

Presunción de inocencia y privación de la libertad en el sentido del fallo

Presumption of Innocence and Deprivation of Liberty in issuing the Verdict

María Alexandra Ruiz Cabrera

Docente, Universidad de Nariño

Pasto, Colombia

alexaruiz05101@udenar.edu.co

<https://orcid.org/0009-0009-0408-0590>

Artículo de investigación

<https://doi.org/10.32719/26312484.2024.42.4>

Fecha de recepción: 29 de diciembre de 2023

Fecha de revisión: 19 de febrero de 2024

Fecha de aceptación: 11 de marzo de 2024

Fecha de publicación: 1 de julio de 2024

Licencia Creative Commons



RESUMEN

Indispensable es tratar temas procesales respecto a la privación de la libertad, presentándose en la actualidad una discusión latente en Colombia, en la que se valora argumentativamente si se debe restringir para una persona este derecho, una vez se ha dictado el sentido del fallo condenatorio cuando existan prohibiciones respecto a beneficios punitivos, denotándose dos posturas de la jurisprudencia que se contraponen. El objetivo perseguido es resolver que frente a un problema jurídico similar se viene decidiendo con dos alternativas distintas que comprometen el derecho a la libertad y, con ello, el despliegue de las múltiples consecuencias del encierro. Así, se iniciará fijando la categoría de la libertad como un presupuesto máximo; enseguida se ubicarán las dos posiciones contrapuestas frente a una misma situación y, a partir de ello, se vinculará al trabajo la trascendencia del rol del juez argumentador. Con apoyo de una metodología cualitativa, que involucra el estudio del tema por medio de jurisprudencia, doctrina y bibliografía, se colegirá que las limitaciones del derecho a la libertad que están en un escenario procesal en pugna pueden deberse a múltiples posiciones valorativas, y debido a ello, solamente se otea un resultado plausible derivado de la garantía de la motivación.

PALABRAS CLAVE: sentido del fallo, presunción de inocencia, condena, motivación, limitaciones, libertad, encierro, hacinamiento.

ABSTRACT

It is essential to address procedural issues regarding deprivation of liberty, as there is currently a heated discussion in Colombia regarding whether this right should be restricted once a guilty verdict has been issued, particularly when prohibitions exist regarding punitive benefits. Two contrasting positions are being considered in jurisprudence. The objective is to resolve that, when faced with a similar legal issue, two different alternatives are being decided upon, both of which affect the right to liberty and consequently, the various consequences of incarceration. Thus, we will begin by emphasizing the importance of liberty as a fundamental prerequisite, followed by the identification of the two opposing positions regarding the same situation, and subsequently, the significance of the role of the argumentative judge will be addressed. Utilizing a qualitative methodology, which involves studying the topic through jurisprudence, doctrine, and literature, it will be inferred that limitations on the right to liberty within a contested procedural scenario may stem from various evaluative positions, and therefore, only a plausible result derived from the guarantee of motivation is foreseeable.

KEYWORDS: sense of verdict, presumption of innocence, condemn, motivation, limitations, liberty, confinement, overcrowding.

FORO

INTRODUCCIÓN

El presente artículo procura traer a la discusión las graves consecuencias que pueden redundar en la trasgresión de un derecho de tal envergadura como es la presunción de inocencia, pues los jueces de conocimiento en los procesos penales asumen privar de la libertad al enjuiciado, una vez que el decurso de la actuación arribó al momento del sentido del fallo condenatorio, empero no ha sido emitida la sentencia condenatoria anunciada y todavía dicha providencia no ha alcanzado ejecutoria. Ello, en el ordenamiento penal adjetivo tiene prevista esa posibilidad funcional, pero se sostendrá en estas líneas que, no por eso, deba ser ignorada la inevitable tensión existente entre esa normativa y una garantía ecuménica. Frente a aquella disyuntiva se explora una salida que permite acoplarse a la ideología de Estado, cual es la exigencia de la motivación, que a su vez se erige como otro derecho alzado en favor de todos los sujetos procesales.

Para lograr el cumplimiento del objetivo, en una primera parte se hará el despliegue de lo que representa la privación de la libertad dentro del Sistema Regional de Derechos Humanos (SIDH), resaltando su categoría y enlistando las excepciones válidas para su restricción. Enseguida, y con ayuda de sentencias dictadas en el campo de la garantía jurisdiccional de la tutela, se problematizará que en Colombia no existe un criterio unívoco frente al momento procesal que comprende la lectura del sentido del fallo condenatorio, siendo en ese espacio dos los conceptos imperantes a saber: si ya es acertado privar de la libertad al condenado o, si todavía continúa la presunción de inocencia, toda vez que aún no hay una decisión que se considere como cosa juzgada; en esta temática tendrá que evaluarse, además, la aplicación de los beneficios punitivos.

Del mismo modo, se relatará que mucho depende de la garantía de motivación depositada en los juzgadores, quienes, debido a su misión de adoptar una decisión, deben mantener la mirada puesta en los críticos problemas del

hacinamiento carcelario, la dignidad humana de los convictos y la hermenéutica respecto a los fines constitucionales del derecho punitivo. Así pues, una vez ubicado el problema que se desprende del estudio de providencias de tutela emanadas del análisis de controversias penales, se logra determinar que frente a un similar problema jurídico se otean, argumentan y resuelven las causas de manera diferente, por lo que con la profundidad que ofrece el método cualitativo y la posición desde disímiles campos epistemológicos, desde los cuales se estarían adoptando decisiones, se busca y analiza las razones de la diferencia, visualizando una salida plausible que se enmarque en la práctica de la hermenéutica jurídica como garantía para las partes en el *iter* del proceso penal.

Conviene entonces subrayar que el resultado obtenido va dirigido a fijar el derecho a la libertad como preponderante pero no absoluto, pudiendo ser restringido bajo las potestades exclusivas del legislador y ejecutado por autoridades judiciales, como se describirá en las siguientes líneas.

LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD DESDE EL SIDH Y EL SENTIDO DEL FALLO

Sabiendo que es legítimo privar del derecho a la libertad en los contextos procesales, también se debe meditar en todo aquello que representa el encierro,¹ pues las dificultades de la cárcel se enumeran y no terminan de contabilizarse;² sin embargo, es la forma instituida para cumplir las funciones de la pena frente a la desviación de la conducta.³

Las mismas problemáticas criminológicas y penales persisten en los países del orbe,⁴ resultando indispensable recordar que la privación de la libertad debe

-
1. Ramiro Ávila Santamaría, *La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos: una mirada desde el garantismo penal* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador/Ediciones Legales, 2013), 98.
 2. Véase más en Michael Foucault, *Vigilar y castigar*, trad. Aurelio Garzón (Ciudad de México: Siglo XXI Editores, 1976), citado en Ricardo García, “El panoptismo: nuevas formas de control social”, *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, n.º 6 (2009), <https://bit.ly/3v1LWcI>.
 3. Elena de Espinosa Ceballos, “El debate actual sobre los fines de la pena y su aplicación práctica”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 11 (2014): 121, <https://bit.ly/47iHGrq>.
 4. Las cárceles de Latinoamérica se enfrentan a la problemática del hacinamiento, la falta de inversión, la violencia y el dominio que ejercen grupos criminales. Véase más en Guadalupe Galván, “El triste panorama de las cárceles latinoamericanas”, *El Tiempo*, 5 de agosto de 2023, <https://bit.ly/4aDc7vg>.

ajustarse a los lineamientos que en materia de derechos humanos y de privación de la libertad se han dado por parte del SIDH, ello porque se exige al Estado y a todas las ramas de poder público que lo integran, ser garantes de los derechos de las personas que se encuentran bajo su custodia;⁵ de tal manera, uno de los más altos pilares de responsabilidad internacional en relación a los derechos humanos es velar principalmente por la vida y la integridad física y mental de las personas privadas de la libertad,⁶ revestido de una particularidad, toda vez que se trata de una población que se encuentra en situación de riesgo y vulnerabilidad.⁷ Con lo dicho, no es posible dudar que la noción de encierro y privación de la libertad lleva una aflicción inmanente y, por lo tanto, en la mayoría de casos habrá un temor latente por parte de los asociados a perder la libertad.⁸

Bajo una inicial argumentación, se tienen como ciertas las preguntas y respuestas que se dan a continuación: ¿El derecho a la libertad admite restricción? Sí, toda vez que se trata de un derecho que puede ser limitado. ¿La restricción del derecho a la libertad se sustenta en fines aceptados? Sí, puede ser limitado con fines preventivos, así como sancionatorios, estos últimos con contenidos propios para purgar una sanción punitiva. ¿Los fines para restringir la libertad han sido aceptados como legítimos? Sí, han sido aceptados, tanto por la comunidad internacional en materia de derechos humanos, así como una legitimación derivada proveniente de un órgano legislativo con la atribución para realizarlo.⁹ ¿El derecho a la libertad es limitado por una ley formal y material? Sí, toda vez que proviene del órgano legislativo competente, tras la superación del procedimiento adecuado.¹⁰ Entonces, desde el art. 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), se plantea en su primer apartado

-
5. OEA Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, 31 de marzo de 2008, OEA/Ser/L/V/II.131.
 6. Para mayor información, ver en Corte IDH, “Sentencia de 22 de noviembre de 2019 (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Hernández vs. Argentina*, 22 de noviembre de 2019, <https://bit.ly/4bLxPy0>.
 7. Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 51.
 8. No obstante, habrá casos en los cuales se observe que los presos consideran que están mejor dentro de un centro penitenciario. Ver más en Laura Garófano y Lucas de la Cal, “La verdad del preso ‘sin perdón’ que no quiere la libertad”, *El Mundo*, 16 de mayo de 2019, <https://bit.ly/3GYDd2D>.
 9. De Espinosa, “El debate actual sobre los fines de la pena”, 121.
 10. Charles Fried, *La libertad moderna y los límites del gobierno* (Buenos Aires: Katz Editores, 2009), 6.

la regla general de que todos los asociados mantengan el derecho a la libertad incólume,¹¹ seguido de garantías específicas para cuando legítimamente exista restricción a ese derecho.¹²

Como se nota, toda limitación de la libertad deberá ceñirse a la estricta sujeción y agotamiento de cada uno de los procedimientos especificados en la norma, en respuesta al aspecto formalista.¹³ Respecto a dichas formas que se pueden condensar en el máximo de la legalidad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) establece a la reserva de ley como una garantía primaria, según la cual, únicamente a través de una norma que emane del legislador puede afectarse el derecho a la libertad personal, principio íntimamente ligado con la tipicidad estricta contemplada en sede penal, cuya finalidad es obligar a los Estados a establecer, tan concretamente como sea posible y de antemano, las causas, razones y condiciones de la privación de la libertad física,¹⁴ así como también las fases y procedimientos en los cuales es posible limitarlo. La alta corporación constitucional colombiana también comprende que la limitación de la libertad debe estar consagrada en la ley, amparada por la afirmación a la libertad¹⁵ y el alcance efectivo en la aplicación de los métodos de interpretación.¹⁶

La normativa de la CADH remite en todos los casos al ordenamiento jurídico interno para conocer las causas y condiciones por las cuales una persona puede ser privada de la libertad; por lo que es labor de cada Estado realizar las diferentes tipificaciones de las conductas punibles y las responsabilidades que la misma apareje. A lo dicho se suma la reflexión del artículo en cita en su inci-

-
11. OEA Conferencia Interamericana Especializada sobre Derechos Humanos, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 22 de noviembre de 1969, art.7.1, B-32.
 12. *Ibid.*, art. 7.2. Esta norma también se reproduce en la normatividad colombiana. Ver más en Colombia, *Constitución Política de la República de Colombia*, Gaceta Constitucional n.º 116, 20 de julio de 1991, art. 28.
 13. Corte IDH, “Sentencia de 21 de enero de 1994 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Gangaram Panday vs. Surinam*, 21 de enero de 1994, párr. 47, <https://bit.ly/3TheUgY>; Corte IDH, “Sentencia de 7 de junio de 2003 (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, 7 de junio de 2003, <https://bit.ly/3voeMJa>.
 14. Corte IDH, “Sentencia de 27 de enero de 2020 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Montesinos Mejía vs. Ecuador*, 27 de enero de 2020, párr. 94, <https://bit.ly/42OM7K1>.
 15. Colombia, *Ley 599 de 2000*, Diario Oficial n.º 44.097, 24 de julio de 2000, art. 295.
 16. Colombia Corte Constitucional Sala Plena, “Sentencia”, n.º C-121/12, 22 de febrero de 2012, 44.

so 3: “nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios”,¹⁷ a lo cual la Corte IDH ha manifestado que se tornarán arbitrarias todas aquellas decisiones que restrinjan el derecho a la libertad, que no se encuentren debidamente fundamentadas. Así, desde varios años atrás, ya son fijos los parámetros para asegurarse de una adecuada base sólida cuando medie una limitación a la libertad,¹⁸ punto de motivación¹⁹ sobre el cual se volverá en líneas posteriores.

El resultado representativo encontrado versa sobre la categoría de la libertad; no obstante, ese derecho puede ser restringido en excepcionales casos, por ejemplo, cuando en sede del derecho penal se requiera la aplicación de las llamadas medidas preventivas, dentro de las fases del proceso, o de las penas impuestas a partir de una sentencia condenatoria, una vez agotado el proceso. Es menester precisar que, si bien este estudio no tiene por finalidad conocer los andares de juicio de reproche, en tanto que en ese punto se mantiene incólume la presunción de inocencia, siendo de su estudio la privación preventiva y, como regla general, el juzgamiento en libertad. Tampoco el trabajo se dirige al momento en que existe una decisión condenatoria debidamente ejecutoriada, pues se derivaría del cumplimiento del estándar probatorio de más allá de toda duda razonable, donde la teoría de la Fiscalía tuvo eco y fue acogida sin que resten recursos.

Las coordenadas normativas que convocan este escrito van desde el paso procesal del sentido del fallo hasta que la sentencia de condena quede ejecutoriada y cobre fuerza de cosa juzgada en referencia a la captura y, por lo tanto, la privación de la libertad del indiciado. La normatividad que regula la materia y que en principio no presenta inconvenientes expresa:

Art. 450. Acusado no privado de la libertad. Si al momento de anunciar el sentido del fallo el acusado declarado culpable no se hallare detenido, el juez podrá disponer que continúe en libertad hasta el momento de dictar sentencia. Si la detención es necesaria, de conformidad con las normas de este código, el juez la ordenará y librárá inmediatamente la orden de encarcelamiento.²⁰

17. OEA, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, art. 7.3.

18. Para mayor información, véase *Argumentación jurídica, proporcionalidad y ponderación*, comp. Miguel Carbonell (Ciudad de México: Centro de Estudios Carbonell, 2014).

19. Para ahondar más sobre este tópico, ver en Corte IDH, “Sentencia de 6 de octubre de 2020 (Excepciones preliminares, Fondo y Reparaciones)”, *Caso Martínez Esquivia vs. Colombia*, 6 de octubre de 2020, párr. 106, <https://bit.ly/3UO1U9X>.

20. Colombia, *Ley 906 de 2004*, Diario Oficial n.º 45.658, 1 de septiembre de 2004, art. 450.

La facultad para que los jueces de conocimiento puedan ordenar la privación de la libertad de los procesados, una vez ha sido anunciado el sentido del fallo condenatorio, no ha sido ajena a interesantes y profundos debates en la comunidad jurídica, llegando incluso a los estrados de las altas cortes, que se han pronunciado sobre el tema, sin que por eso pueda decirse que al tiempo de hoy se trate de un asunto ya definido o pacíficamente aceptado, esencia que ha inspirado este escrito.

La razón de la discusión pareciera ser tan obvia como justificada: por más que se haya intentado en la doctrina una explicación que resuelva la tensión suscitada entre la privación de la libertad mientras cursa un proceso de investigación y juzgamiento y, con ello, la garantía de la presunción de inocencia, habrá de pervivir la idea de que, cuando ello acontece, imposible resulta desterrar la idea según la cual es a un individuo, considerado hasta el momento como inocente, al que se está privando de su libertad.

Retomando, la norma del art. 450 fue valorada en sede de control concentrado de constitucionalidad, por medio de la Sentencia C-342 de 2017, teniendo que el contenido de la providencia que desata la consulta de norma aborda unos puntos ensamblados en criterios del más alto linaje, como por ejemplo, la reivindicación de excelsas garantías, entre las que particularmente se destaca el derecho inalienable de la libertad, su afirmación constitucional y legal, como también la obligación inexorable de sustentar con razones de alto raigambre su privación.²¹ El precedente concluye que la norma es exequible, pues está dentro de la potestad facultativa del legislador, indicando que no basta con una mención a las posibles prohibiciones en torno a subrogados y sustitutos que devengan de la política criminal,²² para que se niegue la libertad una vez dictado el sentido de fallo condenatorio, sino que, en su lugar, se hace totalmente necesario motivar las razones de negar el disfrute de ese derecho.²³

Aquella es la población a quien se dirige este estudio. En primer lugar, para aquellas personas que ya han recibido un pronunciamiento judicial condenatorio por parte del juez de conocimiento y, por su parte, la segunda condición para problematizarlo es que el delito cometido cuente con la prohibición de

21. Colombia Corte Constitucional, Sala Plena, “Sentencia”, n.º C-342/17, 24 de mayo de 2017.

22. Ver más en Sebastián Ospina, “Los problemas del artículo 68A del Código Penal Colombiano”, *Lexir*, 26 de octubre de 2021, <https://bit.ly/41E3tc6>.

23. Colombia Corte Constitucional, “Sentencia”, n.º C-342/17.

beneficios punitivos,²⁴ atendiendo la etapa procesal que se atraviesa dictado el sentido del fallo. Así se ubica la coordinada conceptual y procesal del trabajo, siendo necesario examinar cómo la alta corte penal mantiene criterios divergentes sobre un mismo punto de análisis, lo que incluso podría ser atentatorio a la cara garantía de la igualdad.

CRITERIOS RESPECTO A LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD DESPUÉS DEL SENTIDO DEL FALLO

Previo a pasar al análisis de los argumentos diferentes para una misma situación, téngase la siguiente reflexión en torno al derecho de igualdad. Y es que si bien la máxima de la igualdad lleva dos sentidos: el primero formal derivado desde el Estado moderno y la exigencia de la igualdad ante la ley, y el segundo material propio de la entrada en vigencia del Estado social de derecho,²⁵ los dos tipos de igualdad se mantienen en la vigencia colombiana,²⁶ propiciando siempre buscar el acierto en los fallos y la aplicación de la igualdad que se requiere en el caso concreto.²⁷ Es correcto que se invoque la aplicación de la igualdad a fácticos similares; no obstante aquello, se debe atender las dinámicas cambiantes de los mismos derechos y la evolución de la sociedad, siendo que en ocasiones se debe reinterpretar en concordancia a la ideología estatal y sus avances, pues la evolución de los hechos atados a la jurisprudencia impone una nueva hermenéutica y con ello un resultado diferente.²⁸ Pero no puede ser el único caso, pues también se conoce que puede darse debido a la falibilidad de las instancias que resuelven justicia; por ello, se puede evaluar a la postre que una norma resulta ser adversa al engranaje constitucional y a la ideología del Estado, razón por la cual, y debidamente motivado, resulta válido recoger lo dicho con anterioridad so pena de incurrir en la revisión por medio de me-

24. Para mayor información, ver en Colombia, *Ley 599 de 2000*, art. 68A.

25. Álvaro Echeverry Uruburu y Corina Duque, *Política y constitucionalismo en Suramérica: el poder político, la democracia y los retos del Estado Social de Derecho en Suramérica* (Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2015), 339.

26. Colombia, *Constitución Política*, art. 13.

27. Para mayor información, véase en Ricardo Lorenzetti, *El arte de hacer justicia: la intimidad de los casos más difíciles de la Corte Suprema de Argentina* (Buenos Aires: Sudamericana, 2014).

28. Muestra de ello es lo ocurrido con el aborto. Ver más en Colombia Corte Constitucional, Sala Plena, “Sentencia”, n.º C-055/22, 21 de febrero de 2022.

didadas como la tutela en sede de error de desconocimiento de la sustancialidad de los derechos.²⁹

Lo anterior, pues, podría simplemente decirse que al ya haber una valoración con efectos *erga omnes*, ya no amerita continuar una discusión en cada caso concreto, siendo que lo único que restaría es la aplicación del precedente; sin embargo, como se expone a continuación, es la valoración de las altas cortes con irradiación a los tribunales y jueces del país, las que muestran controversia y posturas disímiles.³⁰

La primera posición abanderada que de conformidad a la aplicación del art. 450 citado y cuando el delito cometido cuente con prohibiciones, debe imponerse orden de captura sin que medie ninguna otra interpretación, ello atendiendo el estado del proceso y una inicial valoración probatoria que se inclina a la condena, indicando además que hay claridad sobre aquellas limitaciones a la libertad, sin que se arrastre ninguna vulneración de derechos, nótese:

Por mandato del anterior precepto se hace necesario que los jueces observen que en los términos de la Ley 906 de 2004 la ejecución de la sentencia y las órdenes que en ella se imparten, especialmente cuando se condena a un procesado a pena privativa de la libertad y se le niegan subrogados o penas sustitutivas, resulta imperativo que la privación de la libertad se ordene en el mismo momento en que se anuncia el sentido del fallo. Dicho en otras palabras: cuando un acusado en contra de quien se anuncia un fallo de condena que conlleva la imposición de una pena privativa de la libertad cuya ejecución no tiene que ser suspendida, los jueces deben cumplir la regla general consistente en disponer su captura inmediata para que empiece a descontar la sanción impuesta. Y si tal mandato lo incumple el *a quo* se debe impartir el correctivo por el *ad quem*. En ese entendido, no encuentra la Sala irregularidad alguna en torno a la materialización de la captura dispuesta en contra del aquí accionante.³¹

29. Para mayor información, véase en Colombia Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión de Tutelas, “Sentencia”, n.º T-016/19, 22 de enero de 2019.

30. Colombia Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, Sala Penal, “Sentencia”, n.º 520012204000 20230029700, 10 de noviembre de 2023.

31. Colombia Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, “Sentencia”, n.º 28918, 30 de enero de 2008, 25; Colombia Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, “Sentencia”, n.º STP6580-2023, 15 de junio de 2023; Colombia Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, “Sentencia”, n.º STP5979-2023, 20 de junio de 2023; Colombia Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, “Sentencia”, n.º STP6550-2023, 4 de julio de 2023; Colombia Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, “Sentencia”, n.º STP9612-2023, 19 de septiembre de 2023.

Aquellos argumentos son tomados por Judicaturas, unipersonales o plurales del país,³² y replicada la consecuencia, la orden de captura sin más argumentación. La conclusión se arriba tras dos argumentos. El primero se cierne en decir de paso que no hay afectación a derechos del condenado y tampoco una actuación arbitraria del juez de conocimiento porque de todas formas va a ser arrestado, y además el juez ya tiene una inicial noción de la responsabilidad punitiva; y, el segundo argumento, sentando en que no hay vulneración del derecho, pues la persona en cuestión está en libertad y la tutela como mecanismo de protección no puede anticiparse a un escenario de trasgresión; argumento que no es de recibo, en tanto que ello va dirigido a que solamente se activa la justicia constitucional cuando se vulnera un derecho y no para prevenir la trasgresión de los mismos.

Desde la otra óptica, aquella que predica que no debe ordenarse la captura en el evento descrito, sino que enfatiza en que debe mediar un proceso argumentativo, atendiendo la variedad de fácticos de los que se compone el proceso y las andadas del derecho penal, se cierne en los argumentos de libertad como regla general, principio *pro homine* y necesidad de interpretación:

Lo anterior permite aseverar que la interpretación armónica de los preceptos que gobiernan el régimen de la libertad y su restricción, con la regla de procedimiento contenida en la norma arriba citada, supone que, una vez anunciado sentido de fallo de carácter condenatorio, el juez deberá, como se ha dicho hasta ahora, evaluar la necesidad de la detención inmediata. Ese examen debe tener en cuenta en primer lugar que la decisión de condena no está ejecutoriada y que la libertad del procesado y la presunción de inocencia se erigen en la regla general y preferente del ordenamiento penal colombiano. Por lo tanto, la negativa a los subrogados penales no es razón suficiente para proceder a disponer la aprehensión inmediata, en la medida que una interpretación de ese tenor se ofrece restrictiva y contraria a la teleología del sistema penal actual.³³

Esta postura y en aplicación de jurisprudencia vertical ha sido adoptada aludiendo garantías de orden constitucional:

32. Para analizar este punto, ver más en Colombia Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, “Sentencia”, n.º 520012204000 20230029700.

33. Colombia Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, “Sentencia”, n.º STP5495-2023, 8 de junio de 2023.

En punto de lo primero, con razón se señala que el régimen de privación de la libertad en el proceso penal se caracteriza por su excepcionalidad. Ello implica que la restricción de la libertad debe operar como última ratio, [...] además que las normas que regulan dicho régimen solamente podrán ser interpretadas restrictivamente, lo que se relaciona con el principio pro libertate, de modo que frente a pasajes legales oscuros o contradictorios es necesario que se interpreten de manera restrictiva resaltando la excepcionalidad con que debe ser vista la permisón constitucional y legal de autorizar la privación y la restricción a la libertad personal.³⁴

Las líneas que soportan la segunda posición ofrecen una salida que se considera plausible en este estudio y que se abandera como propuesta, y es que se observa a la motivación o razonamiento de las decisiones como un faro guía, es decir, la materialización del derecho como dialógico.³⁵ Con esto, queda clarificado que la controversia yace en manos del juez que conoce la causa y que dictó el sentido del fallo, resultando indispensable reflexionar sobre el rol del juez en los sistemas punitivos y su papel activo y creador.

EL ROL DE LOS JUECES FRENTE A LA LIBERTAD EN EL SENTIDO DEL FALLO

La delicada misión para un ser humano, para quien la falibilidad hace parte de su estructura natural y por ello incluso está justificada la institución de la doble instancia, donde el deber deja de ser elemental y básico, para exigir asumir una responsabilidad que obliga a ser dignos del encargo y, por consecuencia, direccionar la totalidad de esfuerzos hacia logros que permitan atenuar el riesgo del equívoco, pues la mayor de las veces deja consecuencias irreparables, máxime si la principal y más acogida forma de sanción es la de privar la libertad de los individuos.

Dentro de esta labor, es indiscutible que el derecho procesal penal impone unas cargas probatorias y argumentativas, directamente proporcional es más fuertes, conforme el proceso avanza a la emisión de una sentencia de tipo con-

34. Colombia Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto Sala Penal, “Sentencia”, n.º *Grupo 15 2023-00222-00*, 10 de noviembre de 2023, 23.

35. Roberto Gargarella, “Independencia judicial, medios constitucionales y motivaciones personales. Una nota”, *Revista de Estudios Políticos*, n.º 198 (2022), doi:<https://doi.org/10.18042/cepc/rep.198.08>.

denatorio.³⁶ Es probable que se pueda argumentar el problema descrito en que quizá no se tardará en tener un fallo con ejecutoria, pero lo cierto es que los tiempos del sistema son impredecibles y la práctica demuestra la demora de pronunciamiento en las primeras y segundas instancias, ubicando en el plano de lo trascendental esta temática.

Descendiendo al punto de debate, se identifican dos posiciones jurisprudenciales enfrentadas, la una tendiente a que, en el espacio procesal descrito, cuando existan prohibiciones respecto a sustitutos y subrogados, ni siquiera se debe interpretar si procede la captura del encartado, entendiéndose que la misma debe surtir de inmediato. La segunda posición es que pese a las limitaciones que contenga cada punible, debe necesariamente mediar en esos casos una interpretación.

La primera, sin duda, se erige como una afrenta de los derechos del acusado, como la ya mentada presunción de inocencia, y por esa senda el de la dignidad humana, pero particularmente se yergue oprobiosa del principio de afirmación de la libertad, porque en últimas la excepcionalidad que dicho axioma permite, en la práctica se ofrece como la regla general. Y no se diga como excusa que el diligenciamiento ha llevado a la convicción de la responsabilidad penal, porque admitirlo así es tanto como desconocer que estamos en presencia apenas de una primera decisión judicial, sujeta potencialmente a su revocatoria, en cuyo evento los estragos para el injustamente condenado serían incalculables e irreparables.

La segunda posición encumbra la aplicación del principio *pro libértate*, la presunción de inocencia y el principio de proporcionalidad, como fundantes y rectores, articulándose todas las ideas de la presente investigación, no solamente por tratarse de lo más favorable en razón al principio *pro persona*,³⁷ sino también porque se compadecen con situaciones de hacinamiento y los pedidos bajo teorías validadas como las que vienen de la criminología del convicto.³⁸

Piénsese en un procesado a quien no le fue impuesta una medida de aseguramiento, merced a que no fueron superados los rigurosos requisitos para el

36. Alfredo Ruiz, Pamela Aguirre y Dayana Ávila, eds., *Desarrollo Jurisprudencial de la Primera Corte Constitucional: Período noviembre de 2012-noviembre de 2015* (Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2016), 99.

37. Para conocer más sobre este principio, ver en Gerardo Mata, “El principio *pro persona*: la fórmula del mejor derecho”, *Cuestiones Constitucionales*, n.º 39 (2018), doi:<https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2018.39.12654>.

38. Para mayor información, ver más en Francesca Constantini, “Introducción a la convict criminology: aportes desde una perspectiva interna, crítica y autoetnográfica”, *Prólogos* 12 (2020), <https://bit.ly/3NHZSnm>.

efecto; si persisten esas razones, ¿qué sentido tiene la privación de su libertad luego, cuando no se han suscitado razones que lleven a la necesidad de hacerlo?

Así, se piensa en la transversalidad de la interpretación en el evento descrito, evitando mancillar el derecho a la libertad y garantizando la vigencia de la ideología del Estado colombiano.

CONCLUSIÓN

El aporte al estado actual de la materia viene dado en clarificar que en el espacio procesal detectado, como lo es el sentido del fallo, debe imponerse la motivación, el razonamiento y la dignidad del convicto, pues parecería que el ámbito punitivo queda lejano a la práctica y materialización de derechos base, cuando se presentan situaciones como la descrita, donde se debate entre la libertad y el encierro, con las consecuencias que de ello se derivan.

Por respeto a esos derechos del procesado ya resaltados y a la fuerza de las garantías normativas que brinda el enfoque constitucional, el juez de conocimiento debe emprender una tarea responsable de sustentación de las razones que encontró para privar de la libertad al enjuiciado, de mayor exigencia incluso de aquellas que pudiese tener para conservar su libertad. El deber ser no es cosa distinta a una argumentación, tal como se debe dar en todas las fases que comprometen la libertad, porque, se insiste, no hay razones constitucionalmente aceptables que justifiquen un esfuerzo de razonamiento estricto para la imposición de una medida cautelar tan lesiva, por lo que el deber inexcusable es que se imponga siempre el máximo de la presunción de inocencia.

BIBLIOGRAFÍA

Ávila Santamaría, Ramiro. *La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos: una mirada desde el garantismo penal*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Ediciones Legales, 2013. bit.ly/41E8KAi.

Carbonell, Miguel, comp. *Argumentación jurídica, proporcionalidad y ponderación*. Ciudad de México: Centro de Estudios Carbonell, 2014.

Colombia. *Constitución Política de la República de Colombia*. Gaceta Constitucional n.º 116, 20 de julio de 1991.

Colombia Corte Constitucional, Sala Plena. “Sentencia”. n.º C-121/12. 22 de febrero de 2012.

- . “Sentencia”. *n.º C-342/17*. 24 de mayo de 2017.
- . “Sentencia”. *n.º C-055/22*. 21 de febrero de 2022.
- Colombia Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión de Tutelas. “Sentencia”. *n.º T-016/19*. 22 de enero de 2019.
- Colombia Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. “Sentencia”. *n.º 28918*. 30 de enero de 2008.
- . “Sentencia”. *n.º STP5495-2023*. 8 de junio de 2023.
- . “Sentencia”. *n.º STP6580-2023*. 15 de junio de 2023.
- . “Sentencia”. *n.º STP5979-2023*. 20 de junio de 2023.
- . “Sentencia”. *n.º STP6550-2023*. 4 de julio de 2023.
- . “Sentencia”. *n.º STP9612-2023*. 19 de septiembre de 2023.
- Colombia. *Ley 599 de 2000*. Diario Oficial n.º 44.097, 24 de julio de 2000.
- . *Ley 906 de 2004*. Diario Oficial n.º 45.658, 1 de septiembre de 2004.
- Colombia Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto Sala Penal. “Sentencia”. *n.º 520012204000 20230029700*. 10 de noviembre de 2023.
- . “Sentencia”. *n.º Grupo 15 2023-00222-00*. 10 de noviembre de 2023.
- Constantini, Francesca. “Introducción a la convict criminology: aportes desde una perspectiva interna, crítica y autoetnográfica”. *Prólogos* 12 (2020): 105-32. <https://bit.ly/3NHZSnm>.
- Corte IDH. “Sentencia de 21 de enero de 1994 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Gangaram Panday vs. Surinam*. 21 de enero de 1994. <https://bit.ly/3THeUGY>.
- . “Sentencia de 7 de junio de 2003 (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. 7 de junio de 2003. <https://bit.ly/3voeMJa>.
- . “Sentencia de 22 de noviembre de 2019 (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Hernández vs. Argentina*. 22 de noviembre de 2019. <https://bit.ly/4bLxPy0>.
- . “Sentencia de 27 de enero de 2020 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Montesinos Mejía vs. Ecuador*. 27 de enero de 2020. <https://bit.ly/42OM7K1>.
- . “Sentencia de 6 de octubre de 2020 (Excepciones preliminares, Fondo y Reparaciones)”. *Caso Martínez Esquivia vs. Colombia*. 6 de octubre de 2020. <https://bit.ly/3UO1U9X>.
- De Espinosa Ceballos, Elena. “El debate actual sobre los fines de la pena y su aplicación práctica”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 11 (2014): 119-46. <https://bit.ly/47iHGrq>.

- Echeverry Uruburu, Álvaro, y Corina Duque. *Política y constitucionalismo en Suramérica: el poder político, la democracia y los retos del Estado Social de Derecho en Suramérica*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2015.
- Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- Fried, Charles. *La libertad moderna y los límites del gobierno*. Buenos Aires: Katz Editores, 2009.
- Galván, Guadalupe. “El triste panorama de las cárceles latinoamericanas”. *El Tiempo*. 5 de agosto de 2023. <https://bit.ly/4aDc7vg>.
- García, Ricardo. “El panoptismo: nuevas formas de control social”. *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, n.º 6 (2009). <https://bit.ly/3vLWcI>.
- Gargarella, Roberto. “Independencia judicial, medios constitucionales y motivaciones personales. Una nota”. *Revista de Estudios Políticos*, n.º 198 (2022): 219-38. <https://doi.org/10.18042/cepc/rep.198.08>.
- Garófano, Laura, y Lucas de la Cal. “La verdad del preso ‘sin perdón’ que no quiere la libertad”. *El Mundo*, 16 de mayo de 2019. <https://bit.ly/3GYDd2D>.
- Lorenzetti, Ricardo. *El arte de hacer justicia: la intimidación de los casos más difíciles de la Corte Suprema de Argentina*. Buenos Aires: Sudamericana, 2014.
- Mata, Gerardo. “El principio *pro persona*: la fórmula del mejor derecho”. *Cuestiones Constitucionales*, n.º 39 (2018): 201-28. <https://doi.org/10.22201/ij.24484881e.2018.39.12654>.
- OEA Conferencia Interamericana Especializada sobre Derechos Humanos. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 22 de noviembre de 1969. B-32.
- OEA Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*. 31 de marzo de 2008. OEA/Ser/L/V/II.131.
- Ospina, Sebastián. “Los problemas del artículo 68A del Código Penal Colombiano”. *Lexir*. 26 de octubre de 2021. <https://bit.ly/41E3tc6>.
- Ruiz, Alfredo, Pamela Aguirre y Dayana Ávila, eds. *Desarrollo Jurisprudencial de la Primera Corte Constitucional: Período noviembre de 2012-noviembre de 2015*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2016.