

LA DETENCIÓN DOMICILIARIA EN EL MARCO DE LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN LAS MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO

AUTOR: Luís Francisco Casas Farfán
FECHA DE RECEPCIÓN: Septiembre 06 de 2011
DIRECCIÓN: pachocasas@hotmail.com

RESUMEN: El presente artículo es producto de la investigación titulada "Estudio jurisprudencial y doctrinal sobre la Responsabilidad penal"; el cual plantea que la detención preventiva, en cualquiera de sus dos modalidades: establecimiento carcelario o en lugar de residencia, es una medida cautelar de carácter personal, admisible de vieja data en los procesos penales. Su reconocimiento y procedencia tienen fundamento constitucional, como quiera que con tal instituto jurídico se adopta un instrumento idóneo para alcanzar fines inherentes a las autoridades estatales, tales como la protección de la comunidad, de las víctimas, así como la preservación de pruebas o la garantía de comparecencia del procesado al proceso.

PALABRAS CLAVES: Instituto jurídico, Responsabilidad penal, Detención domiciliaria, Constitución política, Derechos constitucionales.

ABSTRACT: This paper is the product of research entitled "Study jurisprudence and doctrine on the criminal responsibility" which posits that preventive detention, in either of two ways: in the prison establishment or residence, is a precautionary measure personal, longstanding admissible in criminal prosecutions. Its recognition and source are constitutional basis, however it provided Law Institute adopting an ideal instrument for reach objectives inherent to the state authorities, such as community safety, victims and preserving evidence or ensuring the appearance of the accused process.

KEY WORDS: Institute legal, criminal, home detention, Constitution, Constitutional rights.

LA DETENCIÓN DOMICILIARIA EN EL MARCO DE LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN LAS MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO

Luis Francisco Casas Farfán*

A Laureano Gómez Serrano, mi maestro.

In memóriam.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La detención preventiva, en cualquiera de sus dos modalidades: establecimiento carcelario o en lugar de residencia es una medida cautelar de carácter personal, admisible de vieja data en los procesos penales. Su reconocimiento y procedencia tienen fundamento constitucional, como quiera que con tal instituto jurídico se adopta un instrumento idóneo para alcanzar fines inherentes a las autoridades estatales, tales como la protección de la comunidad, de las víctimas, así como la preservación de pruebas o la garantía de comparecencia del procesado al proceso.

La presunción de inocencia, por su parte, es una cara garantía procesal reconocida igualmente en el ámbito constitucional y en el estándar internacional de los derechos humanos. Conforme a tal principio, no se puede tomar como responsable a aquel que está siendo procesado, pues mientras no sea vencido en juicio debe presumírsele inocente.

Vistas así las cosas, es evidente que la detención preventiva y la presunción de inocencia están en una permanente tensión, pues al fin de cuentas, la aplicación de aquella implica la privación o restricción a la libertad del procesado que aun no ha sido vencido en juicio y que, por ende, debe presumírsele inocente frente a las imputaciones que se le han hecho.

* Docente Facultad de Derecho Universidad Autónoma de Bucaramanga. Especialista en Derecho Público y Derecho Penal Universidad Autónoma de Bucaramanga; Especialista en Derecho Constitucional Universidad Libre. Magíster en ciencias penales de la Universidad Externado de Colombia.

El legislador colombiano, consciente de la complejidad que implica regular la detención preventiva para no caer en una fácil antinomia del ordenamiento jurídico, discutió y plasmó en el Código de procedimiento penal una serie de disposiciones jurídicas que sirven de criterio hermenéutico para resolver un caso concreto.

En efecto, no es gratuito que se defina la libertad como principio rector del proceso penal colombiano, pues ello sólo reitera los postulados constitucionales que la conciben como valor (preámbulo), fin (artículo 2) derecho (artículo 28) y garantía (artículo 28 y 29). De igual modo, no resulta extraño, y antes bien, es una reafirmación de la importancia otorgada a esa libertad, haber afirmado en el artículo 295 del C.P.P., que “las disposiciones de este código que autorizan preventivamente la privación o restricción de la libertad del imputado tienen carácter excepcional” y que “sólo podrán ser interpretadas restrictivamente y su aplicación debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales”.

Pese a lo anterior, las reformas introducidas por la ley 1142 de 2.007 al Código de procedimiento penal, así como la interpretación que de algunas normas jurídicas se ha hecho, han desnaturalizado el esquema original, motivando el desconocimiento del test de proporcionalidad, lo que conlleva a que la detención preventiva sea regla general y no propiamente excepción en los procesos que se ventilan en la jurisdicción penal.

Específicamente es interesante observar cómo la ley 1142 de 2.007 introdujo un párrafo al artículo 314 del C.P.P., con la intención de evitar que en casos en los que se adelante un proceso por cierto tipo de delitos allí reseñados, se sustituya la detención preventiva en establecimiento carcelario por la domiciliaria, con lo cual el legislador impone una regla que, de alguna manera, busca que el juzgador parta de una presunción de necesidad de medida, con lo que se está propiciando la dispensa de hacer análisis enmarcados en test de proporcionalidad.

El problema reseñado nos lleva a recordar las palabras del profesor Alberto Bovino: “A pesar del reconocimiento de estas garantías en el ámbito normativo de mayor jerarquía -esto es, en constituciones y tratados internacionales de derechos humanos-, tanto las prácticas cotidianas de la justicia penal como la regulación legislativa del procedimiento penal de los países de América Latina se han impuesto en nuestra realidad. Estas circunstancias, continuadoras de una acendrada tradición autoritaria y manifiestamente antiliberal, heredada de la cultura colonial hispánica, han impedido, de hecho, toda posibilidad de lograr el respeto efectivo de la garantía de libertad y del principio de inocencia. Según los estudios empíricos, nuestros países recurren,

como *regla*, al encarcelamiento cautelar de personas inocentes, como si se tratara de una pena anticipada”.¹

2. REQUISITOS PARA IMPONER UNA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO

Conforme a lo preceptuado en el artículo 308 del C.P.P., se indica que para imponer una medida de aseguramiento se requieren dos condiciones sustanciales y una condición de procedibilidad:

En relación con las condiciones sustanciales tenemos que ellas son:

- a. Una inferencia razonable “que el imputado pueda ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga”.
- b. Se acredite la necesidad de imponer la medida de aseguramiento para salvaguardar alguno de sus fines.

La condición de procedibilidad es doble: Por un lado la exigencia de requerirse petición expresa de la Fiscalía General de la Nación, lo que indica que no puede oficiosamente imponerse tal medida asegurativa; y, en segundo lugar, su procedencia tan sólo a partir de la formulación de imputación.

Descrito el panorama general de procedencia de la medida de aseguramiento, menester es entonces profundizar en cada uno de ellos:

2.1. INFERENCIA RAZONABLE DE AUTORÍA O PARTICIPACIÓN DE UNA CONDUCTA DELICTIVA

2.1.1. EXIGIBILIDAD DEL ESTUDIO DE LA INFERENCIA RAZONABLE

La primera dificultad que se observa en la praxis judicial es la confusión que se genera entre el contenido del artículo 286 del C.P.P., y la exigencia de este requisito para imponer medida de aseguramiento; veamos:

¹ BOVINO, Alberto. Problemas del Derecho procesal penal contemporáneo. Editores del Puerto. Buenos Aires. 1.998. Página 150.

El artículo 286 del C.P.P., define lo que es la formulación de imputación, destacando que es un acto de comunicación, por lo que no comporta una decisión judicial susceptible de recursos. Por su parte, el artículo 287 de la misma obra regla que sólo es procedente que el fiscal formule imputación “cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga”.

Obsérvese cómo la expresión “inferir razonablemente” se utiliza tanto en el artículo 287 C.P.P., referido a la imputación, como en el artículo 308, ibídem, alusivo a los requisitos para imponer medida de aseguramiento. Esta coincidencia terminológica ha llevado a una inadecuada práctica judicial cual es creer que como quiera que la medida de aseguramiento sólo se efectúa con posterioridad a la formulación de imputación, el juez de control de garantías queda eximido de analizar tal requisito de la inferencia razonable, pues se da por descontado que ello ya aconteció, precisamente, en la audiencia de formulación de imputación.

No se duda en calificar de inadecuada interpretación, pues ello repugna con una correcta hermenéutica de las disposiciones jurídicas en comento, tal y como se indica a continuación:

En la audiencia de formulación de imputación no se profiere decisión, sólo se comunica al imputado y a su defensor de la existencia de una investigación penal. El juez de control de garantías es testigo de excepción de dicha comunicación y su rol está circunscrito a asegurar que se ha comprendido la imputación, así como los derechos que se adquieren plenamente a partir de tal momento procesal (artículo 8 del C.P.P.); e igualmente, comprender el deber de no enajenar bienes sujetos a registro por el lapso de 6 meses. De la misma manera, la actividad del juez constitucional en ésta audiencia debe garantizar que se le otorgue al procesado la oportunidad de allanarse a los cargos con miras a obtener una rebaja de pena y que, en el evento de hacerse tal cosa, corroborar que la manifestación de voluntad del procesado sea libre.

En esa audiencia de imputación el fiscal es quien hace la comunicación y no está obligado a presentar elementos materiales de prueba que soporten la imputación. De igual modo, es el fiscal el que toma la decisión de imputar o no al procesado, siendo que dicha decisión se efectuará cuando, a juicio del fiscal, éste infiera razonablemente la existencia de una conducta delictiva y que el procesado es autor o partícipe de la misma.

Dicho de manera más simple: El destinatario del artículo 287 del C.P.P., es el fiscal a cargo de la investigación, luego la inferencia razonable a la que se refiere dicha norma sólo le compete hacerla a esa parte procesal; no es susceptible de contradicción por la defensa, como tampoco por el juez de control de garantías, quienes sólo están habilitados para llevar a cabo las solicitudes de aclaración necesarias para que la comunicación, propia de la audiencia de formulación de imputación, sea lo más clara posible.

Por el contrario, la inferencia razonable del artículo 308 del C.P.P., tiene un destinatario diferente: es el juez de control de garantías y ello, en razón a que esa inferencia no es el soporte de una comunicación, como en la imputación, sino de una decisión judicial: la imposición o no de una medida de aseguramiento. Como toda decisión judicial, ella sólo será posible luego de haber surtido la respectiva contradicción, esto es, después que la defensa haya cuestionado o no la configuración de esa inferencia razonable.

Así, salta a la vista que obviar el análisis de la inferencia razonable en la audiencia de medida de aseguramiento es pretermitir el estudio de una de las condiciones necesarias para edificar la medida restrictiva de la libertad, con lo cual, se está conculcando el principio según el cual esa medida cautelar de carácter personal es excepcional.

Visto entonces que la inferencia razonable de que trata el artículo 308 del C.P.P., es soporte del *petitum* de medida de aseguramiento, resulta lógico concluir que el solicitante debe acreditar probatoriamente tal configuración. Así, resulta absurdo y contrario a la filosofía restrictiva de las medidas de aseguramiento, indicar que no le compete al juez de control de garantías analizar elementos materiales de prueba, evidencias físicas o información legalmente obtenida que soporten la inferencia razonable, pues evidentemente sin hacer tal ejercicio valorativo no podría el juez construir en su intelecto la inferencia lógica que se exige para imponer la medida cautelar.

El propio artículo 306 del C.P.P. expresa que la solicitud de medida de aseguramiento debe estar soportada de “los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia”, siendo que tales exigencias resultaron avaladas y reiteradas por la Corte Constitucional en sentencia C 1154 de 15 de noviembre de 2.005 con ponencia de Manuel José Cepeda Espinosa.

Por supuesto, la exigencia de acreditar con elementos de prueba la inferencia razonable no es extraña; por el contrario, es una obviedad si se tiene en cuenta que toda decisión judicial debe

estar edificada en tres elementos: lo fáctico, que debe estar soportado en lo probatorio, para establecer el fundamento jurídico correspondiente. No se trata de crear, como se dice coloquialmente, de hacer un mini-juicio, se trata de expresar las bases probatorias que tiene la fiscalía para estimar que se cumple con esa primera exigencia normativa de la medida de aseguramiento.

Siendo el fiscal el peticionario de la medida cautelar, es claro que esta parte es la que determinará cuántos elementos de prueba pone en conocimiento de las partes e intervinientes y del juez de control de garantías a fin de predicar la existencia de una inferencia razonable de autoría o participación en la comisión de un delito. Dicho de otro modo: no es que surja una exigencia de descubrimiento de evidencias a cargo del fiscal, éste puede reservarse la divulgación de información que tenga en su poder. El fiscal es quien escoge los elementos que considere necesarios para el éxito de su petición, lo que no quiere decir que con esa exigencia el juez de control de garantías también llegue a la convicción que se está ante una inferencia razonable.

2.1.2. CONTENIDO DE LA INFERENCIA RAZONABLE

Inferir es concluir, deducir una cosa de otra. En lógica se entiende como una operación mediante la cual extraemos como conocida una proposición a partir del conocimiento de otras proposiciones denominadas premisas. El calificativo razonable nos lleva a terrenos de la criteriología, indicándonos que se trata de una deducción enmarcada dentro de la razón y que nos exige el reconocimiento de la conclusión en términos de probabilidad y no de mera posibilidad.

En la legislación anterior no se aludía a la inferencia razonable, sino que se exigía, para imponer una medida de aseguramiento, dos indicios graves de responsabilidad. La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia tuvo oportunidad de precisar el término “indicio grave” cuando advirtió que:

“La connotación de levedad o gravedad del indicio no corresponde a nada distinto al control de su seriedad y eficacia como medio de convicción que en el ejercicio de la discrecionalidad reglada en la valoración probatoria realiza el juez, quien después de contemplar todas las hipótesis confirmantes e infirmantes de la deducción establece jerarquías según el grado de

aproximación a la certeza que brinde el indicio, sin que ello pueda confundirse con una tarifa de valoración preestablecida por el legislador.

Se trata de una simple ponderación lógica que permite al funcionario judicial asignar el calificativo de grave o vehemente al indicio contingente cuando el hecho indicante se perfila como la causa más probable del hecho indicado; de leve, cuando se revela como una entre varias causas probables, y podrá dársele la menguada categoría de levísimo cuando deviene apenas como una causa posible del hecho indicado”.²

Creemos que los alcances que le dio la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia a la expresión “indicio grave” es perfectamente predicable de la inferencia razonable de que trata la ley 906 de 2.004, pues es claro que el calificativo utilizado quiere otorgarle un plus a la mera deducción que pueda hacerse.

Ahora bien, ¿qué es lo que se debe inferir razonablemente? Dos cosas: la existencia de una conducta delictiva y la imputación a título de autor o partícipe.

Significa lo dicho que en primer término debe acreditarse, mediante la exhibición de elementos de prueba, la presunta comisión de un delito, concepto complejo que implica la conducta con un triple calificativo: típica, antijurídica y culpable. Una vez más se dice: No es acreditar plenamente o en grado de certeza la comisión de un delito, sólo en términos de probabilidad, es decir, hay que mostrar evidencias que lleven a deducir que se cometió un comportamiento que se adecua a una conducta típica y que además esos elementos de prueba no indican exclusiones de antijuridicidad o de culpabilidad o, lo que es lo mismo, que también se reputa como probable la presencia de dichos elementos del punible. Así por ejemplo, puede que la evidencia recaudada nos muestre que una persona portaba consigo una sustancia alucinógena prohibida más allá de la dosis personal, sin embargo, por la cantidad y por el contexto del caso puede advertirse como probable que se está ante un caso de consumidor y de dosis de aprovisionamiento que descartaría la antijuridicidad de la conducta y, por ende, impediría entrar a calificar como razonable la inferencia que indica que se está frente a una conducta delictiva.

² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación penal. Sentencia de mayo 8 de 1.997. M.P. Dr. Jairo Aníbal Gómez Gallego.

Tal y como se advirtió atrás, no basta con que se infiera la comisión de una conducta delictiva, es menester que también tengamos elementos probatorios que nos lleven a inferir el vínculo, la imputación de la conducta al procesado, ya sea a título de autor, en cualquiera de sus modalidades (inmediato, mediato, coautor), o a título de partícipe (determinador o cómplice). Si el fiscal acredita con la exhibición de información legalmente obtenida que se cometió un homicidio, pero no acredita probatoriamente las razones por las cuales el procesado estaría llamado a responder penalmente, no cumpliría con la exigencia argumentativa necesaria para sacar adelante su petición de imposición de medida de aseguramiento.

Se insiste: El juez de control de garantías no podrá imponer una medida asegurativa si el peticionario no soporta probatoriamente las premisas fácticas que llevan a deducir que estamos frente a la comisión de un delito y que estamos en la audiencia frente a una persona que está comprometida con tal conducta en razón a que se le reputa, en términos de probabilidad, como su autor o partícipe.

2.2. NECESIDAD DE IMPOSICIÓN DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO

El tema de las medidas de aseguramiento ocasionó una reflexión interesante en el seno de la Comisión Constitucional Redactora del que sería luego el Código de Procedimiento Penal de 2.004, máxime cuando se partía de un anteproyecto en el que no existía formulación de la imputación, sino que la investigación de la Fiscalía desembocaba directamente en la formulación de la acusación que también podría acompañarse de solicitud de medida de aseguramiento. A la postre, la tesis defendida por el doctor Jaime Granados Peña cedió ante la propuesta de crear siempre una formulación de la imputación antes de la acusación y la posibilidad de solicitar una medida de aseguramiento dentro de la fase investigativa, pero siempre bajo el entendido de que tal medida era excepcional y sólo procedente cuando se persiguieran los fines constitucionales de la misma.³

En este sentido, se advierte en la exposición de motivos que “armonizando la naturaleza de las medidas de aseguramiento con la filosofía que inspira el sistema acusatorio y acorde con la jurisprudencia constitucional sobre la materia, su imposición queda supeditada a unos fines que justifican la restricción del derecho fundamental de la libertad. En consecuencia, no bastará con evidencias de las cuales se pueda inferir la autoría o participación en la comisión de un delito, sino que se torna indispensable que la privación de la libertad devenga necesaria en

³ Cfr. COMISIÓN REDACTORA CONSTITUCIONAL, creada por el acto legislativo 003 de 2.002. Acta 027.

razón del pronóstico positivo que se elabore, a partir de tres premisas básicas: que el imputado estando en libertad pueda obstruir el curso de las investigaciones; que pueda darse a la fuga; o que, por la naturaleza del hecho investigado constituya un peligro para la sociedad o la víctima del delito."⁴

El legislador de 2004 era consciente de la necesidad de reconocer unos fines a la medida de aseguramiento para justificar la limitación del derecho a la libertad, así como también que tal teleología debía ser eminentemente procesal y, de ninguna manera, corresponder a fines propios de la pena. Los fines que persigue la medida de aseguramiento reconocidos por el legislador colombiano coinciden con los que expresamente contempla el constituyente en el artículo 250 numeral primero de la Carta Política y que fueron recordados por la Corte Constitucional desde la sentencia C 774 de 2.001.

La concepción de los fines de la detención preventiva no sólo era armónica con la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, sino también con los instrumentos internacionales de derechos humanos. En efecto, para el DIDH la detención es una medida cautelar, y por ende, su reconocimiento sólo es viable en la medida en que se pretendan con ella fines propios del proceso. En este último sentido, baste con recordar los textos del artículo 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o el 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵. Así, conforme al DIDH la detención preventiva, en tanto que entraña una privación o restricción de libertad anterior a la sentencia condenatoria, sólo es legítima si se usa con el único objeto de garantizar la comparecencia del imputado al proceso y, eventualmente, la ejecución de la sentencia condenatoria.

Dentro del marco anterior, es entonces coherente que el artículo 296 del C.P.P., defina como finalidades de la restricción de la libertad el impedir la obstrucción de la justicia, el aseguramiento de la comparecencia del imputado al proceso y la protección de la comunidad y de las víctimas. Tal teleología vuelve a ser repetida en el artículo 308 de la misma obra, quizás con una necesaria glosa, y es la infortunada redacción de este último precepto, que en vez de hacer referencia a la protección de la comunidad y de las víctimas, tal y como ya lo había hecho, se refiere a la peligrosidad del imputado, concepto de ingrata recordación y que de

⁴ CÁMARA DE REPRESENTANTES. *Gaceta del Congreso* n° 339 de julio 23 de 2003. Página 63.

⁵ Cfr. CADH art. 7.5: "Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio" PIDCP art. 9.3: "... su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo".

alguna manera denota calidades personales, evidencia vestigios de un derecho penal de autor, proscrito de nuestro sistema penal en los artículos 1° y 29 de la Constitución Política.

En términos generales puede decirse que esos fines se aglutinan en tres grupos que exigen del Estado una actuación ante la evidencia recaudada que indica unos riesgos, ya sean éstos de obstaculización, reiteración o fuga.

Es lamentable que en las argumentaciones que se hacen para sustentar una medida de aseguramiento se haga referencia a un “requisito subjetivo” para aludir a los fines de la medida asegurativa. Si hay algo claro es que en este tema, que comporta la restricción de un derecho fundamental como la libertad, no se puede dejar a criterios subjetivos la limitación o no de tal derecho. Tanto es sí que el propio legislador ha creado unas exigencias probatorias a fin de tener como acreditado cada uno de los riesgos que justifican en un caso particular la imposición y escogencia de la medida de aseguramiento correspondiente.

2.2.1. RIESGO DE OBSTACULIZACIÓN

El riesgo de obstaculización se refiere a que la medida asegurativa es necesaria “para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia”⁶. Tal y como lo expresa la doctrina “este peligro existe legalmente si se da la sospecha de que el inculpado destruirá medios de prueba, los modificará, suprimirá, disimulará o falsificará, de que influirá de forma ilícita en coimputados, testigos o peritos, de que motivará a otros a tales conductas, y por ello amenazase el peligro de que la investigación de la verdad quedará dificultada”⁷.

El Código de procedimiento penal en su artículo 308.1 y 309 regla lo concerniente a la “obstrucción a la justicia” que no es cosa distinta que el reconocimiento del riesgo en comento. La exigencia probatoria se refiere a la acreditación de motivos graves y fundados que permitan inferir que el imputado pueda:

- a. Destruir, modificar, dirigir, impedir, ocultar o falsificar elementos de prueba.
- b. Inducir a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.

⁶ PEDRAZA JAIMES, Miguel Ángel. La detención preventiva en el sistema penal acusatorio. Ediciones Jurídicas Andrés Morales. Bogotá. 2008. Página 52.

⁷ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas. Bosch casa editorial. Barcelona. 1.985. página 107.

- c. Dificulte la realización de las diligencias o la labor de los funcionarios y demás intervinientes en la actuación.

Obsérvese cómo la exigencia que hace el legislador es lógica: si existe elemento de prueba que me indique que el imputado puede afectar las distintas fuentes de prueba, ello justificaría la imposición de una medida de aseguramiento en aras de permitir el esclarecimiento de lo ocurrido y la preservación de un orden justo como fin constitucional.

Por supuesto, la negativa que puede hacer el indiciado de suministrarle a la fiscalía un interrogatorio jamás podrá tomarse como evidencia de obstrucción a la justicia, pues es claro que allí estamos frente al ejercicio elemental de un derecho constitucional de no autoincriminación.

Algo más: No es suficiente la hipótesis según la cual dada la gravedad de la conducta se puede estar frente a un riesgo de obstaculización, es necesario suministrar elementos de prueba que así lo indiquen. No sobra tampoco advertir que dichos elementos probatorios serán diferentes a aquellos que sirven para construir la inferencia razonable de autoría o participación, pues es claro que aquí estamos frente a un comportamiento post delictual que genera un riesgo para la adquisición o búsqueda de pruebas.

2.2.2. RIESGO DE FUGA

El artículo 308.3 y 312 del C.P.P., regulan lo atinente al riesgo de fuga. Conforme a dicho marco normativo se advierte que los criterios para evaluar la configuración de este riesgo en un caso concreto está atada al análisis de la gravedad y modalidad de la conducta, a lo que habría que agregar la evidencia que indique que la persona carece de arraigo, o bien se acredite una actitud procesal del procesado o una actitud de éste frente al daño causado y que lleven a considerar que es de su interés la no comparecencia al proceso.

La ley 1142 de 2.007 incluyó una expresión en el artículo 312 comentado y que muestra la teleología de dicha normativa: Se trata de las palabras “en especial” que anteceden a la gravedad y modalidad de la conducta. Por supuesto, el interés que se observa en la reforma legislativa era el de enfatizar sólo en esos aspectos y dejar de lado la acreditación de los otros factores reseñados en la disposición original.

La sentencia C 1198 de 2.008 de la Corte Constitucional, con ponencia de Nilson Pinilla Pinilla, declaró inexecutable la expresión introducida por la ley 1142 de 2.007 y enfatizó en la necesidad

de acreditar en la audiencia que pretenda imponer una medida asegurativa, la existencia de uno cualquiera de los factores enlistados en el artículo 312 del C.P.P. En otros términos, la corrección que hace nuestro Tribunal constitucional deja las cosas en el mismo lugar en que se encontraban en la ley 906 de 2.004 original, esto es, no será suficiente argumentar la necesidad de una medida de aseguramiento sólo advirtiendo la gravedad y modalidad de la conducta delictiva.

2.2.3. RIESGO DE REITERACIÓN

El riesgo de reiteración se refiere a los casos en que se observe y acredite que el procesado puede volver a delinquir, con lo cual estaría poniendo en peligro a la comunidad en general o a la víctima en particular. Este riesgo se encuentra reglado en el 308.2, 310 y 311 del C.P.P.

El artículo 310 define lo que debe entenderse por peligro para la comunidad. El legislador ha estimado que se justifica la restricción de derechos del imputado cuando éste esté involucrado en la comisión de un hecho de especial gravedad, lo que seguramente se reflejará en la pena imponible, y además se evidencia alguna de las siguientes hipótesis:

- a. Que el imputado puede continuar delinquir.
- b. Que tiene vínculos con organizaciones criminales.
- c. La imputación que se le ha hecho cubre pluralidad de delitos, debiéndose analizar la naturaleza de éstos.
- d. Que el imputado esté acusado o sujeto a medida de aseguramiento o disfrutando algún mecanismo sustitutivo de pena privativa de la libertad por delito doloso o preterintencional.
- e. La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional.
- f. Cuando se utilicen armas de fuego o armas blancas.
- g. 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.
- h. Cuando el punible sea por abuso sexual con menor de 14 años.

- i. Cuando hagan parte o pertenezcan a un grupo de delincuencia organizada.

Se resalta el hecho de que la norma exige la presencia de dos condiciones a la vez: De un lado la gravedad y modalidad de la conducta y, de otro, alguna de las nueve hipótesis reseñadas, lo cual quiere significar que la Fiscalía asume una carga probatoria que va más allá de aquellas con la que pretende demostrar la inferencia razonable, pues debe también acreditar precisamente el indicio de reiteración o, lo que es lo mismo, la evidencia que indique que la persona del procesado puede seguir delinquiriendo de mantenerse su libertad.

La interpretación correcta del artículo 310 del C.P.P., llevó a que en muchos casos, por deficiencias probatorias o por abierta improcedencia, no se impusiere medida de aseguramiento a imputados de conductas delictivas de extrema gravedad. Tal situación generó una reacción gubernamental que se materializó en la presentación del proyecto de ley de 23 de julio de 2.006 que sería luego la ley 1142 de 2.007. En el proyecto se aseguraba que:

“La detención preventiva, de acuerdo con los instrumentos internacionales sobre derechos fundamentales y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, debe ser excepcional, necesaria y racional (C-774 de 2001). En razón de ello, no sólo se sujeta a una base probatoria mínima que indique la autoría o participación del imputado, sino igualmente a la consecución de los fines del proceso, conforme con el artículo 308 de la ley 906 de 2004. Sin embargo, en punto a la protección de la comunidad y las víctimas, como uno de los fines del proceso que garantiza la medida de detención, la práctica ha mostrado que la gravedad y la modalidad de los hechos ha pasado a un segundo plano en el examen de riesgo, frente a la exigencia de que la fiscalía necesariamente debe llevar a la respectiva audiencia elementos materiales probatorios o información que indique la pertenencia del imputado a una organización criminal o la continuación de la actividad delictiva o la pluralidad de delitos imputados o la existencia de investigaciones pendientes o sentencias condenatorias vigentes. Estas últimas circunstancias no siempre se presentan en un caso, a pesar de que, en virtud de la dinámica de los hechos, pueden resultar alarmantes la gravedad y modalidad de la única conducta punible

(verbigracia, un secuestro extorsivo o un hurto calificado cometido por varias personas, sin que pueda sugerirse organización criminal).”

Nótese la incorrecta apreciación efectuada por el creador del proyecto: No es que la gravedad y modalidad conductual pasaran a un segundo plano, simplemente era una primera valoración que debía acompañarse de una segunda que apuntaba precisamente a la evidencia de reiteración que es lo que pone en eventual riesgo a la comunidad.

Las razones anteriores llevaron a proponer una reforma del artículo 310 del C.P.P., en donde se aseveraba que “será suficiente la gravedad y modalidad de la conducta punible” para tener por demostrado el peligro de la comunidad, dejando simplemente como una potestad del juez “valorar adicionalmente algunas de las” circunstancias enunciadas en los literales a) a i) ya citados.

Además de lo anterior, en el proyecto de ley que luego sería la 1142 de 2.007 se incorpora al artículo 310 un listado de delitos en los cuales se presume que se pone en peligro a la comunidad y frente a los que, sin excepción, procederá la detención preventiva en establecimiento carcelario. Para reiterar lo anterior y evitar cualquier equívoco en la aplicación de la norma, dicho listado volvía a ser incluido en el párrafo del artículo 316 que se refiere a la sustitución de la medida de aseguramiento de detención preventiva por domiciliaria.

Al final, el legislador consideró necesario sólo hacer el listado de delitos sólo en el texto del artículo 316 y no en el 310, pero la filosofía que inspiraba tal determinación no cambiaba: Se presumía el peligro para la comunidad, se partía, en esos casos, de la idea de que se configuraba un riesgo de reiteración delictiva, habida consideración de la gravedad de cada una de esas conductas delictivas.

El texto del párrafo del proyecto era el siguiente:

“PARÁGRAFO. Se presumirá el peligro para la comunidad y será imponible la detención preventiva, cuando la imputación se refiere a delitos de competencia de los jueces penales del circuito especializado, homicidio (C.P., artículo 103), homicidio agravado (C.P., artículo 104), lesiones personales con

perturbación funcional permanente (C.P., artículo 114, inc 2), lesiones personales con perturbación psíquica permanente (C.P., artículo 115, inc 2), lesiones personales con pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro (C.P., artículo 116), secuestro extorsivo (C.P., artículo 169), tráfico de migrantes (C.P., artículo 188), acceso carnal violento (C.P., artículo 205), acto sexual violento (C.P., artículo 206), acceso carnal abusivo con menor de catorce años (C.P., artículo 208), actos sexuales con menor de catorce años (C.P., artículo 209), acceso carnal o actos sexuales con incapaz resistir (C.P., artículo 210), estímulo a la prostitución de menores (C.P., artículo 217), pornografía con menores (C.P., artículo 218), violencia intrafamiliar (C.P., artículo 229), hurto calificado (C.P., artículo 240), hurto agravado (C.P., artículo 241, numerales 8, 11, 12 y 15), extorsión (C.P., artículo 244), amenazas (C.P., artículo 347), tenencia, fabricación y tráfico de sustancias u objetos peligrosos (C.P., artículo 358), repetición o continuidad en las conductas de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones de uso personal o su concurso con el concierto para delinquir (C.P., artículos 340 y 365), fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas (C.P., artículo 366), fabricación, importación, tráfico, posesión y uso de armas químicas, biológicas y nucleares (C.P., artículo 367), peculado por apropiación en cuantía superior a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales (C.P., artículo 397), concusión (C.P., artículo 404), cohecho propio (C.P., artículo 405), cohecho impropio (C.P., artículo 406), cohecho por dar u ofrecer (C.P., artículo 407), violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades (C.P., artículo 408), interés indebido en la celebración de contratos (C.P., artículo 409), contrato sin cumplimiento de requisitos legales (C.P., artículos 410), favorecimiento (C.P., artículo 446, inc 2), receptación repetida, continua o profesional (C.P., artículo 447, inc. 1 y 3), la receptación para ocultar o encubrir el delito de hurto calificado, la receptación para ocultar o encubrir el hurto calificado en concurso con el concierto para delinquir, receptación sobre medio motorizado o sus partes esenciales, o sobre mercancía o combustible que se lleve en ellos (C.P., artículo 447, inc. 2) y la rebelión (C.P., artículo 467).”

Posteriormente, se adoptó un texto normativo diferente, en tanto que se redujo la lista y se dejó por fuera la introducción del precepto “*se presumirá el peligro para la comunidad...*” para dar paso a la expresión “*No procederá la sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario, por detención domiciliaria cuando la imputación se refiera a los siguientes delitos:...*”

Tal y como se advirtió ab initio de este acápite, el riesgo de reiteración también cobija las hipótesis en las que se considere que la medida de aseguramiento es viable cuando con ella se pretenda proteger a la víctima de la conducta delictiva, en tanto que existe una probabilidad de que el procesado siga afectando a quien ya se ve afectado con la presunta comisión delictiva. Es de resaltar que, conforme a lo preceptuado en el artículo 311 del C.P.P. esa protección no sólo cobija a la víctima directa, sino que también incluye a su familia o sus bienes.

Una vez más se insiste en que es menester que la solicitud de medida de aseguramiento por esta causal se justifique en tanto que se acredite con elementos de prueba la probabilidad de tal afectación a la víctima o su entorno, no de otra manera se puede interpretar la expresión “cuando existan motivos fundados” de que trata el ya citado artículo 311. De esta manera, queda una vez más en evidencia lo que ya se ha expresado: No es suficiente la mera gravedad o modalidad conductual para justificar la medida asegurativa.

3. LA DETENCIÓN DOMICILIARIA Y LA PROHIBICIÓN DE SU CONCESIÓN EN LA LEY 1142 DE 2.007

Si repasamos el contenido del artículo 307 del Código de procedimiento penal, la detención domiciliaria surge como una de las especies de medidas privativas de la libertad. La tipología descrita por el legislador no hace discriminaciones entre medidas principales o accesorias, sólo refiere una clasificación dependiendo del grado de restricción de derechos y, concretamente, en relación con la libertad personal.

En efecto, el numeral 2 del literal A del citado artículo 307 señala que:

“Son medidas de aseguramiento:

A. Privativas de la libertad.

...

2. Detención preventiva en la residencia señalada por el imputado, siempre que esa ubicación no obstaculice el juzgamiento”.

La detención domiciliaria vuelve a ser reglada en el artículo 314 del Código de procedimiento penal. En dicha norma se advierte que *“la detención preventiva en establecimiento carcelario podrá sustituirse por la del lugar de la residencia en los siguientes casos...”*

Obsérvese que, a priori, la redacción del artículo 314 sugeriría que la detención domiciliaria sería una medida de aseguramiento sustitutiva, de alguna manera, dependiente de la detención en establecimiento carcelario. Estimamos que tal idea no es correcta, pues entraría en oposición con la clasificación que la misma norma ha realizado de las medidas de aseguramiento, así como con los principios que rigen la determinación de las mismas y que se encuentran previstos en el artículo 295 del código.

Así las cosas, la primera inferencia que extraemos de la hermenéutica propuesta para el instituto jurídico en comento es que la detención domiciliaria no es una medida de “segunda clase”, dependiente de otra principal, sino que su concesión surge directamente del test de proporcionalidad que se debe adelantar por el juez de control de garantías; es decir, dependerá de la necesidad, adecuación, proporcionalidad estricta, en fin, de la razonabilidad que indique que con esa restricción al derecho a la libertad es suficiente para alcanzar los fines constitucionales que fundamentan la imposición de la medida misma.

Las causales del artículo 314 del C.P.P., constituyen criterios de orientación que debe tener en cuenta el juez para facilitar su labor de ponderación, esto es, son casos en los cuales el juez de control de garantías encuentra elementos que le llevan a inclinar la ponderación a favor de la detención en domicilio y no en un establecimiento carcelario, pues todas y cada una de las situaciones tipificadas en ese artículo 314 aluden a casos en los cuales entra una variable que coincide en la labor de ponderación: la prevalencia constitucional de los menores, el ser adulto mayor, el estado de gravidez o la enfermedad grave del procesado.

La interpretación sugerida adquiere mayor fuerza cuando se observa el contenido del numeral primero del artículo 314 que indica que procederá la detención domiciliaria:

“Cuando para el cumplimiento de los fines previstos para la medida de aseguramiento sea suficiente la reclusión en el lugar de residencia...”

Obsérvese que la causal primera referida no hace cosa diferente que reiterar los principios del artículo 295 del C.P.P., es decir, no hace cosa distinta que dejar en claro que es la ponderación, caso a caso, la que determinará si la privación de libertad en el domicilio o en establecimiento carcelario es suficiente para lograr los fines tendentes a neutralizar los ya comentados riesgos de fuga, reiteración u obstaculización.

Ahora bien, la ley 1142 de 2.007 en su artículo 27 modificó el texto original del artículo 314 de la ley 906 de 2.004, en cuanto que agregó un párrafo que incluye una lista de delitos en los cuales “no procederá la sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por detención domiciliaria”, listado que luego sería igualmente reformado por la ley 1474 de 2.011.

Ya en párrafos precedentes hicimos expresa mención a que la exposición de motivos de la mencionada ley 1142 de 2.007, en éste específico aspecto, es clara: presumir los riesgos que fundamentan la medida de aseguramiento y evitar que se imponga una medida distinta a la intramural en casos que, en abstracto, el legislador ha considerado tan graves que no requieren otro tipo de valoración o ponderación judicial. El mismo criterio fue el fundamento de la reforma introducida por la denominada Ley de Seguridad Ciudadana.

En la sentencia C 318 de 2.008 se declaró la exequibilidad del artículo 314 del Código de procedimiento penal pero condicionándolo a que *“el peticionario debe fundamentar en concreto que la detención domiciliaria no impide el cumplimiento de los fines de la detención preventiva, en especial del respeto a las víctimas del delito y en relación exclusiva con las hipótesis previstas en los numerales 2, 3, 4 y 5.”*

Es claro que la fundamentación de la sentencia C 318 quedó corta, pues perfectamente podía justificar la declaratoria de exequibilidad condicionada para todas las causales y no haber dejado por fuera la prevista en el numeral primero.

La Corte estimó que en la medida en que en los numerales 2 a 5 se está ante situaciones fácticas en las que intervienen personas que tienen una protección constitucional reforzada o vulnerables (niños, ancianos, embarazadas, enfermos), no podía excluirse en forma tajante y absoluta la posibilidad de que en un caso se estimare que la detención domiciliaria es suficiente para cumplir con los fines de las medidas de aseguramiento.

Sobre el particular razonó la Corte Constitucional:

“6.3. No obstante, advierte la Corte que la limitación que introdujo el legislador al ámbito de discrecionalidad del juez para efectuar el juicio de suficiencia a que refiere el numeral primero del artículo 314 C.P.P., para la sustitución de la medida de aseguramiento respecto de un catálogo determinado de delitos, no puede considerarse como un menoscabo a los principios de afirmación de la libertad, excepcionalidad de las medidas de aseguramiento y prohibición de medidas de aseguramiento indiscriminadas, las cuales conservan plena eficacia en el momento de la definición sobre la procedencia de la medida de aseguramiento en los términos que lo prevé el artículo 313 del C.P.

El juicio de suficiencia acerca de la sustitución de la medida de aseguramiento, previsto en el numeral primero del artículo 314, siempre estará precedido del juicio de necesidad de la medida de detención contemplado en el artículo 308 del C. de P.P., mediante el cual el Juez, en todos los eventos, aún en los que contempla el parágrafo del artículo 27 de la Ley 1123 de 2007, efectuará no solamente la valoración probatoria que le impone aquel precepto (308 C.P.P.) sobre la existencia de elementos probatorios de los que razonablemente se infiera la participación del imputado en el hecho investigado, sino el juicio de necesidad que le imponen los numerales 2, 3, y 4 de esta misma disposición, para la adopción de la medida.

6.4. De tal manera que no puede sostenerse de manera categórica que en todos los eventos previstos en el parágrafo acusado, la única alternativa sea la privación de la libertad en establecimiento carcelario, puesto que aún en las hipótesis en que procede en abstracto (Art. 313 C.P.P.) la medida de aseguramiento de detención preventiva, puede ocurrir que luego del juicio de necesidad, el juez considere que, atendidas las circunstancias del caso concreto, la medida no cumpliría ninguno de los fines que constitucional y legalmente se le atribuyen.

La prohibición del artículo 27 de la Ley 1123 de 2007 (parágrafo 314) deja así inalterado este ámbito previo de decisión del juez, que despliega toda su eficacia al momento en que deba valorar si impone o se abstiene de aplicar la medida de aseguramiento de detención preventiva. Si decide imponerla por

alguno de los delitos contemplados en el párrafo censurado, ésta se cumplirá en establecimiento carcelario, pero, se insiste, aún en tales eventos irá precedida del juicio de necesidad que se realiza al momento de la imposición de la medida.

En este orden de ideas, la limitación del umbral de discrecionalidad del juez (numeral 1° del artículo 314) se ubica en el campo del juicio de suficiencia propio del momento de la sustitución, no en el ámbito de la valoración de la necesidad el cual pertenece al momento de la imposición de la medida. La limitación que introduce el precepto no desconoce, en consecuencia, el principio de necesidad de la medida derivado de los postulados constitucionales de afirmación de la libertad, y de excepcionalidad de las medidas que la restringen con fines cautelares.”

Así, la distinción que hace la Corte entre el juicio de necesidad (propio del análisis del artículo 308 del C.P.P.) y el de suficiencia (propio del artículo 314, ibídem) es el que le permite inferir que la modificación introducida por la ley 1142 de 2.007 (y creemos extensible a la ley 1474 de 2.011) al artículo 314 (incorporar un párrafo en el que se advierte la no procedencia de la detención domiciliaria) es constitucional en tanto que está prevista dentro de la libre configuración que tiene el legislador y en tanto que no afecta ese primer juicio de necesidad.

Con todo, estimamos que esa diferencia genera más equívocos y problemas prácticos que soluciones. El pretendido juicio de suficiencia estaría soportado sobre la premisa, falsa a nuestro juicio, de que la detención domiciliaria sea tratada como una medida subordinada de la detención en establecimiento carcelario. Además de lo anterior, el juicio de necesidad está íntimamente ligado al juicio de proporcionalidad que debe hacer el juez y ello implica valorar cuál de los diversos tipos de medidas de aseguramiento es suficiente para cumplir con los fines que la inspiran y ese examen se va a ver truncado si luego aparece un pretendido juicio de suficiencia en el que el juez se ve compelido a escoger, pese a contrariar el test que acaba de hacer, una medida mucho más gravosa constitucionalmente.

4. CONCLUSIONES

Lo expuesto hasta ahora permite establecer que no es necesaria la imposición de medida de aseguramiento en todas las investigaciones penales, o, lo que es igual, que perfectamente se pueden tramitar éstas, sin que el imputado tenga que soportar restricciones a sus derechos, tal y como se discutía en la comisión redactora constitucional.⁸

Desde luego, no bastará con acreditar la necesidad de imponer una medida de aseguramiento, acorde con los fines constitucionales previstos para tal figura, sino que además también debe el fiscal acreditar en la respectiva audiencia preliminar, la existencia de una inferencia razonable que involucre al imputado como presunto autor o partícipe de la conducta delictiva. Desde luego, no se trata aquí de un descubrimiento total de los elementos materiales de prueba que haya podido recaudar la Fiscalía hasta este momento procesal, pero si será una obligación suya presentar informaciones legalmente obtenidas o evidencias físicas que permitan inferir en términos de probabilidad, y no de simple posibilidad, que el imputado es autor o partícipe de un delito. Sobre este particular, vale la pena recordar que la regla 19.1 de Mallorca advierte que: “la detención de una persona solo se podrá decretar cuando existen fundadas sospechas de su participación en un delito”⁹. Obviamente, nuestro marco normativo no exige “las fundadas sospechas” tan solo para la detención, sino que tal condición es predicable de todas las medidas de aseguramiento, sean o no privativas de la libertad.

La ley 1142 de 2.007 modificó una serie de normas que regulan el tema de las medidas de aseguramiento, siendo que tales modificaciones están inspiradas en un claro eficientismo judicial.

La detención domiciliaria no es una medida de aseguramiento subordinada, sino que constituye una medida principal, especie de un mismo género cual es el de las medidas privativas de la libertad. Dicha autonomía y determinación como producto de un test de proporcionalidad entre los intereses constitucionales yuxtapuestos en el proceso penal se ve truncada con la incorporación que hace la ley 1142 de 2.007 de un listado de delitos en los cuales no resultaría procedente la detención domiciliaria.

⁸ Cfr. COMISION REDACTORA CONSTITUCIONAL. Op.Cit.

⁹ PROYECTO DE REGLAS MINIMAS DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL PROCEDIMIENTO PENAL. “Reglas de Mallorca”, Regla 19.1.

La exequibilidad condicionada del párrafo introducido por la ley 1142 de 2.007 al artículo 314 del C.P.P., no es suficiente para superar la tensión y oposición entre la presunción que hace el legislador de una ponderación de intereses y una hermenéutica de las medidas de aseguramiento enmarcadas dentro de una concepción garantista.

5. BIBLIOGRAFÍA

APONTE CARDONA, Alejandro. Guerra y Derecho penal de enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo. Gustavo Ibáñez. Bogotá. 2.006.

BOVINO, Alberto. Problemas del Derecho procesal penal contemporáneo. Editores del Puerto. Buenos Aires. 1.998.

COMISIÓN REDACTORA CONSTITUCIONAL creada por el acto legislativo 003 de 2.002. Acta 027.

CAMARA DE REPRESENTANTES. Gaceta del Congreso No 339 de julio 23 de 2003.

GARCIA RIVAS, Nicolás, El poder punitivo en el Estado Democrático. Universidad de Castilla – La Mancha, Cuenca, 1996.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas. Bosch casa editorial. Barcelona. 1.985.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Madrid. Editorial Trotta. 1995.

PEDRAZA JAIMES, Miguel Ángel. La detención preventiva en el sistema penal acusatorio. Ediciones Jurídicas Andrés Morales. Bogotá. 2008.

PÉREZ PINZÓN. Álvaro Orlando. Los principios generales del proceso penal. Universidad externado de Colombia. Bogotá. 2.004.

VALLEJO, Manuel Jaen. Derechos fundamentales del proceso penal. Colección Autores Extranjeros. Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez C Ltda. Medellín 2.004.