**DETENCIÓN PREVENTIV**

**LA EXCEPCIÓN NO PUEDE CONVERTIRSE EN REGLA GENERAL**

*Por:* ***Enrique Del Río González***

Dentro del sistema procesal penal colombiano resulta imperativo que los jueces, fiscales y procuradores entiendan que las medidas de aseguramiento privativas de la libertad (detención carcelaria o domiciliaria) no pueden ser usadas de manera indiscriminadas. Tampoco pueden ser instrumentalizadas para perseguir finalidades distintas a las que la ley y la constitución han previsto, bajo ese contexto, jamás se podrá pretender, mediante la imposición de ellas, aplacar el clamor social de venganza, generar en la opinión pública la sensación de falsas soluciones a la problemática de la criminalidad o incluso atender finalidades políticas. Estas dos últimas son consideradas populismo punitivo.

El esquema de medidas de aseguramiento solo está habilitado (por la imperiosa aplicación de los principios de presunción de inocencia y afirmación de la libertad) para cumplir con las siguientes finalidades:

1. Garantizar la comparecencia de los imputados.
2. Conservar la prueba y evitar la obstrucción de la justicia.
3. Garantizar la protección de la comunidad y las víctimas.

Deben existir evidencias contundentes que indiquen la necesidad de cumplir alguno de los fines indicados.

Lo anterior es válido porque no es fácil, dentro de una lógica racional, entender que una persona está presumida legal y materialmente de inocente, tiene derecho a defenderse en libertad, y sin embargo, se le pueda encarcelar preventivamente.

Los jueces deben hacer un juicio de ponderación entre el fin perseguido con la medida y el tipo de limitación (medida a imponer).

Es muy importante entender que el fin de la medida debe protegerse con la menor limitación de los derechos del procesado, ello es un mandato legal y constitucional; por eso, si para cumplir la finalidad es suficiente una medida no privativa de la libertad, a ella se debe acudir prioritariamente, tal como lo ordena el parágrafo segundo del artículo 307 de la ley 906 de 2004, desarrollado ampliamente en la sentencia **C- 469 de 31 de agosto de 2016**, Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva.

Esta situación ha sido advertida incluso por la Fiscalía General de la Nación, mediante **Directiva 13 de fecha 28 de julio de 2016**, en la que se indica que: “para la aplicación de las medidas de aseguramiento, especialmente de la detención preventiva, no basta con que se cumplan los requisitos legales. Además, los fiscales deben realizar un análisis de proporcionalidad a fin de determinar si es procedente la restricción a la libertad del procesado. Es decir, no basta con verificar los requisitos objetivos, fácticos y materiales previstos en la Constitución y la ley, además, se debe realizar un test de proporcionalidad”.

De igual manera, esta directiva indica que: “los fiscales deben interpretar sistemáticamente las disposiciones contenidas en la ley 906 de 2004 y las reformas introducidas por las leyes 1760 de 2015 y 1786 de 2016, referidas a las medidas de aseguramiento. Esta interpretación debe partir –además- de la aplicación del principio *pro homine et libertatis*. **En ese sentido, la detención preventiva no puede ser asumida -bajo ninguna circunstancia- como la regla general. Antes bien, se trata de una excepción a la cláusula general de libertad**”.(LO RESALTADO EN NEGRILLA NO LO ES EN EL TEXTO ORIGINAL).

Y lo anterior tiene que ser así debido a que son exagerados los casos en que se yerra al momento de imponer una medida de aseguramiento y posteriormente le corresponde al Estado asumir la indemnización por los daños antijurídicos causados, estos montos son escandalosamente altos (para octubre de 2013 se habían presentado 13.385 demandas por privación injusta de la libertad, que suman 21 billones en pretensiones) y han generado un detrimento de tanta entidad que le correspondió a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado proferir la **circular externa No. 5 del 4 de julio de 2014** en la que recomienda lo siguiente:

“La aplicación de cualquier medida de aseguramiento que implique restricción de la libertad –incluyendo la detención extramural- **debe ser siempre excepcional**, con apego estricto a la ley, no admite como fundamento de la misma presunciones, debe decretarse por el tiempo estrictamente necesario, **y debe obedecer *prima facie* a criterios de necesidad y proporcionalidad demostrables en el sentido de que no existan otros medios menos gravosos para lograr el fin que se pretende garantizar** (…)

El deber de proteger el derecho a la libertad comporta para las autoridades judiciales la carga de **extremar la prudencia** en la toma de decisiones que involucren la privación de la libertad en los casos denominados **“altamente mediáticos”**. El juez abocado a tomar una decisión en un caso de esta naturaleza debe ser plenamente consciente de que **la privación de la libertad es una medida excepcional y no una forma de justicia expedita**”. (LO RESALTADO EN NEGRILLA NO LO ES EN EL TEXTO ORIGINAL).

Al panorama anterior se le suma **la evidente postración del sistema carcelario colombiano**, en el que desde 1998, es decir, hace ya 20 años, se declaró el estado de cosas inconstitucional (sentencia T- 153 de 1998) el que persiste a la fecha, en peores circunstancias. Vale decir que, esta declaración de la Corte Constitucional es una aceptación de que los centros penitenciarios de Colombia se caracterizan por el hacinamiento, las graves deficiencias en materia de servicios públicos y asistenciales, el imperio de la violencia, la extorsión, la corrupción, y la carencia de oportunidades y medios para la resocialización de los reclusos. Y de allí se deduce una flagrante violación de un abanico de derechos fundamentales de los internos en los centros penitenciarios colombianos, tales como la dignidad, la vida e integridad personal, los derechos a la familia, a la salud, al trabajo y a la presunción de inocencia, etc.

Por otro lado, son muchos los casos en que **la opinión pública** es manipulada consciente o inconscientemente por los medios de comunicación, lo que genera, no en pocos casos, una influencia indebida en la independencia del juez que adoptará la decisión, quien deberá escoger entre desafiar el clamor popular o apartarse de él, en uno y otro caso, si no actúa con estricta aplicación del Derecho y la justicia, la influencia mediática será dañina. Esto es lo que se conoce como **juicio paralelo**, el pronóstico popular fuera de la contienda procesal, que obviamente no permite el respeto de las garantías procesales, y en el que los procesados son linchados mediáticamente sin que exista una sentencia condenatoria en contra. Generalmente el daño, en todo sentido, que produce la imposición de la detención preventiva no es advertido por la comunidad, se percibe como un problema de otros, hasta que esa tragedia personal, familiar y social de estar sometido a un proceso penal, toca a su puerta; es en ese momento, en donde se aprecia el valor de las garantías constitucionales de la presunción de inocencia y el derecho a defenderse en libertad.