

Francisco Borrero Brochero**

Tratamiento de la detención preventiva como medida de aseguramiento en Colombia*

Treatment of preventive detention as a security measure in Colombia

Recibido: 2 de septiembre de 2010 / Aceptado: 19 de octubre de 2010

Palabras clave:

Evolución histórica,
Medida de aseguramiento,
Detención preventiva,
Presunción de inocencia,
Derecho a la libertad.

Key words:

Historical development,
Security measures,
Preventive detention,
The presumption of innocence,
Right to freedom.

Resumen

El presente artículo de reflexión tiene como propósito realizar un desarrollo histórico de la institución jurídica procesal de la detención preventiva en Colombia, forzoso es concluir que primero es necesario indagar cómo ha sido su tratamiento o regulación normativa en los distintos Códigos de Procedimiento Penal que se han expedido hasta la fecha, ya que en Colombia ha sido de tradición legislativa que se regule en las normas de los Códigos de Procedimiento Penal, por su carácter procesal o naturaleza eminentemente procesal.

Abstract

The present article try doing a historical development of the legal institution of custody proceedings in Colombia, forced to conclude that it is first necessary to inquire as has been his treatment or normative regulation on the various of criminal procedure codes have been issued to date because Colombia has been a legislative tradition that governs the rules of criminal procedure codes, by their nature eminently procedural or trial.

* Este artículo se deriva del proyecto “Evolución y desarrollo histórico de la medida de aseguramiento en Colombia”, adelantado dentro del Grupo Violencia, Criminalidad y Familia en la Costa Caribe Colombiana.

** Abogado. Especialista en Derecho Procesal. Magíster en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín. Litigante, docente investigador de tiempo completo de pregrado y posgrado de la Universidad Simón Bolívar. pborrero@unisimonbolivar.edu.co

INTRODUCCIÓN

El estudio y análisis del desarrollo histórico y legislativo de la detención preventiva como medida de aseguramiento en Colombia se puede dividir en tres etapas: la primera, bajo la vigencia de la Constitución de 1886; la segunda, bajo el imperio de la Constitución de 1991 y la tercera después de la reforma constitucional al proceso penal introducida con el Acto Legislativo 03 de 2002 desarrollado legalmente con la Ley 906 de 2004.

RESULTADOS DE INVESTIGACIÓN

1. Primera etapa de la detención preventiva

En la primera etapa se expidieron los siguientes Códigos de Procedimiento Penal: Ley 94 de 1938 mediante la cual se expidió el primer Código de Procedimiento Penal; Decreto 409 de 1971 mediante el cual se expidió el segundo Código de Procedimiento Penal; Decreto 181 de 1981 mediante el cual se expidió el tercer Código de Procedimiento Penal y en él se intentó por primera vez el ingreso de la Fiscalía General de la Nación como ente investigador, aclarando que este código no pudo entrar en vigencia por cuanto la reforma constitucional que le servía de soporte (Acto Legislativo No. 1 de 1979) fue declarada inconstitucional y dado que este código que se expidió mediante el precitado Decreto 181 de 1981 no alcanzó a entrar en vigencia, recobró esta el anterior Decreto 409 de 1971.

Ante este fracaso, y frustrado el intento de poner en vigencia un Código de Procedimiento Penal quizás más moderno y más ajustado a los estándares internacionales en materia de respo-

to de algunas garantías procesales, tales como la presunción de inocencia, derecho a la libertad personal, el derecho a la defensa, la excarcelación como regla general y que la detención debía ser la excepción, se hacía imperioso una reforma al procedimiento penal.

Tal reforma se proyecta, y en el año de 1984, se produjo una transformación importante al procedimiento penal mediante la Ley 2° de 1984, en la cual se pretendió adaptar nuestra legislación a los estándares internacionales en materia de libertad personal y respeto a la garantía de la presunción de inocencia. En esta reforma se dio un avance significativo en materia de captura, detención y libertad personal (Aponte, 2004 b). Se acuña también por primera vez en nuestra legislación la expresión de que la excarcelación debía ser regla general y la detención la excepción. En materia de detención preventiva en la Ley 02 de 1984, se planteó que “no procedía la detención si era evidente que el procesado actuara amparado en una causal de justificación del hecho o de inculpabilidad actualmente llamadas causales de ausencia de responsabilidad” (Londoño, 1980).

El Decreto 050 de 1987 mediante el cual se expidió el cuarto y último Código de Procedimiento Penal de esa primera etapa, es decir, bajo la vigencia de la Constitución Política de 1886.

1.1 Ley 94 de 1938

Esta primera etapa, que se inicia con la expedición del Código de Procedimiento Penal de 1938, regulaba en su Artículo 379 los presupuestos para dictar auto de detención, como se le llamaba en ese momento.

En el Artículo 379 del Código Penal del 38 se facultaba para detener preventivamente, cuando existiera una declaración de testigo que ofreciera serios motivos de credibilidad o un indicio grave de que es responsable penalmente como autor o partícipe del hecho que se investiga. Se excluían para la procedencia del auto de detención cuando se procedía por delitos sancionados con pena de arresto, y solo era viable para los delitos sancionados con pena de prisión y presidio, clases de pena que existían en esa época.

1.2 Decreto 409 de 1971

El Código de Procedimiento Penal que entró en vigencia mediante el precitado Decreto 409 de 1971 estableció los requisitos sustanciales para la procedencia de la detención preventiva:

“Cuando la infracción por la que se proceda 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 226 de este código, o un indicio grave de que es responsable penalmente como autor o partícipe del hecho que se investiga” de acuerdo al Decreto 409 de 1971, en su Artículo 439. En su momento se criticó la reforma por ser regresiva en el sentido que hacía procedente la detención preventiva para todos los delitos así fuesen sancionados con pena de arresto. Pero en el aspecto subjetivo de la exigencia para la imposición de medida de aseguramiento a la existencia de un elemento de juicio aunque relativo, sobre el compromiso de responsabilidad del sindicado, se conservaba igual o se mantenía.

1.3 Decreto 181 de 1981

Ya se había señalado que con este código se intentó por primera vez el ingreso de la Fiscalía General de la Nación como ente investigador, aclarando que no pudo entrar en vigencia por cuanto la reforma constitucional que le servía de soporte (Acto Legislativo No. 1 de 1979) fue declarada inconstitucional.

En este código se plantea por primera vez en nuestra legislación penal el concepto “medida de aseguramiento” y comienza a hablarse también por primera vez sobre distintas medidas de aseguramiento o de las varias clases de medidas de aseguramiento “Conminación, caución y privación de libertad” (Decreto 181 de 1981, Art. 324).

En el código antes citado se dijo “Presupuesto”: “La medida de aseguramiento procedente se decretará después que el presunto infractor haya sido vinculado como procesado, siempre y cuando que en el expediente exista prueba que permita inferir al funcionario, razonablemente, que el procesado es autor o cómplice del hecho punible investigado” (Decreto 181 de 1981. Artículo 333).

Como se puede ver, en este código se replantearon totalmente las exigencias para la imposición de la detención preventiva como medida de aseguramiento al procesado, en cuanto tiene que ver con el aspecto de la exigencia para la imposición de tal medida a la existencia de un elemento de juicio aunque relativo, sobre el compromiso de responsabilidad del sindicado, es decir, que en materia de regulación de la imposición de la medida de detención preventiva se rompió con

los lineamientos de los dos códigos anteriores, ya que los mismos se caracterizaron por condicionar el tema de la imposición de la medida de aseguramiento a la evaluación de un somero juicio de responsabilidad que obligaba al funcionario judicial a examinar los elementos integrantes del delito en su integridad, vale decir tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

Si a esta disposición que se proyectó en este código se le compara con su similar del Código de Procedimiento Penal actual Ley 906 de 2004 (Artículo 308), en lo que tiene que ver con los requisitos subjetivos o de respaldo probatorio mínimos, para la imposición de la medida, se concluiría diciendo que tienen en común que al parecer no condicionan la imposición de la medida de aseguramiento a un juicio previo de responsabilidad, que implique el análisis de antijuridicidad y culpabilidad.

1.4 Ley 2° de 1984

Como el precitado Decreto 181 de 1981 mediante el cual se expidió el Código de Procedimiento Penal de esa época no alcanzó a entrar en vigencia por cuanto la reforma constitucional que le servía de soporte (Acto Legislativo No. 1 de 1979) fue declarado inconstitucional. En el año de 1984 se produjo una reforma importante al procedimiento penal mediante la Ley 2° de 1984, en la cual se pretendió adaptar nuestra legislación a los estándares internacionales en materia de libertad personal y respeto a la garantía de la presunción de inocencia (Bernal, 1985). En esta reforma se dio un avance significativo en materia de captura, detención y libertad personal.

En la precitada Ley 2° en materia de imposición de medida de aseguramiento se estableció.

1.5 Decreto 050 de 1987

Mediante el cual se expidió el cuarto Código de Procedimiento Penal.

La orientación filosófica y política de la reforma al procedimiento penal introducida mediante la precitada Ley 2° de 1984 y el Decreto 1853 de 1985, sirvió de fundamento a los lineamientos del Decreto 050 de 1987 mediante el cual se expidió el Código de Procedimiento Penal de esa época, en materia de captura, detención y libertad. Este fue el último Código de Procedimiento Penal que se expidió bajo la vigencia de la Constitución Política de 1886.

En este Código de Procedimiento Penal se reguló sobre la detención preventiva atendiendo los lineamientos de las reformas penales antes mencionadas.

En lo concerniente a los requisitos sustanciales de las medidas de aseguramiento. En su Artículo 414 mencionaba las medidas de aseguramiento de detención, caución y conminación, las dos últimas como medidas sustitutivas de la detención preventiva, y se establecía que ellas se aplicarían “cuando contra el procesado resultare por lo menos un indicio grave de responsabilidad, con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso”.

Por la forma como fue concebida la precitada norma, en el sentido de que para proferir medida de aseguramiento se refería exclusivamente a un medio probatorio: el indicio, generó polémica, por cuanto algún sector de la doctrina interpre-

taba que no obstante, debía entenderse que todos los demás medios probatorios eran conducentes para fundamentar la medida cautelar, porque el código no acogía el sistema de la tarifa legal de pruebas, y por consiguiente, cualquier medio probatorio era idóneo para fundamentar la medida.

Los anteriores estatutos procesales, de esa primera etapa, fueron expedidos inspirados dentro de una filosofía de Estado de Derecho ya que concebía el Estado como Estado de Derecho, y que para algunos tratadistas tenía una orientación inquisitiva, por ello se decía que valía muy poco la libertad ciudadana. Se privaba de la libertad a la persona con el simple propósito de que declarara: se detenía primero para luego investigarla, se detenía en casos en que no existía situación de flagrancia, ni razones de urgencia, necesidad o razonabilidad (Aponte, 2004 a).

No obstante lo anterior, se puede decir que fueron garantistas en la regulación de los presupuestos probatorios mínimos o requisitos sustanciales para la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva. Ya que en materia de la imposición de la medida de detención preventiva todos los Códigos de Procedimiento Penal anteriores se caracterizaron por condicionar la imposición de la medida de aseguramiento a la evaluación de un somero juicio de responsabilidad que obligaba al funcionario judicial a examinar los elementos integrantes del delito, vale decir tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Es decir, que existía un elemento de juicio aunque relativo, sobre el compromiso de responsabilidad del sindicado.

2. Segunda etapa de la detención preventiva

La segunda etapa, que se inicia bajo la vigencia de la Constitución Política de 1991, sin duda alguna el Estado Social, Democrático y Constitucional de Derecho, consagrado en la Carta de 1991 se identifica con el Estado liberal, reconoce libertades ciudadanas.

En esta segunda etapa se expidieron los siguientes Códigos de Procedimiento Penal: Decreto 2700 de 1991 mediante el cual se expidió el primer Código de Procedimiento Penal bajo la vigencia de la Constitución de 1991 y la Ley 600 de 2000.

2.1 Decreto 2700 de 1991

Lo concerniente a la imposición de la detención preventiva como medida de aseguramiento en este primer Código de Procedimiento Penal que se expide bajo la vigencia de la nueva Constitución Política se reguló de la siguiente manera:

Art. 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 el 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 regionales solo procede como medida de aseguramiento la detención preventiva de conformidad con los Artículos 388 y 389 del Decreto 2700 de 1991.

Además, en el Artículo 389 del citado código se habla sobre los requisitos formales “Las medidas de aseguramientos se adoptarán mediante providencia interlocutoria en que se exprese:

1. Los hechos que se investigan, su calificación jurídica y la pena correspondiente.
2. Los elementos probatorios sobre la existencia del hecho y de la probable responsabilidad del sindicado, como autor o partícipe.
3. Las razones por las cuales no se comparten los alegatos de los sujetos procesales”.

2.2 Ley 600 de 2000

Mediante esta ley se expidió el segundo Código de Procedimiento Penal, bajo la vigencia de la Constitución de 1991 y sin duda alguna ya mostraba un avance significativo en materia de protección de la garantía del derecho a la libertad personal y de locomoción y de la presunción de inocencia, por una parte, esta ley según datos presentados por la Fiscalía General de la Nación el 85% de los delitos no requieren de definición de situación jurídica y por lo mismo imposición de una medida de aseguramiento, que para esta legislación tan solo corresponde a la detención preventiva.

Hubo en esta época un importante y significativo desarrollo jurisprudencial en lo que tiene que ver con los fines de la medida de aseguramiento de detención preventiva.

2.3 La detención preventiva en la Ley 600 de 2000

El tema de la detención preventiva se regula en los Artículos 3, 355, 356 que se refiere a la

afirmación de la libertad, reiterando un mandato constitucional, que establece la reserva judicial, se hace también referencia a los fines constitucionales de la misma, los criterios o factores para su justificación y los presupuestos o requisitos probatorios mínimos para su imposición y señala como única medida de aseguramiento la detención preventiva.

Los dos Códigos de Procedimiento Penal expedidos en esta segunda época se caracterizaron por condicionar el tema de la imposición de la medida de aseguramiento a la evaluación de un somero juicio de responsabilidad que obligaba al funcionario judicial a examinar los elementos integrantes del delito en su integridad, vale decir tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Por lo tanto, el grupo puede decir que desde sus orígenes hasta la Ley 906 de 2004, fue algo de tradición legislativa condicionar la imposición de medida de aseguramiento a la existencia a un elemento de juicio aunque relativo, sobre el compromiso de responsabilidad del sindicado.

Lo anterior pone de presente la hipótesis planteada por el grupo en cuanto a la necesidad de efectuar previa imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva en un juicio previo y anticipado de responsabilidad penal, aun con los elementos mínimos de conocimiento, dado que sin ese previo examen puede resultar afectado el imputado en sus derechos a la libertad personal y presunción de inocencia.

3. Tercera etapa de la detención preventiva

3.1 Acto Legislativo 03 de 2002

El Acto Legislativo 03 de 2002, reformativo

del Artículo 250 de la C.N. sentó las bases para la implementación en nuestro país del sistema penal de corte acusatorio. La protección de la comunidad y de las víctimas, así como el respeto por los derechos fundamentales fueron los pilares que primaron y que habían sido objeto de discusión desde la Asamblea Constituyente, en la medida en que se convierten en conceptos intangibles erigiéndose como elementos definitorios en el Estado Social y Democrático de Derecho (Rodríguez, 2008).

Con la entrada en vigencia del referido Acto Legislativo y de la Ley 906 de 2004 mediante la cual se le da desarrollo legal a la reforma constitucional al proceso penal diríamos que se enmarca o se inicia una tercera época del desarrollo histórico de las medidas de aseguramiento y particularmente de la detención preventiva en establecimiento carcelario en nuestra legislación penal, ya que se da un cambio sustancial, nunca antes visto o experimentado en nuestro país.

3.2 Ley 906 de 2004. La detención preventiva en el Sistema Penal Acusatorio

La actual legislación procesal penal, Ley 906 de 2004, en el tratamiento de la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva ha tenido variantes frente a legislaciones anteriores partiendo desde la de 1938 (Ley 94 de 1938) mediante la cual se expidió el primer Código de Procedimiento Penal hasta la Ley 600 de 2000, en la medida que en las anteriores legislaciones la imposición de la medida de aseguramiento permitía tener un elemento de juicio aunque relativo, sobre el compromiso de res-

ponsabilidad del sindicado. Por lo que se puede decir que desde sus orígenes hasta la Ley 906 de 2004, en todos los Códigos de Procedimiento Penal anteriores fue algo de tradición legislativa, condicionar la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva a la evaluación de un somero juicio de responsabilidad que obligaba al funcionario inicial a analizar aspectos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

El tema de la detención preventiva se regula en los Artículos 2, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312 y 313 que se refieren a la afirmación de la libertad, reiterando un mandato constitucional, que establece la reserva judicial, se hace también referencia a los fines constitucionales de la misma, los criterios o factores para su justificación y tanto a los presupuestos o requisitos probatorios mínimos como a los objetivos y teleológicos y de finalidad para su imposición, señala varias clases de medidas de aseguramiento y algunas medidas alternativas sustitutivas de la detención preventiva. Se amplían expresamente los requisitos para la imposición de la medida de aseguramiento ya que contempla exigencias de varias clases.

En la Ley 906 los elementos materiales probatorios, las evidencias y la información legalmente obtenida apuntan únicamente a establecer la autoría del hecho delictuoso; error este que permitiría la detención de quien comete un hecho al amparo de causal de justificación o de inculpabilidad. Lo correcto es valorar los medios probatorios que apuntan a la autoría y participación, y aquellos que hacen relación a

los juicios de valor sobre la antijuridicidad y la culpabilidad. Este razonamiento se hace en el entendido que la norma no exige esos medios de conocimiento para inferir responsabilidad del imputado y esta solo se puede entender en cuanto converjan los tres elementos estructurales del delito mencionados en el Artículo 9 de la Ley 599 de 2000.

CONCLUSIONES

Se puede concluir como resultado del análisis acerca de la evolución y desarrollo histórico de la medida de aseguramiento de detención preventiva en Colombia, que hasta 1981, el legislador colombiano en un principio siempre condicionó la imposición de la medida de aseguramiento a la evaluación de algunos aspectos que comprometían mínimamente la responsabilidad penal, es decir, que obligaban al funcionario judicial competente para decidir sobre su imposición que se adentrara en el estudio de aspectos de antijuridicidad y culpabilidad y que después del año 1981 se cambia de orientación o de criterio ya que en el Código de Procedimiento Penal que se expidió en el año de 1981 mediante el Decreto 181, se cambió el esquema tradicional que se traía en cuanto a la regulación de esta institución y se habló simplemente de un indicio razonable de autoría y participación. Desafortunadamente este código no entró en vigencia debido a que la reforma constitucional que le servía de soporte fue declarada inconstitucional por vicios de forma.

Cuando se expide el Decreto 050 de 1987 se retoma la orientación que se traía de la regula-

ción de esta institución, es decir, evaluación de unos presupuestos mínimos probatorios de compromiso a la responsabilidad, situación que se mantuvo en los códigos posteriores, entre los que se pueden citar Decreto 2700 de 1991, Ley 600 de 2000.

Con el Acto Legislativo 03 de 2002 que introdujo la reforma constitucional al proceso penal y que le dio desarrollo legal con la Ley 906 de 2004 se retoman las orientaciones y criterios establecidos en el Decreto 181 de 1981, es decir, evaluación de presupuestos mínimos probatorios que permitan inferir razonadamente autoría o participación del imputado en los hechos, lo que a nuestro juicio su regulación actual es menos garantista, sobre todo agravándose la situación con la reforma de la Ley 1453 de 2011 que provoca la prolongación de la privación de la libertad.

REFERENCIAS

- Acto Legislativo No. 01 de 1979 Congreso de la República de Colombia.
- Aponte, A. (2004, a). Manual para el juez de control de garantías en el Sistema Acusatorio Penal. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”.
- Aponte, A. (2004, b). Captura y medidas de aseguramiento: El Régimen de libertad en la nueva estructura procesal penal de Colombia. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura-Sala Administrativa y Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

- Bernal, J. (1985). Comentarios a la Ley 2° de 1984. Bogotá: Editorial Temis.
- Constitución Política de la República de Colombia de 1986.
- Constitución Política de la República de Colombia de 1991.
- Decreto 409 de 1971 de la República de Colombia.
- Decreto 181 de 1981 de la República de Colombia.
- Decreto 1853 de 1985 de la República de Colombia.
- Decreto 050 de 1987 de la República de Colombia.
- Decreto 2700 de 1991 de la República de Colombia.
- Ley 94 de 1938 de la República de Colombia.
- Ley 02 de 1984 de la República de Colombia.
- Ley 600 de 2000 de la República de Colombia.
- Ley 906 de 2004 de la República de Colombia.
- Ley 1453 de 2011 de la República de Colombia.
- Londoño, H. (1980). *La detención preventiva*, Bogotá: Nuevo Foro Penal N° 6.
- Rodríguez, J. D. (2008). *Captura, imputación y medida de aseguramiento en el nuevo Sistema Penal Acusatorio. Aspectos Prácticos*. Bogotá: Editorial Ibáñez.