

La inaplicación del fin constitucional de peligro para la comunidad en la medida de aseguramiento a la luz del Sistema Interamericano

The non-application of the constitutional purpose of danger to the community in the insurance measure in light of the Inter-American System

Fernanda Liliana Coca Medina

Magíster en Derecho

Correo: lilicok@hotmail.com

Orcid: <https://orcid.org/0009-0004-6454-7205>

Universidad Autónoma de Colombia, Bucaramaga, Colombia.

Yenny Yazmin Ortiz Barrera

Magíster en Derecho

Correo: thiskelonia@hotmail.com

Orcid: <https://orcid.org/0009-0007-2942-9424>

Universidad Autónoma de Colombia, Bucaramaga, Colombia.

Cómo citar: Coca Medina, F. L., & Ortiz Barrera, Y. Y. (2024). La inaplicación del fin constitucional de peligro para la comunidad en la medida de aseguramiento a la luz del Sistema Interamericano. *Postulados: Revista Sociojurídica*, 1(2), 42-57

Fecha de recibido: 3 de abril de 2024

Fecha aprobación: 17 de junio de 2024

RESUMEN:

El control difuso ha sido establecido como una herramienta que permite a los Estados miembros de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, concretar en todos los ámbitos, especialmente en el jurisdiccional, las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos, mediante la verificación de la conformidad de las normas internas y las prácticas nacionales con esta (CADH) y la jurisprudencia de la Corte Interamericana; además como una contribución en el desarrollo de la dogmática, la concreción de las garantías hermenéuticas de estos derechos consagrados internacionalmente e integrados normativamente en el ámbito interno, para que los Estados partes cumplan efectivamente con las obligaciones adquiridas en esta materia. Finalmente, se precisa que el control de convencionalidad es una institución jurídica del derecho internacional de aplicación en nuestro ámbito interno, y a través de la teoría del apartamiento, los jueces pueden cumplir con los requisitos jurídicos para inaplicar el precedente que establece como fundamento de la medida de aseguramiento el peligro para la seguridad de la comunidad; y así hacer un análisis de esta teoría desde el punto de vista formal y práctico en el ejercicio jurisdiccional.

Palabras clave:

Convencionalidad, Control, Detención, Peligro, Seguridad, Precedente, Apartamiento.

ABSTRACT:

Diffuse control has been established as a tool that allows the member states of the American Convention on Human Rights to specify in all areas, especially in the jurisdictional area, the obligations to respect and guarantee human rights, through the verification of the conformity of internal regulations and national practices with this (CADH) and the jurisprudence of the Inter-American Court; also as a contribution to the development of dogmatics, the concretization of the hermeneutical guarantees of these rights consecrated internationally and normatively integrated into the domestic sphere, so that the States parties effectively comply with the obligations acquired in this matter. Finally, it is specified that conventionality control is a legal institution of international law applicable in our domestic sphere, and through the theory of separation, judges can comply with the legal requirements to disapply the precedent established as the basis of the measure. to ensure the danger to the safety of the community; and thus make an analysis of this theory from the formal and practical point of view in the jurisdictional exercise.

Keywords:

Conventionality, Control, Detention, Danger, Security, Previous, Separation.

Autor para correspondencia

Correo electrónico: lilicok@hotmail.com (Fernanda Liliana Coca Medina)

La revisión por pares es responsabilidad de la Universidad Francisco de Paula Santander Ocaña

Artículo bajo la licencia CC BY-NC (<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.es>)



Introducción

El tema del presente artículo, está íntimamente relacionado con las obligaciones adquiridas por el Estado colombiano, como Estado parte de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y, los consecuentes imperativos de respetar los derechos y garantías contenidos en ella y, garantizar su ejercicio de conformidad con lo establecido en la Convención y, con la interpretación que la Corte Interamericana, como su interprete autorizado, ha realizado a través de su jurisprudencia y opiniones consultivas, especialmente frente a los fines que resultan ser convencionales para imponer una medida de detención preventiva en el marco de un proceso penal con fundamento en las interpretaciones que han reconocido que el control de convencionalidad, entre ellas la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil de Tutelas en la Sentencia 6550 de 2018.

Siguiendo este derrotero, en el presente trabajo, sentamos nuestra acorde posición de que en el fuero interno de nuestro Estado, el control de convencionalidad, es obligatorio y, por lo tanto todos los jueces, en la solución de los casos concretos en los que se estudie la posible limitación de un derecho convencional, como lo es la libertad personal, en primera medida deben entrar en el estudio del caso contrastando si las normas internas aplicables al asunto subjudice, son acordes con los derechos y garantías establecidas en la Convención y luego, con la interpretación que respecto de este derecho ha mencionado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia.

En ese sentido, el objetivo de la investigación busca identificar los criterios que debe contemplar el operador judicial, y diseñar una regla aplicable como herramienta que facilite el estudio de cada caso en concreto, especialmente para los jueces de control de garantías que se vean involucrados en este tipo de conflictos normativos.

Metodología

Esta es una investigación de tipo cualitativo, documental y descriptivo, cuyo objeto consiste en analizar las posibilidades de integración al sistema jurídico colombiano de dos instituciones permeadas por el devenir social y económico del país, proponiendo una fórmula que mantenga su naturaleza y la unidad del ordenamiento, a través del análisis crítico de fuentes y de la hermenéutica jurídica (Deobold, Van Dalen y Meyers, 2006).

Durante la investigación, se realizó una revisión de parámetros del bloque de constitucionalidad, constitucionales, legales y reglamentarios, especialmente, fuentes jurisprudenciales de la Corte Interamericana, jurisprudencia de la Corte Constitucional y el código de procedimiento penal, entre otras, que permitieron identificar las formas cómo se han resuelto este tipo de casos u otros similares por la administración de justicia.

Sobre este recurso se revisaron los antecedentes de las normas existentes, las teorías y formas de la aplicación y apartamiento del precedente, entre otras. El principal método de interpretación usado sentó sus bases sobre técnicas exegéticas y sistemáticas. Las primeras, para entender la vigencia y alcance de las reglas y de sus modificaciones, y las segundas, para vincular las categorías conceptuales en discusión, sin generar contradicciones o conflictos. Asimismo, fueron aplicadas técnicas sociológicas,

potenciando el análisis en función del contexto histórico que ha originado cambios en la interpretación y fallos que constituyen el deber ser de los operadores judiciales.

Finalmente, se verificó la doctrina nacional e internacional para conocer algunos aspectos que nos permita construir las herramientas que sirvan de guía para los operadores judiciales para la inaplicación del fin constitucional de peligro para la seguridad de la comunidad de la medida de aseguramiento.

Control de convencionalidad

Naturaleza y características del control de convencionalidad

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el concepto de “control de convencionalidad”, como una contribución en el desarrollo de la dogmática de los derechos humanos para que los Estados partes cumplan efectivamente con las obligaciones adquiridas en materia de derechos humanos, muchas veces, en los casos individuales sometidos a su conocimiento, la Corte Interamericana encontró que estos llegan bajo su competencia porque la justicia interna de los Estados había fallado y concluyó que el control de convencionalidad es una herramienta que permite la concreción de la garantía hermenéutica de los derechos humanos consagrados internacionalmente e integrados normativamente en el ámbito interno.

En suma, se puede afirmar que, hoy por hoy, el control de convencionalidad es una institución jurídica del derecho internacional que, en primer lugar, se activa cuando los jueces interpretan las normas del corpus juris internacional integradas en el orden interno y, en segundo lugar, complementaria cuando por el desconocimiento de los estados de los derechos, libertades y garantías convencionales y/o de la interpretación que ella ha realizado a través de su jurisprudencia o de las opiniones que emite en desarrollo de su función consultiva, se activa la competencia de la Corte Interamericana, lo cual encuentra su fundamento en la lectura integrada de los artículos 1.1, 2, 29 y 33 (b) de la CADH.

Ahora bien, el concepto de control de convencionalidad surgió por primera vez en la jurisprudencia de la Corte Interamericana en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, (Corte Suprema, 2006) en el que la Corte IDH abordó los reclamos de los familiares del señor Almonacid Arellano que le solicitaban se pronunciara acerca de si el Estado Chileno, al mantener vigente un decreto que concedía amnistía a las personas que hubieran incurrido en hechos delictuosos entre 1973 y 1978, emitido con posterioridad a la suscripción de la Convención por parte del Estado Chileno, y que condujo a que no se investigara de “manera adecuada” la muerte del señor Almonacid Arellano ocurrida el 17 de septiembre de 1973, constituía un incumplimiento a las obligaciones de respeto y garantía establecidas en los artículos 1(1) y 2 de la CADH y, en razón a su aplicabilidad, en una violación a los artículos 8 y 25 de la misma.

Así, el control de convencionalidad impone a los funcionarios de los Estados partes de la Convención, en especial a los jueces, esta serie de condiciones que deben ser verificadas por todas las autoridades internas al momento de aplicar o interpretar los derechos y garantías integrados en el orden interno, a efectos de comprobar que su interpretación y aplicación no sean contrarias a la Convención, ni a las normas de derechos humanos

que la integran y complementan, o que derivan en la supresión de normas contrarias a la CADH o bien su interpretación, dependiendo de las facultades que a cada autoridad pública le corresponda.

La fuerza vinculante del control de convencionalidad desde el derecho de los tratados.

La obligatoriedad para los Estados de realizar el control de convencionalidad deriva de los principios del derecho internacional público, en consecuencia, la fuerza vinculante del control de convencionalidad, deviene directamente del Derecho de los Tratados contenido en la Convención de Viena de 1969, cuyo artículo 26 consagra el principio del Pacta Sunt Servanda, según el cual “[t]odo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”, precisando, en lo relacionado con el derecho interno y el cumplimiento de los tratados, en su artículo 27 que “[u]na parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

Por su parte la CADH, consagra un compromiso expreso por los Estados Partes de respetar los derechos y libertades en ella consagrados, y la obligación de garantizar el pleno ejercicio de los mismos a toda persona “sujeta a su jurisdicción” (artículo 1).

En este orden, es claro que la fuerza vinculante del control de convencionalidad, emerge de manera simultánea del derecho de los tratados y de las obligaciones de respeto y garantía contraídas por los Estados signatarios de la Convención Americana; por lo que los Estados quedan obligados tanto en el escenario internacional como en su fuero interno.

Dualidad de posturas frente al control de convencionalidad en Colombia

Este control, como se ha indicado, no es de libre aplicación sino de plena vigencia y con carácter impositivo para todos los servidores estatales, quienes están obligados a realizar un control convencional, con mayor razón cuando la CADH forma parte del bloque de constitucionalidad, y por ello, no puede quedar al arbitrio de las autoridades su aplicación y ejercicio; pues además, esta herramienta permite no solamente a las autoridades internas reconocer las obligaciones contraídas internacionalmente sino también a la ciudadanía estar informada acerca de la protección de sus derechos (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil de Tutelas, 2019).

Existe una clara postura expresada por la Corte Suprema de Justicia Colombiana, pareciera no ser compartida plenamente por la Corte Constitucional, pues desde su perspectiva:

[...] las decisiones judiciales de la Corte IDH son relevantes, debido a que “tienen implicaciones directas en la apreciación del sentido de un derecho previsto en la Convención Americana”. Sin embargo, la aplicación de los estándares formulados por la Corte IDH en su jurisprudencia implica “una interpretación sistemática y armónica con la lectura que deriva de la Constitución Política [y de] [...] otros tratados que también prevén obligaciones vinculantes para el Estado”. En suma, “la determinación de lo que un derecho de la Convención significa, máxime cuando

Colombia ha aceptado la competencia contenciosa de dicho organismo, involucra tener en cuenta lo que al respecto ha dicho su intérprete autorizado; [pero] no para acogerlo de manera irreflexiva.” (Corte Constitucional, 2021, p.3).

Aquí valga recordar que en el caso *Petro Urrego vs. Colombia* (Corte IDH, 2020), el Tribunal Interamericano resaltó la interpretación que realizó el Consejo de Estado sobre el control de convencionalidad.

En definitiva, siguiendo a la Corte Interamericana, es dable afirmar que los derechos humanos deben ser observados y defendidos bajo el control de convencionalidad, el cual deben efectuar los operadores de justicia nacionales y quienes diseñan políticas públicas, pues estos deben velar porque los instrumentos internacionales sean útiles, se puedan aplicar y resulten prácticos, y no se vean menguados o subvalorados “por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos” (Corte IDH, 2010).

El fin constitucional de peligro para la seguridad de la comunidad como fundamento de la detención preventiva: regla de derecho en el ordenamiento interno colombiano.

En el ordenamiento jurídico colombiano la libertad es un derecho constitucional que no ostenta un carácter absoluto puesto que puede ser limitado o restringido [...] en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo claramente definido en la ley (Constitución Política, art. 28). Dentro de los motivos legales, el ordenamiento punitivo consagra la posibilidad de privar de la libertad de manera preventiva a una persona en un proceso penal cuando se profiere en su contra una medida de aseguramiento, que ha de cumplirse bien en un establecimiento de reclusión o bien en su residencia, siempre y cuando se cumpla alguno de los requisitos o fines constitucionales establecidos en el artículo 308 de la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal Acusatorio o CPP), entre los que se encuentran asegurar que la persona no obstruya el debido ejercicio de la justicia o que evada su comparecencia al proceso o el cumplimiento de la sentencia, y especialmente el que regula el numeral 2, que establece como fin de la medida cautelar, que el imputado constituya un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.

El anterior enunciado normativo, obedece a una norma constitucional establecida en el artículo 250.1 de esta misma ley, según la cual el órgano de persecución de la acción penal en ejercicio de sus funciones deberá solicitar al Juez de Control de Garantías, las medidas necesarias para asegurar “la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas.”

A su vez, esta subregla se reitera en el Código de Procedimiento Penal a través de otros artículos que realizan la afirmación del derecho a la libertad, el artículo 114.8, que establece las atribuciones de la Fiscalía como parte dentro del proceso penal, y en la cual se reafirma que puede solicitar ante el juez las medidas necesarias para asegurar la protección de la comunidad y las víctimas, el artículo 296 que establece las finalidades de la restricción de la libertad, el artículo 300.3 que regula la captura excepcional por mandato escrito y motivado de la Fiscalía General de la Nación, dentro de las que nuevamente se encuentra el “peligro para la seguridad de la comunidad o de la víctima

en cuanto a que, si no es realizada la captura, el indiciado realice en contra de ellas una conducta punible”; así como en los artículos 310 y 311, que enuncian las circunstancias que el Juez debe valorar para considerar que el imputado constituye “un peligro futuro para la seguridad de la comunidad” o de la víctima.

El requisito de peligro para la seguridad de la comunidad desde el desarrollo jurídico convencional

El derecho a la libertad y seguridad personales se encuentran establecidos en el artículo 7.1 de la CADH como un derecho genérico, por lo que en palabras de la Corte IDH, en sus demás numerales se consagran las garantías que se deberán aplicar al momento de limitarlo.

Es por ello, que para la detención preventiva se ajuste a la Convención, la Corte IDH ha establecido una serie de requisitos que deben ser analizados al momento de imponerse la restricción de la libertad, cuales son su “naturaleza cautelar, el carácter excepcional, la temporalidad limitada, la necesidad, la legalidad, la idoneidad y proporcionalidad, el fundamento probatorio suficiente, la revisión periódica y la finalidad legítima” (Corte Interamericana, 2014)

Sin embargo, en estos requisitos no se establece que la detención preventiva tenga como fundamento, desde la configuración e interpretación de la CADH, la protección a la seguridad de la comunidad y/o de la víctima. No obstante, esto no ha impedido que la Corte IDH se haya pronunciado acerca de su convencionalidad como justificante para privar preventivamente de la libertad al imputado.

Al analizar la tesis de la Corte Constitucional del año 2016, aún vigente, se indicó que ese parámetro normativo estaba orientado a “impedir que el imputado prosiga con su actuar delictivo”; no obstante la doctrina de la CIDH ha sido reiterativa al considerar que “el encierro del imputado no puede estar soportado en fines de prevención general o especial propios de la pena, sino que solo puede estar fundamentado en fines legítimos como asegurar que el encartado impida el desarrollo del procedimiento o que eluda la acción de la justicia”

(Palacios, 2018); es decir que los fines que le son propios a la medida cautelar buscan asegurar el desarrollo del proceso penal y no a la persona que está siendo sometida al mismo.

Como se ha indicado, el fin del peligro para la seguridad de la comunidad y de la víctima como soporte de la medida preventiva de la privación de la libertad, dentro de los estándares en el ámbito del sistema interamericano de DDHH (SIDH), y la jurisprudencia tanto de la Comisión IDH, advierten que el mismo es contrario a la CADH. Para llegar a esta conclusión, se parte de una serie de supuestos que no admiten controversia al interior del SIDH, y que se pueden condensar en los siguientes (Palacios, 2018): la prisión preventiva solamente puede ser utilizada para garantizar el desarrollo del proceso, y por ello sus “únicos fines legítimos son los de impedir la fuga del imputado y evitar la obstaculización de la investigación” (Palacios, 2018)

Contrario a lo afirmado por la Corte Constitucional; la CIDH ha sido clara y reiterativa en señalar que la causal de “peligro para la comunidad” desconoce “el carácter cautelar y excepcional de la detención preventiva, violando así la presunción de inocencia y la libertad del procesado” (Cuervo, 2022). En ese sentido, el “peligro para la comunidad” no es ni puede ser una causal complementaria de los fines que buscan asegurar la comparecencia de una persona al proceso o evitar la obstrucción a la justicia, ya que estos fines tienen una naturaleza “cautelar” frente al proceso y no frente a la pena. Cuando se afirma que aquel es complementario, es tanto como afirmar que desde el inicio del proceso se puede enviar el mensaje a la comunidad de que la prisión preventiva busca evitar la comisión de delitos, lo que trae como consecuencia vulnerar el derecho a la presunción de inocencia.

Tal como se observa, este requisito distorsiona el fin último de la detención preventiva en compatibilidad con la CADH, pues se aleja de su objetivo de brindar protección al proceso, pues al centrarse en el imputado y calificar una condición individual como peligrosa, además de dejar de lado la presunción de inocencia, determina que la detención preventiva tenga una orientación punitiva, lo cual soslaya las garantías judiciales contenidas en la Convención ADH.

Ahora bien, siendo el peligro para la seguridad de la comunidad y de la víctima, un fin consagrado tanto en la Constitución Colombiana como en el Código de Procedimiento Penal, y declarado exequible bajo un control de constitucionalidad ¿cómo puede existir una verdadera armonía en su interpretación y aplicación si a veces de la Corte IDH dicho fin es inconvencional? Y lo más importante, cómo deben decidir los casos los jueces de control de garantías, porque de un lado la Constitución Política, el código de procedimiento penal y la jurisprudencia constitucional, señalan y ordenan que deben tener en cuenta el peligro para la comunidad como uno de los fines para imponer la medida de aseguramiento; y de otra parte, la Convención Americana de Derechos Humanos, su intérprete, la Corte IDH y la Comisión IDH establecen lo contrario, que el peligro para la seguridad de la comunidad se aparta de la convención, y no es un fin legítimo para imponer la medida de aseguramiento.

Para resolver ese dilema, se hace necesario abordar la teoría del apartamiento, y como el objeto de este artículo es brindar herramientas prácticas, tanto a los jueces como a las demás partes que intervienen en el proceso penal, para que puedan válidamente realizar un control de convencionalidad difuso sobre estas normas declaradas constitucionales, y con ello, cumplir con sus deberes de garantizar que nuestro ordenamiento interno se ajuste a los estándares establecidos en la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH, no solamente para lograr la protección de los derechos y garantías que le son propias al SIDH sino además para cumplir los compromisos internacionales que como Estado hemos adquirido; y como último objetivo, dirigir nuestra mirada especialmente hacia el ser humano, que es el sujeto del proceso penal sobre cuyos derechos recaen estas limitaciones.

Teoría del Apartamiento.

Naturaleza la teoría del apartamiento.

Por regla general, se ha establecido que la jurisprudencia constitucional colombiana resulta de imperioso y obligatorio acatamiento para los jueces (Corte Constitucional, 2011), pues las decisiones de este órgano de cierre garantizan entre otros, el respeto hacia el principio de la seguridad jurídica. Por ello, sus pronunciamientos se reconocen como “fuente

de derecho” para autoridades y particulares, ya que establece interpretaciones vinculantes con el articulado de la Constitución. En ese desarrollo, se ha señalado cuáles partes de las sentencias resultan de obligatorio acatamiento, y resultado de ello se indica que no solamente la parte resolutive resulta obligatoria sino también la parte motiva que es determinante para tomar la decisión o constituye la ratio decidendi del fallo; bajo tal escenario la ratio decidendi de la jurisprudencia constitucional es fuente de derecho (Corte Constitucional, 2015).

Consecuente con lo anterior, ha sido la misma Corte Constitucional la que ha reconocido que no solamente sus decisiones sino también las de los demás órganos de cierre de la rama judicial, contienen la fuerza normativa de la doctrina, y que esto deviene de la obligación que tienen todos los jueces de aplicar con igualdad la ley y brindar un trato igualitario en el caso sometido a su conocimiento.

Adicionalmente, los órganos de cierre de estas jurisdicciones tienen la función constitucional de realizar la unificación jurisprudencial, y actúan bajo la aplicación del principio de buena fe que debe entenderse como la confianza que se tiene en la conducta de las autoridades. Finalmente estas decisiones son entendidas, como ya se había señalado, bajo la necesidad de establecer la seguridad jurídica que tiene todo ciudadano respecto a los casos en los cuales busca la protección de sus derechos, y en ese entendido, debe tener una expectativa razonable de que las decisiones judiciales se profieren bajo el principio de igualdad ante la ley y el de confianza legítima en la autoridad que lo resuelve (Corte Constitucional, 2015), así como los principios de legalidad, cosa juzgada, además de la racionalidad y razonabilidad que deben contener las medidas. (Corte Constitucional, 2011)

Si lo anterior es así, ¿cómo puede un juez de instancia realizar un control convencional difuso sobre la norma y la subregla que constituyen un precedente constitucional, respecto a aplicar el fin de peligro para la seguridad de la comunidad y de la víctima, sin que su decisión pueda considerarse prevaricadora o cuando menos, una infracción al deber de acatamiento a la Constitución y la ley que le impone el artículo 230 de la C.P?

Para ello, es necesario recurrir a la figura del apartamiento del precedente judicial bajo la inaplicación de la norma por inconvencional, herramienta que tiene un efecto útil frente al derecho a la libertad y que resulta protectora de los derechos de la persona sometida al procedimiento penal.

Sobre estos tópicos, también el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional ha señalado que la autoridad judicial puede apartarse de la jurisprudencia aplicable al caso,

mediante un proceso de contraargumentación, pues así, no se desconoce el principio de independencia judicial pero debe cumplir una de las siguientes características: (i) porque hay ausencia de identidad fáctica en el caso (ii) porque se está en desacuerdo con las interpretaciones que de la norma que se realiza en la decisión, (iii) porque hay una discrepancia con la regla de derecho que constituye la línea jurisprudencial; así realizado el proceso de contraargumentación, se logra el reconocimiento acerca de la existencia y exigibilidad del precedente, y adicionalmente, la explicación motivada de las razones para que no deba ser considerado en el caso que se analiza. (Corte Constitucional, 2015)

Requisitos para poder apartarse del precedente vertical.

Teniendo como garantía el artículo 228 de la C.P., los jueces deben cumplir dos deberes para poder apartarse del precedente vertical: (i) referirse al precedente anterior [requisito de transparencia] y ofrecer un argumento suficiente para el abandono o cambio, para fallar de manera diferente en circunstancias fácticas similares. (Corte Constitucional, 2022)

Así lo explica Cesar Javier Valencia Caballero, al referir que:

Conforme a ello, le corresponde al juez que se aparta del precedente, cumplir con los requisitos genéricos y específicos sobre la materia. Los primeros hacen alusión al principio de transparencia, esto es, identificar y explicitar la existencia de la ratio decidendi decantada por la jurisprudencia; de otra parte, los específicos que son un desarrollo del mandato de optimización de suficiencia en el que el juez está obligado a exponer argumentos serios, contundentes y razonables, que expliquen de mejor manera por qué el pensamiento de la jurisprudencia no es el más adecuado, aclarándose que no se trata de exponer otra tesis, sino de justificar por qué la relacionada por el precedente no es razonable o que ha perdido vigencia. (Valencia, 2020, p. 247)

Aplicadas las anteriores sub-reglas como caso objeto de estudio, encontramos lo siguiente:

Existe en primer lugar el artículo 250.1 de la Constitución Política que impone un deber a la Fiscalía General de la Nación, para solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías, las medidas necesarias que aseguren, entre otras, la protección de la comunidad, en especial de las víctimas; y no es la única norma que se dirige bajo esa premisa, es decir, invocando la protección a la comunidad para que se imponga la medida de aseguramiento, pues en el Código de Procedimiento Penal, a través de los artículos 2, 114.8, 296, 300.3, 310 y 311, se presenta como una regla de derecho a aplicar frente a la restricción preventiva de la libertad del procesado.

También como se indicó líneas atrás, la sentencia C-469 del 2016 de la Corte Constitucional declaró exequible los numerales 2 al 7 y una expresión del numeral primero del artículo 310 del Código de Procedimiento Penal, y es esta norma la que resulta relevante pues el Tribunal Constitucional la analiza para sentar como sub-regla que el peligro para la sociedad se ajusta a la constitución, y que indudablemente también se ajusta al bloque de constitucionalidad, estableciendo como ratio decidendi de su fallo, que este fin no se aleja de la CADH.

Recordemos que en esa decisión uno de los argumentos centrales de la Corte, fue acudir a la libertad de configuración legislativa que regula el sistema jurídico penal, y desde esa órbita, indicar que se encuentran habilitadas las medidas necesarias en la lucha contra la criminalidad, destacando que en esa materia, existe una reserva legal y judicial que puede llegar a afectar la libertad de los individuos. Y que lo anterior es así, debido a que no puede dejarse al arbitrio del operador judicial imponer los límites sustanciales que tiene la medida cautelar personal.

Si bien la Corte reconoce que el legislador puede realizar afectaciones a la libertad personal del imputado de manera extraordinaria, también señala que revisando los artículos demandados, estos se avienen no solamente a la Constitución sino también al bloque de constitucionalidad, pues dada “la fusión de disposiciones sobre derechos humanos que presupone el bloque de constitucionalidad”, debe encaminarse hacia una interpretación conciliadora y armónica, pues se amplía el ámbito de protección de los derechos y así “mantener la idea de la unidad que subyace a ese estándar normativo”. (Corte Constitucional, 2016)

Por ello concluye que las normas cuestionadas contemplan una serie de circunstancias, aunque obedecen erróneamente a situaciones de peligro, reducen el margen de discrecionalidad del operador judicial, poniendo límites sustanciales como una forma de contención en la aplicación de la medida de aseguramiento.

Y finalmente, como fundamento para declarar la constitucionalidad del peligro para la comunidad como un fin de la medida, señala que la interpretación del derecho a libertad no ha sido uniforme en las diferentes instancias internacionales, para llegar a establecer que exclusivamente esta medida cautelar puede utilizarse para evitar la obstrucción de la justicia y asegurar la comparecencia del procesado; reitera que tales presupuestos no son un criterio cerrado y excluyente para la admisión de otro tipo de justificaciones, pues el fin bajo examen no entra en contradicción con la doctrina de la Corte IDH, ya que esta no puede leerse bajo el entendido de que se pretende imponer sobre otras normas de igual jerarquía normativa, o que pueda verse en el sentido de que “inhiba políticas criminales ajustadas a las necesidades y condiciones locales, así como los derechos fundamentales, que formula particularmente el constituyente.”. (Corte Constitucional, 2016)

Es así como, en sentencias a través de las cuales se requiere una interpretación y control difuso, se ha señalado que:

Y aunque desde año 2016 la Corte Constitucional también ha expuesto las razones por las cuales el fin constitucional del numeral 2° del artículo 308 del Código de Procedimiento Penal, desarrollado en el 310 Ib., frente al cual se hizo el análisis de constitucionalidad [sentencia C 469], se mantiene como uno de aquellos que motivan la finalidad superior de la medida de aseguramiento, el mismo deberá estar soportado en otras finalidades legítimas de la procedencia de la medida de aseguramiento, ya que al disentir en la jurisprudencia interamericana, en cuanto al análisis de imposición de la medida en los casos concretos, en ningún de ellos (sic), se debe utilizar la peligrosidad, la reiteración, la gravedad del hecho y su repercusión social y demás circunstancias personales de la conducta como único criterio rector de su aplicación.”(Consejo superior de la Judicatura, 2022, p.43)

Hasta aquí, podemos observar que existe una norma constitucional y procesal que regula en el ámbito de nuestra legislación interna, el peligro para la seguridad de la comunidad, y asimismo existe también una sub regla constitucional que la ha revisado, señalándola como ajustada a la Constitución y al bloque de constitucionalidad.

Técnicas legitimadas para la “desobediencia” del precedente constitucional frente al peligro que representa la aplicación en el sistema jurídico.

Es importante empezar por mencionar que existen distintas formas y técnicas que permiten aplicar el precedente constitucional, toda vez que si bien se cita como fuente netamente auxiliar y nos encontramos bajo un sistema tradicional, la Corte Constitucional ha establecido su obligatoriedad frente a casos que tengan similitudes fácticas y jurídicas (SU 354 de 2017), y a su vez, también ha establecido que puede un juez apartarse del precedente, siempre que demuestre con suficiencia, porqué “el precedente anterior no resulta válido, correcto o suficiente para resolver un nuevo caso sometido a decisión”, y por ello no está obligado el operador a su utilización (Sentencia C-179 de 2016).

En ese sentido el poder apartarse o desobedecer el precedente se constituye en una posibilidad para la toma de decisiones, más aún cuando nuestro sistema permite el análisis del caso a caso en el cual la mínima circunstancia diferencial puede hacer que se requiera fallar ex novo.

Tal como lo señala de forma taxativa el artículo 230 de la CN: “Los jueces en sus providencias solo están sometidos al imperio de la ley” entendido esto como la aplicación de la norma jurídica en la cual se incluyen los pronunciamientos de la Corte Interamericana al mismo nivel de la Constitución Política.

Por lo tanto, ahora surge como necesario explicar por qué este fin debe ser inaplicado en el ámbito interno, y porqué los jueces pueden utilizar esta herramienta como técnica argumentativa para apartarse del precedente.

La línea jurisprudencial de la Corte Constitucional como la Sentencia T-446 de 2013, ha señalado unas modalidades específicas para apartarse del precedente judicial (Valencia Caballero, 2022), las cuales se suscriben a que:

- 1) la sentencia anterior no se aplica al caso concreto porque existen elementos nuevos que hacen necesaria la distinción; 2) el juez superior no valoró, en su momento, elementos normativos relevantes que alteren la admisibilidad del precedente para el nuevo caso; 3) por desarrollos dogmáticos posteriores que justifiquen una posición distinta; 4) la Corte Constitucional o la Corte Interamericana de Derechos Humanos se hayan pronunciado de manera contraria a la interpretación del superior jerárquico; o que 5) sobrevengan cambios normativos que hagan incompatible el precedente con el nuevo ordenamiento jurídico. (Corte Constitucional, 2013, p.p. 29-30)

Para este caso, es evidente que la hipótesis que fundamenta el apartamiento del precedente en la Sentencia C – 469 de 2016, y de las normas que como fundamento de la medida de aseguramiento que el imputado constituye un peligro para la seguridad

de la sociedad o de la víctima, es porque resultan ser contrarios a la CADH y a los pronunciamientos de la Corte IDH.

Asíentonces, como criterios fundados para apartarse del precedente, se han identificado los siguientes:

- (i) La regulación del derecho a la libertad personal, tiene establecido que este derecho si bien puede ser suspendido en los estados de excepción constitucional, no es menos cierto que este integra el bloque de constitucionalidad en sentido estricto, y por ello, se encuentra protegido frente a la debida injerencia de los poderes públicos. Por eso está plenamente reglado y su limitación está claramente restringida a unos presupuestos que lo hacen impermeable.
- (ii) No existe una interpretación armónica entre la línea jurisprudencial establecida por la Corte IDH y decisión tomada por la Corte Constitucional Colombiana, toda vez que esta última se apartó sin mayor justificación del precedente convencional, pues equiparó los fines de la medida de aseguramiento privativa de la libertad, con el conglomerado de medidas que puede solicitar la Fiscalía General de la Nación ante el juez de control de garantías, dentro de las que se encuentran las no privativas de la libertad. En ese sentido la interpretación es contradictoria.
- (iii) En el control de constitucionalidad ejercido por la Corte, no se aplicó el principio pro homine, para superar la contradicción entre los postulados del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y el régimen interno, y que se circunscriben a la restricción de la libertad personal.
- (iv) Reconocer el peligro para la seguridad de la comunidad como un fin de la detención preventiva, constituye una ampliación de los parámetros convencionales que restringen la privación de la libertad personal, y por tanto, su reconocimiento en el marco del proceso procedimiento penal, se constituye en una arbitrariedad que desconoce la CADH. (Belalcázar Revelo, 2021)
- (v) La interpretación realizada por la Corte Constitucional, contrario a proteger el derecho a la libertad, coarta anticipadamente su ejercicio, incluyendo para tal efecto un fin que le es propio a la sanción que se impone al condenado.

Conclusiones

Los Estados al acogerse al SIDH se someten a una herramienta de control y verificación a través de la cual, se busca materializar lo acordado en la CADH, se hace mención así, del control de convencionalidad, el cual se encuentra contenido dentro de las obligaciones asumidas por los miembros de la comunidad internacional, y no solo protege las normas de índole transnacional que a su vez mengua cualquier interpretación desmedida que se ejerza sobre las normas de derecho interno.

La fuerza vinculante que ostenta la Convención Americana de Derechos Humanos, deviene del derecho de los tratados bajo la convención de Viena de 1969 a través del Pacta Sunt Servanda. En consecuencia, Colombia como estado parte, debe cumplir con la Convención ADH, adaptando tanto su normatividad interna, como las decisiones que restringen los derechos humanos, a la norma convencional y a las decisiones proferidas por su intérprete.

El control de convencionalidad, *inter alia*, se activa en primer lugar, cuando los jueces interpretan las normas del *corpus juris* internacional de los derechos humanos integradas en el orden interno y, en segundo lugar, de manera complementaria cuando por el desconocimiento de los estados de los derechos, libertades y garantías convencionales y/o de la interpretación que ella ha realizado a través de su jurisprudencia o de las opiniones que emite en desarrollo de su función consultiva.

El requisito peligro para la comunidad consagrado en la ley procesal penal y en la Constitución colombiana, como fundamento de la medida de aseguramiento se contraponen no sólo a la CADH sino a lo que su intérprete, la Corte IDH, ha señalado sobre la misma, al basarse en características personales del presunto autor, distorsionando con ello el sentido preventivo de la medida, y convirtiéndole así en un mecanismo punitivo, que deja de lado las garantías judiciales y derechos como la presunción de inocencia y el principio *pro homine*.

En obediencia al bloque de constitucionalidad, el operador judicial debe avocar en el estudio de sus decisiones los principios, valores y reglas de los derechos humanos junto con las interpretaciones que se encuentran contenidas en el SIPDH, y con ello, adoptar los dispositivos convencionales que sean más beneficiosos para las personas.

Fundamentar una medida de aseguramiento en la peligrosidad que el imputado pueda representar para la comunidad o para la víctima, equivale a anticipar en cierta medida la pena, toda vez que ese es un fin propio de la sanción penal. Con esto, se afecta gravemente el principio de presunción de inocencia, y se socava el derecho a la libertad personal, que como se ha explicado, su garantía contiene una restricción que está estrictamente regulada.

Incluir bajo una interpretación “armónica” la peligrosidad que pueda representar el imputado a la comunidad, como un fin de la medida de aseguramiento, genera una tendencia que promueve un mayor encarcelamiento con el fin de enfrentar la inseguridad ciudadana.

La ampliación de las causales para la procedencia de la detención preventiva, se aleja de su lógica cautelar, además promueve consideraciones como la gravedad del acto, el peligro que represente el imputado, y la expectativa de la pena frente a una eventual condena; elementos estos que se constituyen en criterios peligrosos y de naturaleza punitiva.

La teoría del apartamiento encuentra su viabilidad a través del control difuso de convencionalidad y bajo una motivación suficiente o transparente, que se advierte frente a la norma acusada de inconvencional; por ello es el mismo juez penal quien al ponerla en práctica, protege los derechos del imputado garantizando su presunción de inocencia, el principio de imparcialidad, el debido proceso y demás garantías judiciales.

Referencias Bibliográficas

Castaño Lopez, Oscar Alejandro y Ríos Agudelo Jhon Fredy. Un análisis en torno a la aplicación del fin del peligro de la comunidad y el alcance de la presunción de

inocencia en la sentencia C-469 de 2016. Nuevo Foro Penal. 2019

Código de procedimiento Penal Colombiano. Ley 906 de 2004. Agosto 31 de 2004.

Consejo Superior de la Judicatura. Juzgado Primero Penal del Circuito de Pasto. Juez: Oscar Fernando Vivas Bravo. Radicado 520016100000202000008. Sentencia de 22 de marzo de 2022.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf>

Convención de Viena sobre el derecho de los tratados U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entered into force January 27, 1980. Viena, 23 de mayo de 196, en: https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/convencion_viena.pdf

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 539 de 2011. M.P Luis Ernesto Vargas Silva . 06 de julio de 2011

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-446 de 2013. M.P Luis Ernesto Vargas Silva. 11 de julio de 2013

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 269 de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo. 2 de mayo de 2014.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 621 de 2015. M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. 30 de septiembre de 2015

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-179 de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. 13 de abril de 2016

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 181 -2016. M.P Gloria Stella Ortiz Delgado. 13 de abril de 2016

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 469 -2016. M.P Luis Ernesto Vargas Silva. 31 de agosto de 2016

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU 354 de 2017. M.P. Iván Humberto Escruera Mayolo. 25 de mayo de 2017

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-567 de 2019. M.P Alberto Rojas Ríos de 27 de noviembre de 2019

Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-142/21, M.P Alejandro Linares Cantillo. 25 de marzo de 2021

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-146 de 2021. M.P. Cristina Pardo Schlesinger. 20 de mayo de 2021.

- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T -017 de 2022. M.P. Cristina Pardo Schlesinger. 26 de enero de 2022.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Análisis de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Materia de Integridad Personal y Privación de Libertad (Artículos 7 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José, C.R.: Corte IDH, 2010
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Petro Urrego Vs Colombia, Excepciones Preliminares, Fondo Reparaciones y Costas, 8 de julio de 2020.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Excepciones Preliminares, Fondo Reparaciones y Costas, 8 de julio de 2020
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Cuadernillo de jurisprudencia No. 7, control de convencionalidad. 2021, en https://corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo7_2021.pdf
- Corte IDH. Caso Yvon Neptune Vs. Haití. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180
- Corte IDH. Caso Torres Millacura y otros Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de agosto de 2011. Serie C No 229.
- Corte IDH, Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003
- Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 27953
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia STC 16102-2019. M.P Luis Armando Toloza. 28 de noviembre de 2019.
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia STC 6550-2018 que cita la sentencia de la Corte IDH. Caso “Gudiél Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs Guatemala”. Serie C No. 253. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona. 20 de septiembre de 2018.
- Cuervo Cortés, Laura Fernanda. Peligro para la comunidad como requisito para la imposición de medidas de aseguramiento: conflicto entre la prelación de la normativa internacional con el orden jurídico interno. Universidad de Caldas. 2022
- Palacios Mosquera, Luis Bladimir. “Detención Preventiva y Control de Convencionalidad. El “peligro para la comunidad” desde la perspectiva del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.”. Editorial Ibañez. 2018.
- Rojas Duque, John Alexander. El ejercicio de control de convencionalidad en materia detención preventiva basada en peligro para la comunidad. Universidad Militar

Trujillo Vallejo, Diana Marcela y Silva Arroyave Sergio Orlando. La detención preventiva en Colombia: Tensiones entre fines constitucionales y derechos fundamentales - Preventive Detention in Colombia: Tensions between Constitutional Purposes and Fundamental Rights, 2021. Estudios constitucionales vol.19 no.2 Santiago, versión en línea, 2021, en: https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-2002021000200325&script=sci_arttext

Valencia Caballero, Cesar Javier. El Control Judicial de los Hechos de la Acusación - Fundamento Convencional ¿Cómo Apartarse del Precedente Judicial que Impide el Control de la Acusación? Editorial Leyer. 2020.

Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 33: Excepciones Preliminares / Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cooperación Internacional (GIZ). -- San José, C.R.: Corte IDH, 2021. <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo33.pdf>