

MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO - Fines y principios

Número de radicado	:	46148
Número de providencia	:	AP7109-2016
Fecha	:	12/10/2016
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	SEGUNDA INSTANCIA

«La decisión impugnada partió de la premisa jurídica según la cual, *no es suficiente para pedir medida de aseguramiento privativa de la libertad la inferencia sobre intervención del imputado en el hecho punible y la gravedad del delito*, sino que siempre debe hacerse una valoración de los aspectos relacionados en la ley sobre sus fines, los cuales son de carácter preventivo, no de pago anticipado de la pena.

La apelación señala que la petición de la medida de aseguramiento es función inherente a la acción penal, la cual corresponde ejercitarla obligatoriamente a la Fiscalía General de la Nación y sólo en casos excepcionales, por motivos expresamente previstos en la ley, puede aplazarla o sustraerse al cumplimiento de ese deber.

Ciertamente, de acuerdo con el artículo 250 de la Constitución Política, la Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen su posible existencia. En consecuencia, no podrá suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado.

No obstante, de lo expuesto no se sigue que en todos los casos en los que la Fiscalía deba ejercer la acción penal, también esté compelida a solicitar medida de aseguramiento restrictiva de la libertad por la mera satisfacción del presupuesto objetivo, pues esta solamente tiene cabida cuando fundadamente se advierte *necesaria* para conseguir *“la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas”*.

Lo anterior, por cuanto la libertad de las personas -de conformidad con la misma normativa atrás mencionada, entendida en armonía con los artículos 28 y 29 de la Carta Política- es el parámetro general con el que debe adelantarse la actuación penal *y su restricción tiene carácter excepcional, como en efecto quedó consagrado en el artículo 295 del Código de Procedimiento Penal de 2004, al punto que la medida de aseguramiento debe estar acompañada de los elementos de conocimiento necesarios para sustentarla y demostrar la urgencia de su imposición (artículo 306 ídem)*.

En este orden de ideas, frente a la ausencia de elementos de conocimiento -que permitan advertir que el imputado obstruirá el debido ejercicio de la justicia, o que constituye peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima, o que no comparecerá al proceso o no cumplirá la sentencia-, la Fiscalía debe abstenerse de pedir la restricción preventiva, pues además de que su petición en todos los casos, como lo advirtió el Tribunal, no es lo que ordena el derecho (artículos 250 de la Constitución Política, 2, 295, 296, 308, 309, 310, 311 y 312 de la Ley 906 de 2006), resulta ilógico obligarla a través del delegado fiscal, a formular solicitudes desprovistas de fundamento y en sentido contrario a su convicción basada en los elementos de conocimiento, máxime cuando las víctimas -de acuerdo con el inciso 4¹ del artículo 306 del Código de Procedimiento Penal de 2004, modificado por el artículo 59 de la Ley 1453 de 2011 y la sentencia C-209 de 2007- están habilitadas para presentar directamente petición de medida de aseguramiento ante el Juez de Control de Garantías, cuando el fiscal no lo hace.

La impugnación indica que TP contaba con los elementos materiales probatorios que le permitían *“una inferencia mínima de autoría, no sólo para efectuar la imputación, sino para haber solicitado la imposición de la medida de aseguramiento privativo de la libertad en establecimiento de reclusión”*.

Esta afirmación supone que la detención preventiva, en tratándose de delitos cuya pena mínima es igual o superior a 4 años, tiene lugar con la sola existencia de elementos de convicción que permiten inferir que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga. Sin embargo, como viene de verse, ello no es suficiente, pues también se requiere fundamentación probatoria que permita demostrar la necesidad de la medida de aseguramiento para la satisfacción de alguno de sus fines constitucionales; cuestión esta última en la que se cimentó la decisión del *a quo* y lo propuesto por la apoderada en este punto en nada la confronta.

La alzada señala que atendiendo (i) a *“la modalidad del delito, -Inocencio Oropeza- constituía un peligro para la seguridad de la sociedad”*, y (ii) por *“el lugar de la comisión de los hechos (...), el municipio de -su- residencia (...) era posible una obstrucción a la justicia”*.

No aclara la apoderada a qué hace referencia con la *“modalidad del delito”*. No obstante, si lo que quiso significar es que se trató de un *homicidio* y por ese sólo hecho el autor es peligroso para la sociedad, su proposición desconoce el Derecho, toda vez que: (i) resulta contrario al parámetro general de libertad en la actuación penal (artículo 295² del Código de Procedimiento

¹ “La víctima o su apoderado podrán solicitar al Juez de Control de Garantías, la imposición de la medida de aseguramiento, en los eventos en que esta no sea solicitada por el fiscal”.

² “ARTÍCULO 295. AFIRMACIÓN DE LA LIBERTAD. Las disposiciones de este código que autorizan preventivamente la privación o restricción de la libertad del imputado tienen carácter excepcional;

Penal de 2004), regla que opera, precisamente, a favor de los imputados, es decir de quienes la Fiscalía a partir de los elementos de convicción recaudados, considera autores o partícipes de alguna conducta punible; y (ii) pasa por alto la obligación de la Fiscalía de sustentar, más allá de la mera participación en la conducta, la necesidad de imponer medida de aseguramiento privativa de la libertad (artículos 296³, 306⁴ y 310 *idem*), sin lo cual esta restricción no podría realmente tener carácter excepcional.

La apelante con la segunda afirmación, consistente en que *por el lugar de la comisión de los hechos -el municipio de residencia del imputado-, “era posible una obstrucción a la justicia”*, propone una relación consecencial especulativa, y sin que realmente enseñe algún elemento de conocimiento indicador de que Inocencio Oropeza estaba determinado o tenía la capacidad de entorpecer o desviar el ejercicio de la administración de justicia.

Señaló la apelante que la medida de aseguramiento era: *“adecuada, porque no existía otra medida para la protección de la sociedad”*.

Al respecto cabe precisar, que el examinar si un medio legal y constitucional restrictivo de derechos resulta de imposición imprescindible por no existir otro igualmente idóneo que limite menos los derechos constitucionales de cara a conseguir el fin propuesto, no es un juicio de adecuación sino de *“necesidad”*⁵, lo cual, en el asunto que el funcionario indiciado tuvo que afrontar, exigía determinar previamente si IO constituía un riesgo para la seguridad de la sociedad, sobre lo cual, el Tribunal para precluir advirtió que los elementos de juicio mostraron lo contrario, cuestión que la alzada realmente no desvirtuó.

Indicó la impugnante que (i) la medida de aseguramiento resultaba *“proporcional”*, *“porque si colocamos en una balanza el derecho fundamental a la libertad de un ciudadano a los derechos de la comunidad (sic), (...) la libertad al no ser un derecho absoluto se debe restringir, aún más cuando se ataca el derecho más*

solo podrán ser interpretadas restrictivamente y su aplicación debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales. (resaltado fuera de texto).

³ ARTÍCULO 296. FINALIDAD DE LA RESTRICCIÓN DE LA LIBERTAD. 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. (Resaltado fuera de texto)

⁴ ARTÍCULO 306. SOLICITUD DE IMPOSICIÓN DE MEDIDA DE ASEGURAMIENTO. <Artículo modificado por el artículo 59 de la Ley 1453 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> El fiscal solicitará al Juez de Control de Garantías imponer medida de aseguramiento, indicando la persona, el delito, los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, los cuales se evaluarán en audiencia permitiendo a la defensa la controversia pertinente. (Resaltado y subrayado fuera de texto). (...)

⁵ El principio de proporcionalidad -en sentido amplio- se desarrolla a través de los subprincipios: idoneidad o adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

valioso que puede tener un individuo como el de la vida” y (ii) dejar en libertad a IO durante la actuación penal “no era proporcional al daño que él había causado”.

Las dos aseveraciones se apartan tanto de los contenidos legales y constitucionales como de la dogmática sobre argumentación basada en el principio de la proporcionalidad, como se pasa a demostrar:

Ciertamente los derechos fundamentales son *limitables* de cara a la satisfacción de fines constitucionales, -lo cual significa que también cuentan con algún margen de aplicación-. Sin embargo, lo propuesto por la recurrente con la primera afirmación no implicaría solamente su restricción, sino su total aniquilamiento, pues, de acuerdo con su opinión, *la tensión entre aquellos y el interés de la comunidad, siempre tendría que resolverse a favor de este último por ser más importante o de mayor valor*, con lo cual quedarían en absoluto vacío los primeros.

Para que esto no ocurra el examen o juicio de *proporcionalidad* abstracto o concreto, requiere: (i) previamente verificar que tanto el *medio* como el *fin* en sí mismos sean constitucionales, es decir que la elección del primero y fijación del segundo estén dentro del margen de acción que proporciona el Ordenamiento a la autoridad competente para su imposición, y (ii) adelantar el test a través de tres subprincipios: *idoneidad, necesidad y ponderación – o proporcionalidad en sentido estricto-*.

La *idoneidad* exige que el medio –restrictivo del derecho individual- sea adecuado para la satisfacción del principio que se beneficia con la realización del fin propuesto, en tanto no es aceptable limitación alguna cuando quiera que con ello no se cumple el propósito constitucional aducido por la autoridad; la *necesidad* demanda que, de todos los medios posibles de idéntica eficacia, el órgano estatal escoja el que sea menos restrictivo de los derechos; y la *ponderación* impone que la intensidad de la limitación de la garantía iusfundamental que implica el uso del medio, no resulte mayor que el beneficio jurídico que puede proveer la consecución del fin perseguido⁶.

En palabras de la Corte Constitucional:

“El juicio de proporcionalidad es una herramienta argumentativa que incorpora exigencias básicas de racionalidad medios – fines, así como una exigencia de justificación de la actividad estatal cuando esta restringe los derechos fundamentales de las personas. La proporcionalidad (...) es un criterio de interpretación constitucional que pretende impedir los excesos o defectos en el ejercicio del poder público, como una forma específica de protección o de realización de los derechos y libertades individuales. El test o

⁶ Robert Alexy. Teoría de los derechos fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid.1993. Pag. 111. (“La teoría de los principios y la máxima de proporcionalidad”).

juicio de proporcionalidad, quedará superado cuando: 1) tal restricción persiga un fin constitucionalmente legítimo; 2) constituya un medio idóneo para alcanzarlo; 3) sea necesaria, al no existir otro medio menos lesivo y que presente una eficacia similar para alcanzar el fin propuesto; 4) exista proporcionalidad entre los costos y los beneficios constitucionales que se obtienen con la medida enjuiciada. Estas etapas coinciden con los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto en los cuales la doctrina nacional y extranjera ha descompuesto el juicio de proporcionalidad”. (Sentencia C-575 de 2009).

Entonces, el que sea *proporcional la medida de aseguramiento*, como viene de verse, significa que la limitación del derecho fundamental *-la libertad-* que implica su imposición, sea: (i) *idónea* para la satisfacción de alguno de los fines constitucionales que la justifican –seguridad de la sociedad y las víctimas, efectividad de la administración de justicia y comparecencia del implicado-; (ii) *necesaria* para ese mismo efecto en los términos atrás explicados, y (iii) *ponderada*, es decir, que la gravedad de su restricción sea de menor o igual entidad en comparación con la satisfacción del principio o los principios que se pretenden beneficiar con los fines fijados; asunto respecto de lo cual ninguna reflexión aportó la apelante.

De otra parte, contrario a lo propuesto por ésta con la segunda aseveración, la proporcionalidad no debe examinarse en relación con la dimensión del daño que pudo haber cometido el imputado, por cuanto dentro de sus fines legales no está establecido el de imponer una pena o justa retribución anticipada. Incluso, si así fuera eventualmente, igual sería inconstitucional porque el artículo 250 de la Carta Política consagra específicamente los fines de la medida de aseguramiento entre los cuales no se cuenta el sugerido por la apoderada apelante.

Además, aunque esta última norma estructural guardara silencio, es decir, no señalara tales fines, igualmente se quebrantaría la Constitución, pues fijarse como propósito el imponer pena antes de la condena, estaría por fuera del margen de acción que la parte dogmática de la Carta confiere al Estado, en virtud del contenido esencial de la *presunción de inocencia*⁷.

Señala la impugnación que el fiscal indiciado *“omitió echarle mano”* a los criterios subjetivos del artículo 310 del Código de Procedimiento Penal, incorporados algunos de ellos mediante la Ley 1453 de 2011 con el fin de dotar de mayores *“herramientas”* a los jueces y fiscales *“para imponer medidas de aseguramiento de carácter privativo de la libertad”*; y desconoció el artículo *“317”* de la misma codificación, pues ninguno de los presupuestos allí contenidos era aplicable a IO *“para dejarlo en libertad”*.

⁷ *“toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable”*. -Artículo 29 de la Constitución Política-. (resaltado fuera de texto).

Lo anterior distorsiona el contenido del artículo 310 de la Ley 906 de 2004, modificado por la Ley 1453 de 2011, vigente para el momento en el que el indiciado se abstuvo de pedir medida de aseguramiento, pues en realidad esta normativa suministró al “juez”, no al fiscal, criterios –adicionales a la gravedad y modalidad de la conducta punible- para valorar *“si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad”*, no de mayores *“herramientas (...) para imponer medidas de aseguramiento de carácter privativo de la libertad”*.

Es decir, la norma no fue creada para hacer más represivo el control judicial, como lo sugiere la apelante, sino para que el “juez” sea más certero en el pronóstico de la peligrosidad del imputado.

De otra parte, el artículo 317 del Código de Procedimiento Penal de 2004 contiene causales de libertad aplicables a quienes se encuentran privados de ella, las cuales no están llamadas a ser consideradas en el caso de IO, pues este permaneció libre hasta cuando culminó el proceso mediante sentencia.

Si bien el Tribunal advirtió que el entonces imputado era padre cabeza de familia de una menor de 8 años de edad y residenciado en una casa de interés social en Monterey, esto no lo expuso para indicar que se encontraba satisfecho algún presupuesto de la disposición precitada, sino para mostrar su arraigo y baja capacidad económica, indicativas de la poca o nula probabilidad de que se dispusiera a evadir la acción de la justicia.

El Tribunal indicó que de lo advertido por el fiscal indiciado era innecesaria la privación de la libertad de IO, lo cual *“resultó ratificado con posterioridad de manera amplia”*.

Señaló la impugnante que *“independientemente que las víctimas hayan sido reparadas y que IO se encuentra purgando una pena en la Cárcel de Yopal, el fiscal T sí cometió un delito y faltó a su deber legal, toda vez que fue en su momento que se desconocía los resultados que se iban a tener en el transcurso de la investigación y es allí en ese momento cuando se afecta la expectativa de mi poderdante con respecto a la administración de justicia, no es después, no es ahora, es en ese momento, es en el momento que inicia la audiencia el 18 de octubre –de 2012-, que afecta las expectativas de –su- poderdante”*.

Advierte la Sala que la atipicidad de la conducta de prevaricato por omisión fue corroborada por el *a quo* a partir de los elementos de prueba con los que contó el fiscal indiciado para abstenerse de pedir medida de aseguramiento contra IO.

Ahora, lo ocurrido subsiguientemente en el trámite, ciertamente no podría servir para reprochar alguna omisión anterior, pero nada impide poner de presente hechos posteriores, no para demostrar, sino para reafirmar lo ya acreditado, es decir, que el pronóstico de TP a partir de los elementos de conocimiento que tuvo a su disposición fue el correcto, en el sentido de que no había lugar a pedir medida de aseguramiento».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Constitución Política de Colombia de 1991, art. 250

Ley 906 de 2004, arts. 2, 295, 296, 308, 309, 310, 311 y 312

Ley 1453 de 2011, art. 59

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las sentencias: CSJ CP, 26 oct. 2011, rad. 36661; CSJ AP, 20 nov. 2013, rad. 40365; CSJ CP078-2014, CSJ CP147-2014, y CSJ CP038-2015.