestra propuesta, es tener en cuenta lo que ya dijimos al inicio de este trabajo en cuanto a los *finés, clases, procedencia y requisitos* así:

“i) Fines: Implica la necesidad de establecer cuál es la teleología que las inspira, los propósitos que se persiguen con su consagración en el ordenamiento jurídico. La imposición de la medida de aseguramiento presupone su idoneidad para cumplir los fines que con ella se persiguen. En concreto es clarificar los fines constitucionales y legales que se establecen para las medidas de aseguramiento y determinar en cada caso ¿cuál de esos fines se pretende satisfacer? ii) Clases: Obliga a establecer: ¿qué medidas de aseguramiento hay disponibles, en la legislación, para satisfacer esos fines? iii) Procedencia: Nos lleva a determinar ¿cuáles de las medidas de aseguramiento son procedentes, según la ley, para el caso concreto? Y iv) Requisitos o presupuestos tanto generales –para todas las

medidas de aseguramiento- como específicos para cada medida de aseguramiento en concreto. Significa el cumplimiento de los requisitos generales y/o específicos que exigen las normas para todas las medidas de aseguramiento de manera general o cada una de forma específica.

Así pues, la imposición de la medida de aseguramiento presupone la verificación de diversos aspectos—cuatro en total-, el primero de los cuales se refiere a los fines, el segundo las clases, el tercero la procedencia y, el cuarto y último el de los requisitos. Estos se deben de recorrer en esa cronología independiente del orden o ubicación que el legislador hace al respecto.”

Esto genera un procedimiento muy diferente al que se propone en el principio de proporcionalidad, pero si con la aplicación del principio de proporcionalidad se llega al mismo beneficio para el procesado, entonces bienvenida su aplicación pero consideramos que es mucho más corta y segura la ruta de nuestra propuesta que es objeto de este trabajo de investigación. Procedamos:

5.1 La medida de aseguramiento de vigilancia electrónica.

A propósito de las medidas de aseguramiento no privativas de la libertad, volvamos al artículo 315 de la ley 906 de 2004 que estatuye:

“Artículo 315. Medidas de aseguramiento no privativas de la libertad. - Artículo modificado por el artículo 28 de la Ley 1142 de 2007-. Cuando se proceda por delitos cuya pena principal no sea privativa de la libertad, o por delitos querellables, o cuando el mínimo de la pena señalada en la ley sea inferior a cuatro (4) años, satisfechos los requisitos del artículo 308, se podrá imponer una o varias de las medidas señaladas en el artículo 307 literal b), siempre que sean razonables y proporcionadas para el cumplimiento de las finalidades previstas.”

A primera vista pareciera que la medida de aseguramiento de vigilancia electrónica sólo se puede imponer en los casos establecidos en este artículo 315, quedando su aplicación reducida prácticamente a unas pocas posibilidades, ello dado que "...el legislador penal colombiano ha optado por el camino más fácil: ha aumentado la pena mínima de los delitos hasta el tope exigido por la ley procesal para imponer la medida cautelar..."¹⁰² de la detención preventiva carcelaria. Dicho de otro modo, como las penas en la actualidad, en su gran mayoría, superan los cuatro años de prisión, los delitos querellables son pocos al igual que los delitos cuya pena principal no es privativa de la libertad, entonces serían mínimas las posibilidades de utilizar la vigilancia electrónica como medida de aseguramiento.

Lo anterior no es del todo así, ello por cuanto la norma lo que menciona es que es posible imponer esta medida de aseguramiento en procesos donde se discuta la comisión de delitos que cumplan alternativamente alguna de las siguientes características: i) Cuya pena principal no sea privativa de la libertad, o ii) Por delitos querellables, o iii) Cuando el mínimo de la pena señalada en la ley sea inferior a cuatro (4) años.

No se puede dejar de lado el hecho de que la norma indica literalmente que: "... se podrá imponer una o varias de las medidas señaladas en el artículo 307 literal b), siempre que sean razonables y proporcionadas para el cumplimiento de las finalidades previstas."

Dado que la norma lo que dice es que "*se podrá imponer*", lo que no es una orden categórica, pues si así fuera hubiese dicho "*se tendrá que imponer*" o "*se deberá imponer*" y eso no es lo que se lee, analicemos el verbo "*poder*"¹⁰³, que se acerca más a una facultad que a un deber u obligación inexcusable o imperiosa. Así entonces, el mencionado verbo, permite una interpretación conforme a las normas que regulan la restricción a la libertad en el ordenamiento jurídico colombiano, que

¹⁰² Juan Oberto Sotomayor Acosta, *Las recientes reformas penales en Colombia: un ejemplo de irracionalidad legislativa*, op. cit., p. 38.

¹⁰³ Poder: Tener expedita la facultad o potencia de hacer algo . Véase diccionario de la RAE op. cit.

imponen de manera imperativa el deber de interpretar las normas teniendo en cuenta la “afirmación a la libertad” en virtud de la cual la restricción a la misma es excepcional y la libertad la regla general, la interpretación debe ser restrictiva, la aplicación debe ser necesaria, proporcional y razonable.

Siendo así las cosas, como en efecto consideramos que lo son, lo que debe entenderse es que la norma está prescribiendo que en los supuestos anteriores – del artículo 315-, no se pueden imponer medida de aseguramiento privativas de la libertad, dentro de ellas la detención preventiva carcelaria, salvo excepción expresa, y por tanto en tales eventos sólo tendrían cabida las medidas no privativas de la libertad. Pero en el misma dirección está indicando que esas medida de aseguramiento, no privativas de la libertad, dentro de ellas la vigilancia electrónica, se pueden imponer no sólo en los eventos ya mencionados del artículo 315, sino que también se pueden imponer en otros escenarios diferentes a los mencionados en el referido artículo 315. O sea, es entender que los eventos del artículo 315 son enunciativos y no excluyentes. De esta forma el campo de aplicación, de estas medidas, es más amplio de lo que a primera vista se aprecia.

Más aún, ni siquiera en los eventos de incumplimiento de las obligaciones derivadas de la imposición de una medida de aseguramiento no privativa de la libertad, se torna inexorable la imposición de la detención preventiva carcelaria. En efecto, en estos eventos según el artículo 316 del Código de Procedimiento Penal, las consecuencias del incumpliendo se regulan así:

“Artículo 316. Incumplimiento. <Artículo modificado por el artículo 29 de la Ley 1142 de 2007.> Si el imputado o acusado incumpliere alguna de las obligaciones impuestas al concederle la detención domiciliaria, a petición de la Fiscalía o el Ministerio Público, el Juez ordenará inmediatamente su reclusión en establecimiento carcelario.

El incumplimiento de las obligaciones impuestas, inherentes a la medida de aseguramiento no privativa de la libertad a que estuviere sometido el

imputado o acusado, generará la sustitución de la medida de aseguramiento por otra, de reclusión en el lugar de residencia, o no privativa de la libertad, dependiendo de la gravedad del incumplimiento. En caso de un nuevo incumplimiento se procederá de conformidad con el inciso anterior.”

De manera que según la norma transcrita, si el procesado incumpliere las obligaciones que se le imponen, sólo en ese caso es donde se puede abrir paso a medidas de aseguramiento más gravosas, como la detención preventiva carcelaria, pero después de agotar otras medidas no privativas de la libertad e incluso agotar también la detención preventiva domiciliaria. La detención preventiva carcelaria en éste caso es *la última ratio* o último recurso.

Entonces, cuando se trate de los delitos mencionados en el artículo 315—delitos cuya pena principal no sea privativa de la libertad, o por delitos querellables, o cuando el mínimo de la pena señalada en la ley sea inferior a cuatro (4) años— se derivan las siguientes consecuencias:

i) Sólo se podrá imponer medidas de aseguramiento no privativas de la libertad dentro de ellas la vigilancia electrónica; ii) cuando se incumplan las obligaciones, luego de impuesta la medida de aseguramiento no privativa de la libertad, como por ejemplo la vigilancia electrónica, se puede agravar la situación del incumplido pero empezando por imponer otras medidas de aseguramiento no privativas de la libertad e incluso dependiendo de la gravedad del incumplimiento se puede imponer la detención preventiva domiciliaria; iv) si el incumplimiento ocurre por segunda vez, se puede imponer, como *última ratio* o último recurso, la detención preventiva carcelaria.

5.2 *La medida de aseguramiento de la detención preventiva carcelaria.*

En esta misma línea volvamos al artículo 313 del código de procedimiento penal así:

“Artículo 313. Procedencia de la detención preventiva. <Artículo modificado por el artículo 60 de la Ley 1453 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> Satisfechos los requisitos señalados en el artículo 308, procederá la detención preventiva en establecimiento carcelario, en los siguientes casos: 1. En los delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados. 2. En los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro (4) años. 3. En los delitos a que se refiere el Título VIII del Libro II del Código Penal, cuando la defraudación sobrepase la cuantía de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes. 4. Cuando la persona haya sido capturada por conducta constitutiva de delito o contravención, dentro del lapso de los tres años anteriores, contados a partir de la nueva captura o imputación, siempre que no se haya producido la preclusión o absolución en el caso precedente.”

Esta norma también alude al cumplimiento de los requisitos del artículo 308, que ya aclaramos que son tanto *finés* como *requisitos* generales.

Nótese que en esta oportunidad la palabra que utilizó el artículo fue “*procederá*”, que viene del verbo “*proceder*”. Por proceder se entiende que algo se deriva de otra cosa; también como ejecutar o hacer una cosa que es precedida de otra.¹⁰⁴ Para este caso, pudiera entenderse que si se cumplen los *finés* y los *requisitos*, lo que se deriva o lo que ha de llevarse a cabo es la detención preventiva carcelaria por estar precedida del cumplimiento de estos aspectos, por ser *procedente*, por proceder la detención preventiva que es una *clase* de medida de aseguramiento establecida en nuestro ordenamiento jurídico.

Ahora, volviendo al principio de la “afirmación a la libertad”, podemos concluir que lo anterior no es del todo así, ello por cuanto si esa es la interpretación entonces la

¹⁰⁴ Proceder: “6. Pasar a poner en ejecución algo a lo cual precedieron algunas diligencias (..) 7. Continuar en la ejecución de algunas cosas que piden tracto sucesivo. Véase diccionario de la RAE op. cit.

medida de aseguramiento, de detención carcelaria, más que *proceder* en esos casos, a lo que estamos llevando la norma es a que diga que se *debe*, o se *ordena* imponer la detención preventiva carcelaria. Cómo eso no es lo que dice literalmente la norma, lo que se está entendiendo deja por fuera el criterio rector de la interpretación restrictiva, la generalidad de la libertad y la excepcionalidad de su restricción. Todo esto como desarrollo de la “afirmación de la libertad” y en consecuencia, al no dar la orden inequívoca o imperativa, lo que se abre paso es permitir interpretaciones más beneficiosas al procesado y de eso si no puede haber duda.

Esta interpretación se ve reforzada por el artículo 199 de de la ley 1098, la cual prescribe, entre otras cosas, lo siguiente:

“Artículo 199. Beneficios y mecanismos sustitutivos. Cuando se trate de los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, se aplicarán las siguientes reglas:

1. Si hubiere mérito para proferir medida de aseguramiento en los casos del artículo 306 de la Ley 906 de 2004, esta consistirá siempre en detención en establecimiento de reclusión. No serán aplicables en estos delitos las medidas no privativas de la libertad previstas en los artículos 307, literal b), y 315 de la Ley 906 de 2004.

(...)”

En esta norma quiso el legislador establecer que la única medida de aseguramiento posible, en los escenarios mencionados en este artículo, fuera la detención preventiva carcelaria. En efecto, si para estos delitos cometidos contra niños, niñas y adolescentes, el legislador hizo la expresa previsión de que solo procedería la medida carcelaria, es obvio que en los demás casos esa orden no está dada. Además, en el caso se está excluyendo la aplicación de medidas no privativas de la libertad.

Así las cosas, lo que está ocurriendo es que en esta oportunidad el legislador está ordenando la imposición sólo de la medida de aseguramiento de detención preventiva carcelaria, en el caso de que se cumplan las disposiciones del artículo 306, e igualmente de forma clara, expresa e inequívoca está excluyendo la aplicación de las medidas no privativas de la libertad, pero esto es para este caso excepcional y no es para la generalidad de los casos penales, ello por cuanto si eso fuera lo que el legislador hubiese querido decir lo hubiese dicho como lo dijo en este caso de menores de edad y de todas formas, sino generalizó el legislador, no le es dable al interprete hacerlo ya que quienes así proceden están transformando una excepción en una regla general y ese es el yerro interpretativo que pretendemos corregir con estas líneas de este trabajo académico.

De todo lo anterior nos puede llevar a pensar en los siguientes tres escenarios posibles:

- 1) Nos encontramos en los casos en que *no* es procedente la referida medida de aseguramiento, pero *si* hay fines que satisfacer y se cumplen los requisitos. En este caso, no hay posibilidad de imponer la mencionada medida de aseguramiento de detención preventiva carcelaria por obvias razones.
- 2) Nos encontramos en los casos en que es procedente la detención preventiva carcelaria, pero adicionalmente *no* se cumplen los fines ni los requisitos. En este caso lo que debe decidirse es no imponer la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva carcelaria ni medida de aseguramiento alguna, ello por cuanto los fines y requisitos generales, son comunes a todas las medidas de aseguramiento y por ende si no se cumplen para una medida de aseguramiento como esta, entonces tampoco se cumplen para otras con mayor razón.

- 3) Nos encontramos en los casos que contempla la norma como que *si* es procedente la referida medida de aseguramiento, y adicionalmente, *si* se cumplen los fines y requisitos, pero con la variable de que los mismos fines pueden ser satisfechos con la imposición de otras medidas de aseguramiento menos gravosas como las no privativas de la libertad, como por ejemplo la vigilancia electrónica y otras conjunta o indistintamente. En este caso lo que se debe decidir es imponer las otras medidas de aseguramiento que se tornan en menos gravosas dado la “afirmación a la libertad” en virtud de la cual la restricción a la libertad es excepcional y la libertad la regla general, la norma que autorice una restricción a la libertad debe interpretarse de forma restrictiva, la aplicación debe ser necesaria, proporcional y razonable.

Se hará una ampliación del escenario tres que consisten en introducir la variable de que los fines puedan ser satisfechos con la imposición de otras medidas de aseguramiento menos gravosas como las no privativas de la libertad, como por ejemplo la vigilancia electrónica y otras conjunta o indistintamente. Aquí daremos asiento a la vigilancia electrónica como sustitutiva de la detención preventiva carcelaria.

Supongamos pues, que nos encontramos en un caso investigable de oficio o cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro (4) años, que son escenarios en los que procede medida de aseguramiento de detención preventiva carcelaria, más aún, supongamos que es un homicidio agravado cuya pena está muy lejos de los cuatro años de que habla la norma, o supongamos que es un caso de los delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados, o que es uno de los delitos a que se refiere el Título VIII del Libro II del Código Penal, cuando la defraudación sobrepase la cuantía de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes, o que el procesado ha sido capturado por conducta constitutiva de delito o contravención, dentro del lapso de los tres años anteriores, contados a partir de la nueva captura o

imputación, siempre que no se haya producido la preclusión o absolución en el caso precedente, o sea, es procedente la detención preventiva carcelaria (Artículo 313).

Como es *procedente*, ayudemos un poco más, supongamos que en efecto tenemos un *fin* que satisfacer y se cumplen los *requisitos*. La única variable que le vamos a introducir es el hecho de que esos fines se pueden satisfacer solamente con la vigilancia electrónica o acompañándola con otras medidas de aseguramiento no privativas de la libertad.

En este caso debe preferirse la medida o las medidas menos gravosas, máxime que el incumplimiento de esta da lugar a su revocatoria y la imposición de nuevas medidas. Debemos abrir la mente a la buena fe y a la confianza en el procesado que no ha sido vencido en juicio y se le debe presumir inocente hasta que no se termine el proceso demostrando lo contrario. Veamos con más detalle el asunto que proponemos:

Lo que sigue es satisfacer por lo menos uno de los siguientes *fin*es optativos o alternativos a saber: *Garantizar o asegurar*: i) La comparecencia del imputado al proceso, ii) La preservación de la prueba, iii) la protección de la comunidad, iii) la protección de las víctimas, y iv) el cumplimiento de la pena o la sentencia.

Igualmente *evitar*; i) La obstrucción de la justicia; ii) que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia; y iii) que el imputado constituya un peligro para la seguridad de la sociedad, o la seguridad de la víctima.

Es el artículo 309 el que refiere el requisito de “Obstrucción de la Justicia” y al respecto reza:

“Artículo 309. Obstrucción de la justicia. Se entenderá que la imposición de la medida de aseguramiento es indispensable para evitar la obstrucción de la justicia, cuando existan motivos graves y fundados que permitan inferir que el imputado podrá destruir, modificar, dirigir, impedir, ocultar o falsificar

elementos de prueba; o se considere que inducirá a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente; o cuando impida o dificulte la realización de las diligencias o la labor de los funcionarios y demás intervinientes en la actuación.”

Podemos entonces decir que para evitar que el procesado destruya, modifique, dirija, impida, oculte o falsifique elementos de prueba; o se considere que inducirá a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente; o cuando impida o dificulte la realización de las diligencias o la labor de los funcionarios y demás intervinientes en la actuación, bastaría o se cumpliría dicho fin con imponer la vigilancia electrónica, que nos permite ubicar al procesado; si se quiere se le puede adicionar la medida de “La obligación de someterse a la vigilancia de una persona o institución determinada”, pues esa persona o institución nos puede ayudar en impedir o por lo menos informar, cuando se destruya, modifique, dirija, impida, oculte o falsifique elementos de prueba; o se induzca a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente, para revocar esta medida sustitutiva e imponer otra más gravosa.

Igualmente se le puede adicionar “La prohibición de salir del país, del lugar en el cual reside o del ámbito territorial que fije el juez”, en cuyo caso puede protegerse las pruebas que se encuentren fuera de ese rango territorial de movilidad impuesto; se le puede también adicionar la medida de “La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o lugares”, y ahí se protegerán las pruebas que se encuentren en determinado lugar. También incluso se puede explorar la posibilidad de imponer “La prohibición de comunicarse con determinadas personas o con las víctimas” que impide que se induzca a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente, e incluso la medida de “La prohibición de salir del lugar de habitación entre las 6:00 p.m. y las 6:00 a.m.” nos puede prestar este servicio, si ello contribuye en que no se destruya, modifique, dirija, impida, oculte o falsifique

elementos de prueba; o se induzca a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente”.

En cuanto al peligro para la comunidad, es el artículo 310 el que regula la materia así:

“Artículo 310. Peligro para la comunidad. <Artículo modificado por el artículo 65 de la Ley 1453 de 2011.> Para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad será suficiente la gravedad y modalidad de la conducta punible, además de los fines constitucionales de la detención preventiva. Sin embargo, de acuerdo con el caso, el juez podrá valorar adicionalmente alguna de 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 de un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional. 4. La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional. 5. Cuando se utilicen armas de fuego o armas blancas. 6. Cuando se utilicen medios motorizados para la comisión de la conducta punible o para perfeccionar su comisión, salvo en el caso de accidentes de tránsito. 7. Cuando el punible sea por abuso sexual con menor de 14 años. 8. Cuando hagan parte o pertenezcan a un grupo de delincuencia organizada.”

De esta norma se extrae con nitidez que lo primero que tiene que tener en cuenta, para considerar que la libertad del procesado es peligrosa para la comunidad es que es *suficiente*: i) La gravedad y modalidad de la conducta punible, y ii) además de los fines constitucionales de la detención preventiva.

Para hablar de los fines constitucionales de la detención preventiva, es bueno recordar que desde viejos tiempos, refiriéndose a la prisión preventiva, Beccaria sostiene que

“... siendo una especie de pena la privación de la libertad no puede preceder a la sentencia, sino en cuanto la necesidad obliga. La cárcel es sólo la simple custodia de un ciudadano hasta tanto que sea declarado reo; y esta custodia, siendo por su naturaleza penosa, debe durar el menos tiempo posible y debe ser la menos dura que se pueda. El menos tiempo debe medirse por la necesaria duración del proceso y por la antigüedad que da derecho a ser juzgado antes. La estrechez de la cárcel no puede ser más que la necesaria, o para impedir la fuga o para que no se oculten las pruebas de los delitos. El mismo proceso debe acabarse en el más breve tiempo posible.”¹⁰⁵.

No obstante, no se puede perder de vista que desde antaño, como hoy se entiende, por muchos, que “... la prisión es más bien un castigo que una custodia del reo...”¹⁰⁶. Como se ve, hasta Beccaría legitimaba, hace más de doscientos cincuenta años, medidas de aseguramiento cuando fueren *necesarias* para: i) impedir la fuga, que es lo mismo que garantizar la comparecencia del procesado o, ii) para que no se oculten las pruebas de los delitos, que es lo mismo que garantizar la conservación de la prueba.

Ahora, recordemos nuevamente que nuestra Constitución, en su artículo 250 - artículo modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo No. 3 de 2002- sostiene:

“En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá: 1. Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas. (...)”.

¹⁰⁵ Nodier Agudelo Betancur, *Cesare Beccaria, De los delitos y de las penas. Edición latinoamericana*, op. cit., 47.

¹⁰⁶ *Ibid.* p. 71.

Ahora, aquí en la Constitución se utiliza la palabra “*deberá*” y por consiguiente impone un deber a la Fiscalía: El de solicitar al juez las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas. Nótese que el Constituyente utiliza un lenguaje de orden categórica o imperativa cuando utiliza la palabra “*deberá*”, pero a su vez alude a las “medidas necesarias”, o sea no está ordenando que tenga que ser esta o aquella medida y mucho menos está ordenando que tenga que ser la medida de aseguramiento de detención preventiva carcelaria. Por ello, si el código de procedimiento penal estatuye varias “*medidas*”, que las llama medidas de aseguramiento y que pueden satisfacer la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas, se impone también el deber de aplicar las menos restrictivas de la libertad para armonizar la ley con el artículo constitucional ya mencionado. Es que en materia penal y con la nueva vista constitucional, “...el sistema se orienta a buscar gradualidad en la aplicación de las medidas restrictivas de libertad siguiendo el dictado constitucional...”¹⁰⁷ Los fines constitucionales, en este escenario del peligro para la comunidad, se muestran fácil de satisfacer con otras medidas distintas a la detención preventiva carcelaria y ello lo permite la misma Constitución tal y como se acaba de relacionar en estos renglones.

Se aprecia que nuestra Constitución tímidamente legitima medidas de aseguramiento cuando sean *necesarias* para: i) Asegurar la comparecencia de los imputados al proceso penal, que es lo mismo que riesgo de fuga, ii) la conservación de la prueba, que es lo mismo que garantizar que no se oculten las pruebas de los delitos, iii) la protección de la comunidad y, iv) la protección de las víctimas. Hoy nuestra legislación, de la ley 906 de 2004, las autoriza para cuando se muestre *necesaria* para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia, como la preservación de la prueba entre otros; que el imputado constituye

¹⁰⁷ Óscar Julián Guerrero Peralta, *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal*, op. cit., p. 464.

un peligro para la seguridad de la sociedad; para la seguridad de la víctima; o que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso; o que no cumplirá la sentencia. El requisito de *necesaria* es común en Becharia, en nuestra Constitución y en nuestra legislación de la ley 906.

En cuanto a la gravedad y modalidad de la conducta, no olvidemos que con cualquier argumento puede justificarse que la conducta es grave y cualquier modalidad puede ayudar a sustentar dicha gravedad. Es no sólo ambigua sino además muy condescendiente con el juez al permitirle tan amplio margen de movilidad, movilidad que hay que utilizar de conformidad con el principio de “afirmación de la libertad” ya referenciado y así se abre paso a privilegiar otras medidas distintas a la detención preventiva carcelaria. La ambigüedad y el amplio margen de movilidad judicial lo que debe hacer es beneficiar al procesado y no perjudicarlo. Interpretación más favorable es el camino en un Estado constitucional, social y democrático de derecho como el nuestro, en donde la libertad no sólo es un derecho sino la regla general como lo pregonan el ordenamiento jurídico.

En otro orden, la norma también indica que, de acuerdo con el caso, el juez podrá valorar adicionalmente las circunstancias que se enlistan en este artículo. Si se quisiera entender como grave la conducta de conformidad con la modalidad desplegada y que los fines constitucionales quieren que se imponga medida de aseguramiento, entonces podemos conjurar ese peligro para la comunidad con otras medidas de aseguramiento no privativas de la libertad como la vigilancia electrónica, que nos permite tener ubicado y controlado al procesado.

Si se cree que eso no es suficiente, se puede adicionar otras como por ejemplo: La obligación de someterse a la vigilancia de una persona o institución determinada, en cuyo caso la persona o entidad dará informe inmediato de cualquier actuación en contra de la comunidad que pueda empezar a desplegar el procesado y el aviso oportuno es protección a la comunidad. También puede

adicionarse la obligación de observar buena conducta individual, familiar y social, con especificación de la misma y su relación con el hecho, esta medida puede ser, junto con el mecanismo de vigilancia electrónica, suficiente para proteger a la comunidad, por cuanto si alguien observa buena conducta individual, familiar y social con especificación de la misma y su relación con el hecho por el cual es procesado, será garantía de que la comunidad no estará sometida a peligros. La prohibición de salir del lugar de habitación entre las 6:00 p.m. y las 6:00 a.m. puede también servir y ser suficiente para estos propósitos.

Cuando la norma permite al juez tener en cuenta otros aspectos enlistados en el artículo, lo que está haciendo es ampliando todavía más el margen de movilidad del juez y dicho margen, como ya se anotó, debe utilizarse a favor de la libertad del procesado y no al contrario. La norma utiliza la palabra “*podrá*” y eso es una facultad como ya se ha dicho atrás.

De todas formas, aspectos como “La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales” y “Cuando hagan parte o pertenezcan a un grupo de delincuencia organizada, deben estar respaldados, por lo menos, con evidencia que permita llegar a estas conclusiones. Los demás escenarios de “El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos”, “El hecho de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional”, “La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional”, “Cuando se utilicen armas de fuego o armas blancas”, “Cuando se utilicen medios motorizados para la comisión de la conducta punible o para perfeccionar su comisión, salvo en el caso de accidentes de tránsito”, o “Cuando el punible sea por abuso sexual con menor de 14 años”, son asuntos que objetivamente quieren dar cuenta y convencer al Juez de cierta gravedad de la conducta.

No obstante lo anterior, todas estas situaciones, pueden dar lugar a privilegiar la imposición de medidas de aseguramiento no privativas de la libertad por cuanto, se insiste, el cumplimiento de esta finalidad, que es la protección a la comunidad,

se puede satisfacer con otras medidas de aseguramiento no privativas de la libertad como ya se anotó.

Ya en el escenario del peligro para la víctima y la familia de esta y sus bienes, el artículo 311 se refiere a ello así:

“Artículo 311. Peligro para la víctima. Se entenderá que la seguridad de la víctima se encuentra en peligro por la libertad del imputado, cuando existan motivos fundados que permitan inferir que podrá atentar contra ella, su familia o sus bienes.

Consideramos que para proteger a la víctima o sus familiares o bienes, basta con imponer la medida de aseguramiento de vigilancia electrónica que nos permite vigilar y controlar al procesado y si se quiere proteger mucho más a estas personas y bienes, bastaría con adicionar otra medida de aseguramiento no privativa de la libertad como “La prohibición de comunicarse con determinadas personas o con las víctimas” y si se quiere ser más aflictivo, “La prohibición de salir del lugar de habitación entre las 6:00 p.m. y las 6:00 a.m.”.

Ya para terminar, el riesgo de no comparecencia lo regula el artículo 312 del código de procedimiento penal así:

“Artículo 312. No comparecencia. <Artículo modificado por el artículo 25 de la ley 1142 de 2007.> Para decidir acerca de la eventual no comparecencia del imputado, se tendrá en cuenta, la gravedad y modalidad de la conducta y la pena imponible, además de los siguientes factores: 1. La falta de arraigo en la comunidad, determinado por el domicilio, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades que tenga para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto. 2. La gravedad del daño causado y la actitud que el imputado asuma frente a este. 3. El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro anterior, del que se pueda inferir razonablemente su falta de voluntad para sujetarse a la investigación, a la persecución penal y al cumplimiento de la pena.”

Anotemos que para impedir que sea la detención preventiva carcelaria la medida que se imponga, bien puede satisfacerse la garantía de comparecencia imponiendo medidas de aseguramiento no privativas de la libertad como la vigilancia electrónica y si se quiere se puede adicionar “La obligación de someterse a la vigilancia de una persona o institución determinada”, cuya persona o entidad nos puede ayudar a garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, igualmente se le puede adicionar “La obligación de presentarse periódicamente o cuando sea requerido ante el juez o ante la autoridad que él designe” en cuyo caso, se mantendrá contacto directo y permanente con el procesado y mostrará que comparecerá en cualquier momento como lo hace cada que es requerido o en la forma periódica ordenada. También se puede agregar “La prohibición de salir del país, del lugar en el cual reside o del ámbito territorial que fije el juez”, en ese caso se garantiza que el procesado esté en determinado lugar geográfico. También se puede agregar “La prohibición de salir del lugar de habitación entre las 6:00 p.m. y las 6:00 a.m.”, en estos casos garantizaremos que el procesado estará en su lugar de habitación todas las noches y por ende todos los días.

Finalmente anotamos que es preferible hacer uso de la norma ya mencionada que indica que “El juez podrá imponer una o varias de estas medidas de aseguramiento, conjunta o indistintamente, según el caso, adoptando las precauciones necesarias para asegurar su cumplimiento...” y restringir la libertad de varias formas, que imponer una medida de aseguramiento tan gravosa como la detención preventiva carcelaria. Se insiste en que el incumplimiento de cualquier medida de aseguramiento, no privativa de la libertad, da lugar a que se revoquen estas medidas alternativas y se impongan otras como la intramural, pero hay que dar la oportunidad al procesado y no imponer la carcelaria como primer recurso.

Se pensaría que se incumplirán las otras medidas impuestas o que cómo otros las incumplen estas medidas alternativas, entonces este o aquel procesado también

lo hará; eso es actuar de manera contraria a la buena fe y a la presunción de inocencia que consagra y garantiza nuestra Constitución Nacional.

6. Conclusiones

Las conclusiones de este trabajo las podemos anunciar empezando por el hecho de haber determinado la evolución normativa en Colombia de las medidas de aseguramiento desde 1936 en adelante, y haber establecido el momento exacto del surgimiento de la vigilancia electrónica como una de esas formas, se identificó los *fines, clases, procedencia y requisitos* que dichas legislaciones establecen respecto a las mencionadas medidas de aseguramiento.

Se hizo mención a la temática del mecanismo de vigilancia electrónica, allí se enunciaron y explicaron sus tipologías existentes, sus principales características técnicas y su ámbito de cubrimiento espacial y se relacionó la regulación administrativa que se ha expedido al respecto en Colombia.

Relevante resultó haber hecho la diferencia de la vigilancia electrónica como pena y como medida de aseguramiento.

Se desarrolló el tema de la detención preventiva carcelaria y dentro de ella su interpretación en el derecho internacional; la interpretación de su naturaleza en cierto sector de la doctrina; la incidencia de las causales de ausencia de responsabilidad, en donde si bien se estableció que no hay regulación sobre el particular, se impone la necesidad de tenerlas en cuenta al momento de imponer una medida de aseguramiento y muy especialmente al momento de imponer la detención preventiva carcelaria. Igualmente se hizo alusión a la temática de la duración de ésta medida de aseguramiento en donde se aludió al derecho comparado al respecto, a algunos referentes jurisprudenciales en Colombia y el tratamiento legislativo sobre el particular.

En cuanto al centro de este trabajo de investigación, se estudió la vigilancia electrónica como medida sustitutiva de la detención preventiva carcelaria, se estudió específicamente la medida de aseguramiento de vigilancia electrónica y la medida de aseguramiento de detención preventiva carcelaria y se estableció que la primera puede utilizarse como sustituta de la última. Para llegar a determinar esto, se estudió la última normatividad procesal penal y de ella verificamos los *finés*, las *clases*, la *procedencia*, y los *requisitos* –generales y específicos- de las medidas de aseguramiento. Se aclaró que algunas de estas normas mezclan fines con requisitos y los tratan de forma indistinta como el 308 que dice contener los requisitos, pero se estableció que su contenido refleja *finés* y también *requisitos* generales.

En esta dirección, se detectaron los *finés* tanto constitucionales como los legales y se agruparon de la siguiente forma: *Garantizar o asegurar*: i) La comparecencia del imputado al proceso, ii) La preservación o conservación de la prueba, iii) la protección de la comunidad, iii) la protección de las víctimas, y iv) el cumplimiento de la pena o la sentencia.

Igualmente *evitar*; i) La obstrucción de la justicia; ii) que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia; y iii) que el imputado constituya un peligro para la seguridad de la sociedad, o la seguridad de la víctima.

Se relacionaron las *clases* de medidas de aseguramiento disponibles y la *procedencia* de las mismas y se relacionaron los requisitos para imponer dichas medidas. Dentro de éstos se resaltaron los requisitos generales entendiendo, dentro de ellos, que la libertad solo se puede restringir, con una medida de aseguramiento cuando ésta sea *necesaria, razonable y proporcional* para los fines (Artículo 2, ley 906 de 2004); también que la *privación o restricción* de la libertad tiene el carácter de *excepcional* y la interpretación de estas normas debe ser una *interpretación restrictiva* y su aplicación debe ser *necesaria, adecuada, proporcional y razonable*. (Artículo 295, ley 906 de 2004); e igualmente debe mostrarse la inferencia razonable de que el imputado puede ser autor o partícipe

de la conducta delictiva que se investiga (Artículo 308, ley 906 de 2004, ley 906 de 2004).

Se propuso hacer la verificación de los fines, clases, procedencia y requisitos así: Lo primero es determinar el *fin* que se pretende satisfacer, luego observar las *clases* de medidas de aseguramiento posibles o establecidas en el ordenamiento jurídico, de esas luego determinar cuál o cuáles son las *procedentes*, y finalmente, de éstas últimas, determinar cuál o cuáles de ellas se logra el cumplimiento de los *requisitos* generales y específicos y sólo así se puede proceder a imponerla(s).

Ya en el centro de esta investigación académica, concluimos que cuando se trate de los delitos mencionados en el artículo 315—delitos cuya pena principal no sea privativa de la libertad, o por delitos querellables, o cuando el mínimo de la pena señalada en la ley sea inferior a cuatro (4) años— se pueden derivar, entre otras, consecuencias como las siguientes: i) Sólo se podrá imponer medidas de aseguramiento no privativas de la libertad dentro de ellas la vigilancia electrónica; ii) cuando se incumplan las obligaciones, luego de impuesta la medida de aseguramiento no privativa de la libertad, como por ejemplo la vigilancia electrónica, se puede agravar la situación del incumplido pero empezando por imponer otras medidas de aseguramiento no privativas de la libertad e incluso dependiendo de la gravedad del incumplimiento se puede imponer la detención preventiva domiciliaria; y iv) si el incumplimiento ocurre por segunda vez, se puede imponer, como *última ratio* o último recurso, la detención preventiva carcelaria.

En cuanto a la medida de aseguramiento, consistente en detención preventiva carcelaria, se estudió muy especialmente el escenario donde la norma estatuye como *procedente* la referida medida de aseguramiento, y adicionalmente, se cumplen los *fines* y *requisitos*, pero con la variable de que los mismos fines y requisitos generales pueden ser satisfechos con la imposición de otras *clases* de medidas de aseguramiento menos gravosas como las no privativas de la libertad, como por ejemplo la vigilancia electrónica y otras conjunta o indistintamente. Se dijo que en este caso lo que se debe decidir es imponer las otras medidas de

aseguramiento que se tornan en menos gravosas dado la “afirmación a la libertad” en virtud de la cual la restricción a la libertad es excepcional y la libertad la regla general, la norma que autoriza una restricción a la libertad debe interpretarse de forma restrictiva, la aplicación debe ser necesaria, proporcional y razonable.

Se dijo que era preferible hacer uso de la norma que indica que “El juez podrá imponer una o varias de estas medidas de aseguramiento, conjunta o indistintamente, según el caso, adoptando las precauciones necesarias para asegurar su cumplimiento...” y restringir, de esa forma, la libertad con varias medidas de aseguramiento no privativas de la libertad, que imponer una medida de aseguramiento tan gravosa como la detención preventiva carcelaria.

La gran conclusión que podemos anotar, de toda esta investigación, es que la vigilancia electrónica sí puede sustituir la detención preventiva carcelaria y lo puede hacer de manera independiente o acompañándose de otras medidas de aseguramiento igualmente no privativas de la libertad.

Esperamos haber aportado algunos nuevos criterios en la inagotable temática de las medidas de aseguramiento y si ello es así, termino haciendo más las palabras que hace ya varios siglos nos compartió Thomas Hobbes así:

“...estoy a punto de creer que mi labor resulta tan inútil como el Estado de Platón, porque también él opina que es imposible acabar con los desórdenes del Estado y con los cambios de gobierno acarreados por la guerra civil, mientras los soberanos no sean filósofos. Sin embargo, cuando considero que la ciencia de la justicia natural es la única ciencia necesaria para los soberanos, y para sus principales ministros, y que no es necesario abrumarlos con las Ciencias matemáticas (como Platón pretendía) sino darles buenas leyes para estimular a los hombres al estudio de ellas; y que ni Platón ni ningún otro filósofo ha establecido y probado de modo suficiente o posible todos los teoremas de doctrina moral, para que los hombres aprendan cómo gobernar y cómo obedecer, yo recobro cierta esperanza de que más pronto o más tarde, estos escritos míos caerán en manos de un soberano que los examinará por sí mismo (ya que son cortos, y a juicio mío claros), sin la ayuda de ningún

intérprete interesado o envidioso; que ejercitando la plena soberanía, y protegiendo la enseñanza pública de tales principios, convertirá esta verdad de la especulación en utilidad de la práctica.”¹⁰⁸.

7. Bibliografía.

Básica y aplicada o citada.

- Agudelo Betancur, Nodier. *Cesare Becaría. De los delitos y de las penas. Edición latinoamericana. Estudio preliminar de Nodier Agudelo Betancur*, Bogota D.C., Nuevo Foro, 1998.
- Araque Moreno, Diego. *Introducción al Derecho Penal*, Bogotá D.C., Ibañez, 2014,
- Ariza, Libardo José e Iturralde, Manuel. *Los muros de la infamia: Prisiones en Colombia y en América Latina*, Universidad de los Andes -Facultad de Derecho, Cijus ediciones Uniandes, Bogotá, 2012.
- Arias Holguín, Diana Patricia. *“Proporcionalidad, pena y principio de legalidad”*. Informe final de la investigación “El principio de proporcionalidad en el control de la constitucionalidad de las normas que regulan la imposición e individualización de la pena en el ordenamiento colombiano”. Financiada por el Comité para el Desarrollo de la Investigación –CODI– de la Universidad de Antioquia en la convocatoria de proyectos de menor cuantía para el año 2009. En revista de derecho, universidad del norte, 38: 142-171, 2012
- Bernal Cuellar, Jaime y Montealegre Lynett, Eduardo. *Estructura y garantías procesales. El proceso penal*. Tomo II, 6ª edición. Bogotá, D.C., Universidad Extrañado de Colombia, 2013.
- Cruz Bolívar, Leonardo Fabián. *Fundamentos de la detención preventiva en el procedimiento penal colombiano*, En: Revista Derecho Penal y Criminología • volumen XXXIII - número 95 - julio-diciembre de 2012.
- Escobar Marulanda, Gonzalo. *Los monitores electrónicos (¿puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel?)*, en Cid Moliné, José / Larrauri Pijoan, Elena (Coordinadores),
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995.

¹⁰⁸ Thomas Hobbes, *El leviatán*, op. cit., p. 149.

- Fernández Carrasquilla, Juan. *Derecho penal, parte general. Principios y categorías dogmáticas*, Bogotá, Ibáñez, 2011.
- Franco Bustamante, Gladis Irene. *El concepto de peligrosidad como fundamento de la detención preventiva bajo la vigencia de la ley 906 de 2004: Análisis jurisprudencial ¿Garantismo o autoritarismo? ¿Restricción o expansión?*, Universidad EAFIT, Medellín, Colombia, 2012.
- Gómez Cardona, Efraín. *La responsabilidad del Estado en la Constitución de 1991*, Biblioteca Jurídica DIKÉ, Medellín, 1995.
- Guerrero Peralta, Oscar Julián. *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal*, Bogotá, Nueva Jurídica, segunda edición, 2007.
- Hobbes, Thomas. *El leviatán*, disponible en: <http://eltalondeaquiles.pucp.edu.pe/sites/eltalondeaquiles.pucp.edu.pe/files/Hobbes - Leviatan.pdf>. Consultado 12 de Septiembre de 2014.
- Londoño Berrio, Hernando León. *La detención preventiva en las jurisprudencias de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia. Reflexiones a propósito de la sentencia C-774 de 2001*. En: Nuevo Foro Penal (Medellín). Nro. 65. EAFIT. 2003.
- Lopera Mesa, Gloria Patricia. "Posibilidades y límites del principio de proporcionalidad como instrumento de control del legislador penal", en Santiago Mir Puig y Joan J. Queralt Jiménez (Directores); Silvia Fernández Bautista (Coordinadora), *Constitución y principios del derecho penal: algunas bases constitucionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.
- Maier, Julio B.J. *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, 2ª Edición, 1ª Reimpresión, Buenos Aires Argentina, Editores del puerto s.r.l, 1999.
- Morales, Ana María. *Vigilancia en la modernidad tardía: El monitoreo telemático de infractores*, en revista electrónica política criminal, volumen 8, número 16, artículo 3, pp. 408-471, Chile, Universidad de Talca, 2013.
- Sandoval Fernández, Jaime y Del Villar Delgado, Donaldo Danilo. *Responsabilidad Penal y Detención Preventiva, el proceso penal en Colombia –Ley 906 de 2004*, Universidad del Norte y Grupo Ibañez, Barranquilla, Colombia, 2013.
- Sotomayor Acosta, Juan Oberto. *Las recientes reformas penales en Colombia: un ejemplo de irracionalidad legislativa*, en: Nuevo Foro Penal (Medellín). Nro. 71. EAFIT. 2007.

Complementaria y consultada.

- Andrés Ibáñez, Perfecto. Presunción de inocencia y prisión sin condena, en: *En entorno a la jurisdicción*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2007.
- Aponte, Alejandro. *Captura y medidas de aseguramiento: El régimen de libertad en la nueva estructura procesal penal en Colombia*, 2ª ed., Bogotá, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2008.
- Barros Leal, Cesar. *La vigilancia electrónica a distancia como alternativa al encierro. Desde la perspectiva del pensamiento de Alessandro Baratta, para quien "la mejor cárcel es sin duda la que no existe"*, síntesis de la ponencia impartida en San José, Costa Rica, en el Seminario Latinoamericano sobre el Pensamiento de Alessandro Baratta, realizado en el periodo del 29 y 30 de septiembre y 1 de octubre, en: *Revista digital de la Maestría en ciencias penales de la universidad de Costa Rica*, Nro. 2, 2010.
- Bigliani, Paola y Bovino, Alberto. *Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano*, Buenos Aires, Editores Del Puerto, 2008.
- Coyle, Andrew. "La sobrepoblación en las prisiones: la prisión y la comunidad", en Elías Carranza (coord.). *Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria. Respuestas posibles.*) México: Siglo XXI, 2001.
- Figueiredo Dias, Jorge. "Una perspectiva funcional teleológica sobre las medidas cautelares en el proceso penal", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, vol. xviii, n.º 57/58, septiembre de 1995/abril de 1996, Universidad Externado de Colombia.
- Fernández Carrasquilla, Juan. *Principios y normas rectoras del derecho penal*. Bogotá: Leyer, 1998.
- Foucault, Michel. *Vigilar y castigar*, Buenos Aires, Siglo veintiuno editores, 2002.
- García Vitoria, Aurora. "El cumplimiento del alejamiento e incomunicación del agresor con la víctima. Medios tecnológicos de control"; en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, nº 8, 3ª Época, 2005.
- González Navarro, Antonio Luis. *La detención preventiva en el procedimiento penal acusatorio*, Bogotá, Leyer, 2009.
- Gudín Rodríguez-magariños, Faustino. "Cárcel electrónica: de la cárcel física a la cárcel mental", en *Revista del Poder Judicial*, nº 79, tercer trimestre, 2005.

- _____ “La cárcel electrónica. El modelo del derecho norteamericano”, en *La Ley Penal. Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 21, 2005.
- _____ *Cárcel electrónica. Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.
- _____ “El trabajo penitenciario visto bajo la luz de las nuevas tecnologías”, en *La Ley*, nº 6718, Año XXVIII, martes, 22 de mayo de 2007.
- _____ *Sistema penitenciario y revolución telemática: ¿El fin de los muros en las prisiones? Un análisis desde la perspectiva del Derecho comparado*, Madrid, Slovento, 2005.
- _____ *Cárcel electrónica y sistema penitenciario del siglo XXI*, AFDUA 2005.
- _____ *La nueva pena de libertad vigilada bajo control de sistemas telemáticos*, Revistas@iustel.com, Revista General de Derecho Penal 11, 2009.
- Hunt, Lynn. *La invención de los derechos humanos*, Barcelona, Tusquets editores S.A., 2009.
- Iglesias Río, Miguel Ángel y Pérez Parente, Juan Antonio. *La pena de localización permanente y su seguimiento con medios de control electrónico*, Anuario de derecho constitucional latinoamericano, en biblioteca jurídica virtual de la universidad nacional de México (UNAM), 2006.
- Llobet Rodríguez, Javier. *La prisión Preventiva (Límites constitucionales)*, San José de Costa Rica, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico S.A., 1997.
- Manzanares Samaniego, José Luis. “La pena de localización permanente”, en *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, nº 25, 2006.
- Molano Rodríguez, Jorge E. *Libertad: rehén de la “seguridad democrática”*, Bogotá, Códice, 2006.
- Muñoz Cuesta, Javier. “La nueva pena de localización permanente introducida por la LO 15/2003 y el fracaso de la pena de arresto de fin de semana”, en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, nº 6, 2004.

- Pedraza Jaimes, Miguel. *La detención preventiva en el sistema acusatorio*, Bogotá, Andrés Morales, 2010.
- Posada Maya, Ricardo (Coordinador). Sobre la naturaleza y la legitimidad de la detención preventiva: ¿Una simple medida procesal-cautelar o una auténtica pena de prisión sin juicio?. A propósito de la ley 1142 de 2007, en Suárez López Carlos Alberto (Coordinador), *Temas de Derecho Penal*, Bogotá, Ediciones Uniandes, Temis, 2008.
- Poza Cisneros, María. “Las nuevas tecnologías en el ámbito penal”, en *Poder Judicial*, nº 65, 2002.
- Racionero Carmona, F. *Derecho penitenciario y privación de libertad. Una perspectiva judicial*, Madrid, 1999.
- Roxin, Claus. *Derecho procesal penal*. Trad. de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B. J. Maier. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.
- Sam Pedro Arrubla, Camilo. Detención preventiva y seguridad ciudadana, en *xxiv Jornadas Internacionales de Derecho Penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012.
- Sanguiné, Odone. *Prisión provisional y derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.
- Vélez Osorio, Luis Gonzaga. *Otra cara del sistema acusatorio colombiano: Menosprecio de la libertad personal y autoritarismo penal*, Universidad de Antioquia -Facultade de Derecho y Ciencias Políticas-, Medellín, 2012.
- Velázquez Velásquez, Fernando. *Derecho penal, parte general*, 4ª edición, Bogotá D.C., Comlibros, 2009.
- Von Hirsch, Andrew. *Censurar y castigar*, Madrid, Trotta, 1998.
- Zaffaroni, Eugenio. “La función reductora del derecho penal ante un estado de derecho amenazado (o la lógica del carnicero responsable)”. *Revista de Ciencias Jurídicas ¿Más Derecho?*, N.º 3, Fabián J. Di Plácido Editor, Buenos Aires, 2003.

Jurisprudencia.

- Corte Constitucional, sentencia C-185 del 16 de marzo de 2011, MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

- Corte Constitucional, sentencia C-774 de 2001, Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional, sentencia C-461 de 2011, Magistrado Ponente Dr. Juan Carlos Henao Pérez.
- Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, sala plena, Consejero Ponente Dr. Hernán Andrade Rincón (E), el 28 de Agosto de 2014, radicado número 68001-23-31-000-2002-02548-01(36149), actor: José Delgado Sanguino y otros, demandado: Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y referencia: Apelación sentencia – Acción de reparación directa.
- Tribunal Superior de Medellín sala sexta de decisión laboral, proferida en marzo cuatro de dos mil trece, cuya referencia fue una acción de tutela de primera instancia, accionante: Elias de J. Monsalve Lopera, entidad accionada: Instituto Nacional Penitenciario Carcelario – INPEC – y otros y RADICADO: 050012205000- 201300130.

Otros.

- Boletín del 28 de Octubre de 2014, de la Fiscalía General de la Nación de la República de Colombia, disponible en <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/>, consultada el 5 de Noviembre de 2014.
- Diccionario de la RAE los significados son los siguientes: *restringir*: reducir a menores límites y *privar*: Despojar a alguien de algo que poseía. Véase, <http://www.rae.es/recursos/diccionarios/drae>, edición 22ª, de acuerdo con información disponible en esta página consultada en noviembre 26 de 2014.