

**La Detención Preventiva en Delitos Sexuales del Circuito Judicial de Bucaramanga: Una
Mirada al Artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 Bajo el Espectro de las Garantías que
Componen el Debido Proceso en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos**

Jersey Jaraba Urrea

Tesis para Optar el Título de Magíster en Derechos Humanos

Directora:

Lucia Andrade Manjarrés

Msc Igualdad y Derechos Humanos

Codirector:

Ramiro Pinzón Asela

Esp. Instituciones Jurídico Penales

Universidad Industrial de Santander

Facultad de Ciencias Humanas

Escuela de Derecho y Ciencias Políticas

Maestría en Derechos Humanos

Bucaramanga

2019

Agradecimientos

Al Dios de la vida que ilumina mi caminar, a mis padres que han forjado mi mundo y me inspiran a diario, a mis abuelos que son la columna vertebral de nuestra precedencia en el afecto, a mis hermanos que son mi alegría y motivación, a mis sobrinos que son dulces, sagaces e irradian vigor, a mis maestros que me han enseñado a soñar en la vida, a mis amigos y demás familiares que impulsan mis días con sonrisas en este trasegar, al amor de mis encantos que todo lo transforma para bien y al recorrido denotado en el cronómetro de este viaje que le llaman existir... a todos, simple y pletóricamente: GRACIAS

Contenido

	Pág.
Introducción	14
1. Antecedentes	18
1.1 Descripción del Problema de Investigación	18
1.2 Planteamiento del Problema	24
1.3 Objetivos	29
1.3.1 Objetivo general.	29
1.3.2 Objetivos específicos.	29
1.4 Diseño Metodológico	30
1.4.1 Muestra.	32
1.4.2. Etapas metodológicas	34
1.4.2.1. Etapa preparatoria.	34
1.4.2.2. Etapa de recolección de la información y transcripción de datos.	36
1.4.2.3. Etapa de análisis de los datos y presentación del informe.	37
1.5 Consideraciones Éticas del Proyecto de Investigación	38
2. Marco de Referencia	41
2.1 Marco de Antecedentes	41
2.2 Marco Teórico	47
2.3 Marco Conceptual	51

2.3.1 La libertad individual.	51
2.3.2 La detención preventiva.	52
2.3.3 Delitos contra la libertad, integridad y formación sexual.	53
2.3.4 Niña, niño o adolescente.	54
2.3.5 Principios y garantías.	55
2.3.6 Debido proceso.	56
2.4 Marco Normativo	56
3. Los Instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en los Procesos Penales por Delitos Sexuales contra Infantes y Adolescentes y las Garantías que Componen el Debido Proceso	62
3.1 Garantías del Debido Proceso en el Sistema Interamericano: la Convención Interamericana de Derechos Humanos.	77
3.2 El Debido Proceso en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.	85
3.3 El Debido Proceso en Colombia	96
3.4 La Detención Preventiva en Colombia	106
4. La Detención Preventiva en Delitos Sexuales del Circuito Judicial de Bucaramanga: Presentación de Casos	109
4.1 Introducción: Proceso Penal Colombiano	109
4.2 Primer Caso del Circuito Judicial de Bucaramanga “CASO A”.	117
4.3 Segundo Caso del Circuito Judicial de Bucaramanga “CASO B”.	121
4.4 Tercer Caso del Circuito Judicial de Bucaramanga “CASO C”.	124

5. Protocolo para la Protección del Debido Proceso en Encausados por Delitos Contra la Libertad, Integridad y Formación Sexual contra Infantes y Adolescentes en el Circuito Judicial de Bucaramanga al momento de la imposición de la detención preventiva.	129
5.1 Justificación	129
5.2 Objeto	130
5.3 Ámbito de Aplicación	131
5.4 Desarrollo de los Principios Orientadores	131
5.5 Etapas del Protocolo	138
5.6 Implementación y Cierre del Proceso	141
6. Análisis de las Garantías Establecidas por la Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos que Componen el Debido Proceso en tres casos del Circuito Judicial de Bucaramanga, en cuanto a la Imposición de la Detención Preventiva por Delitos Sexuales Contra Infantes y Adolescentes.	143
6.1 Análisis Judicial de la Imposición de Medida de Aseguramiento CASO A.	145
6.2. Análisis Judicial de la Imposición de Medida de Aseguramiento CASO B.	158
6.3 Análisis Judicial de la Imposición de Medida de Aseguramiento CASO C.	167
7. Orientaciones y Sugerencias para el Análisis de la Imposición de la Medida De Aseguramiento de Detención Preventiva en Establecimiento de Reclusión en Encausados por Delitos Sexuales contra Infantes y Adolescentes.	174
8. Conclusiones	175
Referencias	177
Apéndices	190

Lista de Figuras

	Pág.
Figura 1. Estadísticas de Delitos Contra la Libertad, Integridad y Formación Sexual de Infantes y Adolescentes (Año 2010)	21
Figura 2. Estadísticas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexual de infantes y adolescentes (Año 2012).	22
Figura 3. Estadísticas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexual de infantes y adolescentes (Año 2015).	23
Figura 4. Hoja de ruta del protocolo para el debido proceso para encausados por delitos contra la libertad, integridad y formación sexual de infantes y adolescentes en el Circuito Judicial de Bucaramanga.	142

Lista de Tablas

	Pág.
Tabla 1. Garantías Procesales en el Derecho Internacional	64

Lista de Apéndices

	Pág.
Apéndice A. Carta de presentación como investigadora	190
Apéndice B. Guía de análisis jurisprudencia	191
Apéndice C. Ficha de registro magnetofónico.	192
Apéndice D. Certificado.	193

Glosario

CADH: Convención Americana de Derechos Humanos.

CIDN: Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

CIDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

CIJP: Comisión Inter Eclesial de Justicia y Paz.

DUDH: Declaración Universal de los Derechos Humanos.

FGN: Fiscalía General de la Nación.

ICCPR: International Covenant on Civil and Political Rights.

INPEC: Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario.

NIH: Institutos Nacionales de Salud de EEUU

Resumen

TÍTULO: La Detención Preventiva en Delitos Sexuales del Circuito Judicial de Bucaramanga: Una Mirada al Artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 Bajo el Espectro de las Garantías que Componen el Debido Proceso en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*

AUTOR: Jersey Jaraba Urrea**

PALABRAS CLAVES: Detención Preventiva, Delitos Sexuales, Garantías del Debido Proceso, Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Código de la Infancia y Adolescencia.

DESCRIPCIÓN:

En Colombia con el advenimiento del Estado Social y Democrático de Derecho no es admisible una política criminal que conviva con prohibiciones como la establecida en la ley 1098 del 2006 en su artículo 199 que se aplica en los procesos cuando son víctimas infantes o adolescentes en delitos sexuales, pues dicha prohibición ha terminado por conllevar a un uso de la medida de detención preventiva en el Circuito Judicial de Bucaramanga que ha perdido su carácter excepcional y no ha consultado las garantías mínimas que componen el debido proceso en el Sistema interamericano. Encontrándonos frente a una dicotomía, por una parte, se tiene el procedimiento penal garantista establecido para robustecer el Estado Democrático de Derecho que propugna por la mayor restricción e incluso la supresión de las medidas de detención preventiva y el establecimiento de unos derechos irrestrictos del imputado. Por otra parte, la necesidad de un sistema penal eficiente, que parte de una noción de seguridad ciudadana que debe ser efectivo en la persecución, captura y juzgamiento de los presuntos responsables de cometer algún delito.

Por tanto, este documento propone, un desarrollo dogmático y jurisprudencial de carácter fundamentalmente descriptivo de las garantías que componen el debido proceso y los principios constitucionales en que se presenta la institución tal como funciona y se define a partir de la promulgación de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal. Asimismo, se hace un trabajo de análisis crítico orientado hacia la aplicabilidad judicial de las garantías establecidas en la Jurisprudencia del Sistema Interamericano en la región, presentando como producto un protocolo que propone ciertos lineamientos que permiten garantizar el derecho humano al debido proceso en sentido abstracto, el cual se plantea para las personas imputadas por este tipo de delitos, introduciendo otra mirada y discusión que recae directamente sobre la transversalidad de los derechos humanos en un proceso penal que asegure la humanización de la actuación procesal.

* Trabajo de grado

** Facultad de Ciencias Humanas. Escuela de Derecho y Ciencias Políticas. Maestría en Derechos Humanos. Directora Lucia Andrade Manjarrés. Msc Igualdad y Derechos Humanos

Abstract

TITLE: The Pretrial Detention in Sexual Offenses of the Judicial Circuit of Bucaramanga: A Look at Article 199 of Law 1098 of 2006 Under the Spectrum of the Guarantees that Compose Due Process in the Inter-American Human Rights System*

AUTHOR: Jersey Jaraba Urrea**

KEYWORDS: Preventive Detention, Sexual Offenses, Guarantees of Due Process, Inter-American Human Rights System, Code of Children and Adolescents

DESCRIPTION:

In Colombia with the advent of the Social and Democratic State of Law is not admissible a criminal policy that coexists with prohibitions such as the one established in the law 1098 of 2006 in its article 199 that is applied in the processes when there are victims infants or adolescents in sexual crimes , because this prohibition has ended up leading to a use of the preventive detention measure in the Judicial Circuit of Bucaramanga that has lost its exceptional character and has not consulted the minimum guarantees that make up the due process in the Inter-American System. Finding ourselves in front of a dichotomy, on the one hand, we have the guarantee criminal procedure established to strengthen the Democratic State of Law that advocates for the greater restriction and even the suppression of preventive detention measures and the establishment of unrestricted rights of the accused. On the other hand, the need for an efficient criminal system, which starts from a notion of citizen security that should be effective in the prosecution, capture and prosecution of the alleged perpetrators of committing a crime.

Therefore, this document proposes a dogmatic and jurisprudential development of a fundamentally descriptive nature of the guarantees that make up the due process and the constitutional principles in which the institution is presented as it functions and is defined from the promulgation of Law 906 of 2004, Code of Criminal Procedure. Likewise, a critical analysis work is made oriented towards the judicial applicability of the guarantees established in the Jurisprudence of the Inter-American System in the region, presenting as a product a protocol that proposes certain guidelines that allow guaranteeing the human right to due process in an abstract sense, which is proposed for the people accused of this type of crime, which introduces another look and discussion that falls directly on the mainstreaming of human rights in a criminal process that ensures the humanization of procedural action.

* Degree work

** Faculty of Human Sciences. School of Law and Political Sciences. Master's Degree in Human Rights. Director Lucia Andrade Manjarrés. MSc Equality and Human Rights

Introducción

La Corte Constitucional en la Sentencia T 762 del 2015 ha dispuesto que “la política criminal colombiana necesita con urgencia crear y fortalecer los precarios sistemas de información sobre la criminalidad y sus dinámicas, para poder presentar propuestas que retroalimenten las diversas respuestas institucionales a los fenómenos criminales” (Corte Constitucional. Sentencia T-762, 2015), afirmación que en la actualidad cobra vigencia en la medida en que como pudo evidenciarse a lo largo del trabajo tales sistemas al consultarse aún son incompletos y con información escasa, así como las diferentes instituciones Estatales encargadas de alimentarlos no realizan dichas labores y en ocasiones manifiestan que no cuentan con la información porque no hay personal de apoyo que pueda sistematizarlos, entre otras respuestas que fueron consultadas a través de peticiones que se enviaron a funcionarios Estatales encargados del tema.

Tal consideración realizada por la Honorable Corte Constitucional, ha conllevado a concluir que existe una falta de previsión en la política criminal Colombiana, lo cual ha orquestado infinidad de violaciones a los Derechos Humanos de personas procesadas, en específico a la falta de aplicabilidad de las garantías que componen el debido proceso como derecho humano que en adelante será el que llamaremos el debido proceso en abstracto; con tal resquebrajo de garantías se ha dejado de lado la consideración del principio de la presunción de inocencia que ha sido el estandarte del Sistema Procesal Penal desde el siglo pasado, a tal punto que en la práctica, en algunos casos, como veremos en lo referente al trabajo de campo, no se configuró la efectivización

de las garantías con las que cuenta un imputado (a) y han acabado por ser derechos escritos que no gozan de una eficacia real de exigibilidad ante el operador de justicia.

Por tanto, el presente trabajo de investigación pretende beneficiar a todas aquellas personas que fuesen encausadas por delitos sexuales contra infantes y adolescentes, teniendo en cuenta que en las actuales condiciones, según el trabajo de campo realizado, en los procesos objeto de muestra, el proceso inicio con la aplicación de una medida en establecimiento carcelario encontrándose el mérito para proferirla por parte de los jueces de garantías a los cuales le fueron asignados los casos, por esa razón, los procesados por esta clase de delitos objeto de estudio, por tanto se convierten en una población vulnerable debido a la situación que se enfrentan en las cárceles de la región así como del país y que hacen nugatorios los derechos fundamentales de las personas, agravando directamente la dignidad humana como garantía rectora del Estado Social de Derecho. Éste será un tema que no se desarrollará, en la medida en que la investigación no está orientada a ese aspecto en concreto pero que es fundamental mencionar debido a que estamos en ubicados en el marco de una situación que dota de vulnerabilidad a los sujetos frente a los cuales se pretende orientar las recomendaciones en este informe final.

Desde lo anterior, es preciso hacer alusión a la consagración del principio de presunción de inocencia como uno de los ejes del constitucionalismo colombiano con arraigo en el derecho internacional de los derechos humanos, afirmación que se sustenta en lo que establece el profesor Óscar Julián Guerrereo Peralta en su libro fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal en la medida en que dicho principio desde la Constitución reinterpreta el Sistema Procesal Penal con principio acusatorio y se entiende desde las consideraciones propias de la normativa internacional de derechos humanos que de acuerdo con el artículo 93 de la Constitución Nacional, extiende y complementa el espectro jurídico al respecto (Guerrero Peralta, 2007).

Ahora bien, frente al principio de presunción de inocencia se derivan importantes garantías para la persona sometida a un proceso penal, como son:

(i) Nadie puede considerarse culpable, a menos que se haya demostrado la responsabilidad mediante proceso legal, fuera de toda duda razonable, (ii) La carga de la prueba acerca de la responsabilidad recae sobre la acusación; (iii) El trato a las personas bajo investigación por un delito (Corte Constitucional, C-121, 2012)

Aunado a lo anterior, tenemos que este estudio pone en evidencia que la taxatividad de normas que prevean la detención intramural, como el artículo 199 del Código de la Infancia y Adolescencia, están en contra luz de la lógica del Estado Social de Derecho, que se erige como hoja de ruta frente a cualquier consagración legal que debe ajustarse a la estructura de la prevalencia de la dignidad humana, así como a una serie de garantías que se analizarán a lo largo de este trabajo, dicha premisa, va de la mano de una importante premisa consagrada en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos por parte de los magistrados de la Corte Interamericana en el Cuadernillo de Jurisprudencia N° 12 sobre el debido proceso, *la cual prevé que entre más garantías judiciales se protejan y aseguren a una persona procesada, mayor será el respeto irrestricto por los derechos humanos inherentes al desarrollo de un proceso penal.*

De esta forma se busca que la utilidad del trabajo investigativo se configure básicamente en la visibilización del problema en primera medida, y posteriormente se traduzca en la exigibilidad de los derechos de las personas procesadas, en la medida en que se evidencie la situación que enfrentan, al encontrarse vinculadas a un proceso penal cuando son imputados por delitos contra la libertad, integridad y formación sexual de infantes y adolescentes, pues en la práctica judicial se convierten en procesos que podrían tener la denominación de habituales por el ánimo de repetición, en donde en algunas ocasiones se deja de lado el sustrato desde donde se erige nuestro

sistema penal acusatorio, ignorando con esto, el amparo al debido proceso en abstracto como el primer derecho humano que debe salvaguardarse a un indiciado, convirtiéndose en una de las garantías más violentadas según lo ha previsto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe de *las medidas para reducir el uso de la prisión preventiva*.

Asimismo, se buscó de manera propositiva efectuar un ejercicio de ponderación de garantías que se sustente en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en específico en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, el cual sirva como estándar evaluativo que permita evidenciar la protección o no del derecho humano del debido proceso de personas que fueron imputados y a las cuales se les adelantó una investigación por la conculcación del bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexual de infantes y adolescentes.

Ahora bien, en cuanto al impacto social que pretendió la investigación, fue develar el problema con los matices de gravedad que enfrenta, en la medida en que se permite denotar la reiterada violación del derecho humano al debido proceso frente a la restricción de libertad que opera de manera preventiva en el desarrollo del proceso penal cuando son víctimas infantes o adolescentes en delitos contra la libertad, integridad y formación sexual.

De esta forma, el desarrollo de la investigación terminó por formular un patrón de garantías desde la Jurisprudencia de la Corte Interamericana que fueron retomadas y que pese a que son conocidas en su mayoría su importancia radica en la sistematización y rememoración, pretendiendo con esto que sea un insumo para el diagnóstico del proceso penal llevado a cabo en los casos sobre los cuales reposa la muestra seleccionada, en donde existe en la actualidad sentencia ejecutoriada y que permite hacer recomendaciones orientadas hacia las partes e intervinientes procesales.

Finalmente, lo que se buscó en este informe final fue presentar ciertos lineamientos que permiten garantizar un proceso sujeto a un patrón de garantías que componen el derecho humano al debido proceso, el cual podría ser aplicable a quien se encuentre inmerso en una investigación por este tipo de delitos y que introduzca otra mirada y discusión que recaiga directamente sobre la transversalidad de los derechos humanos en un proceso penal que atienda a humanizar la actuación procesal.

1. Antecedentes

1.1 Descripción del Problema de Investigación

El problema de investigación surge a raíz de una prohibición establecida en el artículo 199 del Código de la Infancia y Adolescencia (en adelante CIA), el cual en su numeral primero prevé lo siguiente:

Cuando se trate de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales contra niños, niñas y adolescentes (...) Si hubiere mérito para proferir medida de aseguramiento en los casos del artículo 306 de la Ley 906 de 2004, esta consistirá siempre en detención en establecimiento de reclusión. No serán aplicables en estos delitos las medidas no privativas de la libertad previstas en los artículos 307, literal b), y 315 de la Ley 906 de 2004 (Congreso de la República de Colombia. Ley 906, 2004, art. 306).

La mentada reforma fue introducida al régimen de medidas privativas de la libertad que, desde la práctica en el Circuito Judicial de Bucaramanga, ha terminado por conllevar a la limitación de la libertad en establecimiento carcelario en la mayoría de sus veces, la cual afecta a aquellas personas que por solicitud de la Fiscalía o la víctima se les imputan conductas que atentan contra la libertad, integridad y formación sexuales de niñas, niños o adolescentes, siempre y cuando exista mérito para proferirse dichas medidas.

Por tanto, se pudo evidenciar en el trabajo de campo que frente a la petición de proferir una medida y encontrarse el mérito empieza el derecho humano al debido proceso en abstracto a jugar un papel determinante que en los tres casos que se tomaron como base del trabajo de campo no se evidenció el robustecimiento de este derecho humano, ni frente a la sustentación de la medida por parte del ente fiscal, ni por los defensores, ya que en su mayoría como veremos mas adelante no se realizó ningún análisis pormenorizado en pro de las garantías mínimas que componen el debido proceso, sino se atuvieron a los argumentos presentados por el ente fiscal.

Aunado a lo anterior, se tiene que en varias ocasiones transcurrido un tiempo considerable en años como se presentará en uno de los casos (véase CASO C) del trabajo de campo realizado, algunos procesados terminan por ser absueltos, decisión que posteriormente le cuesta a la Nación-Fiscalía General de la Nación y a la Nación-Rama Judicial una suma considerable de dinero al ser vencido ante la Jurisdicción Contencioso administrativa en un proceso que demanda la reparación del procesado que pasa a ser en dicho campo jurisdiccional la víctima directa por privación injusta de la libertad.

En este sentido, y ante la consecuencia de la falta de estructuración del sistema carcelario y su problema de Estados de Cosas Inconstitucionales referido anteriormente, la respuesta se encontraría en una política criminal del Estado Colombiano que tenga su enfoque en el derecho

humano al debido proceso en abstracto revestido de todas las garantías mínimas que lo compondrían, dicha política, ha sido entendida por la Corte Constitucional como

Un conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción (Corte Constitucional. Sentencia C-646, 2001).

Sin embargo, dicha política criminal podría catalogarse en el contexto de los delitos sexuales, como una consecuencia interpretativa de unos lineamientos que atienden “(...) progresivamente hacia el modelo del populismo punitivo, caracterizado por el endurecimiento del Derecho penal y la utilización de esta materia con fines electorales” (Castaño Tierno, 2014) en este sentido, dicha política se basa más en la peligrosidad del delincuente que en la culpabilidad y sería tal como lo plantea el investigador Pablo Castaño una política conservadora, reaccionaria, retrógrada y anquilosada en el siglo pasado.

La política criminal Colombiana no se ha reinventado y ajustado a las exigencias propias del Estado Social de Derecho, pareciese con esto no haber superado la consagración del Estado de Derecho y no estar en consonancia con el cambio social, político y axiológico previsto en la Constitución de 1991, análogamente, no está sujeta a los avances propios en materia de protección de los derechos y a los desarrollos obtenidos en materia del derecho internacional de los derechos humanos, en específico a lo previsto en el sistema Interamericano por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

A partir de tal premisa se situó el contexto del análisis del presente trabajo que pretendió atender a un diseño fenomenológico desde la hermenéutica, en palabras de Hernández Sampieri (2014) para “*interpretar la experiencia humana y los textos de la vida*”, el cual pretendió analizar

las experiencias a través de una observación de la práctica judicial en el estudio de casos concretos del Circuito de Bucaramanga, desde donde se logró dilucidar la aplicación de las normas que restringen la libertad preventivamente en imputados por delitos sexuales contra infantes y adolescentes, así como su incidencia en la protección de un estándar de garantías judiciales a partir del debido proceso como derecho humano, lo anterior, desde una valoración tanto sustancial en primera medida desde la jurisprudencia del Sistema Interamericano, para posteriormente realizar una aplicación procesal de dichas garantías recopiladas en el examen de los tres casos sobre los cuales se realizó el trabajo de campo.

Desde tal arista, es menester proceder a citar cifras oficiales de la página de la Policía Nacional que atiende al número de delitos sexuales contra infantes y adolescentes en los diferentes Departamentos del País, las cuales se usan para que el lector pueda empezar a dimensionar la importancia del problema y para evidenciar que se está frente a una situación apremiante que debe ser traída nuevamente al debate desde el campo académico, constituyéndose en una inquietud social, como se observa en las Figura 1, Figura 2 y Figura 3.

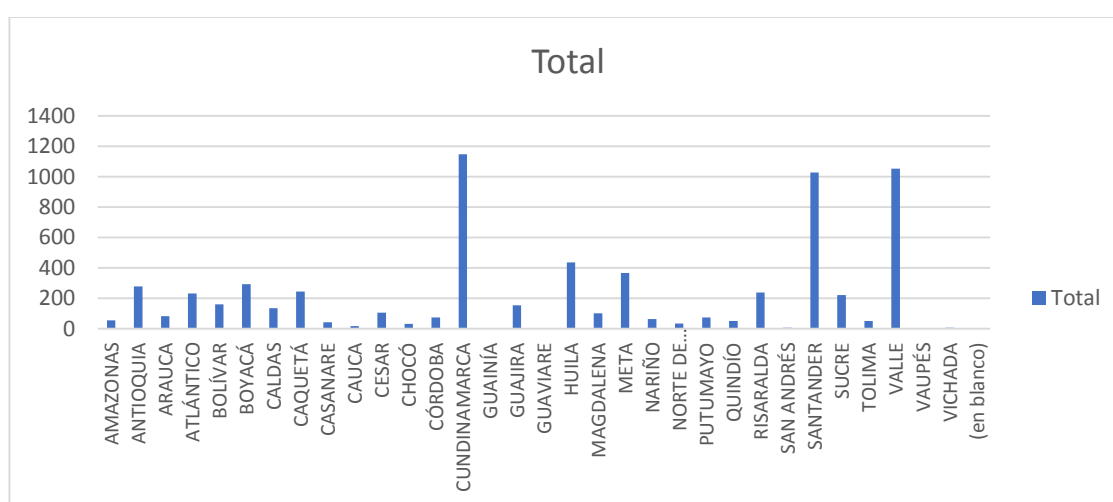


Figura 1. Estadísticas de Delitos Contra la Libertad, Integridad y Formación Sexual de Infantes y Adolescentes (Año 2010). Nota Datos suministrados por la Policía Nacional.

En estas gráficas estadísticas, se pudo observar la tarificación de los delitos por Departamentos, encontrándonos que nuestro departamento ocupa uno de los lugares mas altos en el número de casos reportados en relación con los otros departamentos estando en los años 2010, 2012 y 2015 en los cinco primeros lugares de ocurrencia de delitos sexuales contra infantes y adolescente, radicando en esto la importancia del estudio que se realizó, pues esto permite avizorar que es un problema social que no ha sido resuelto en la medida en que en lugar de ir en descenso siempre las cifras han ido aumentando.

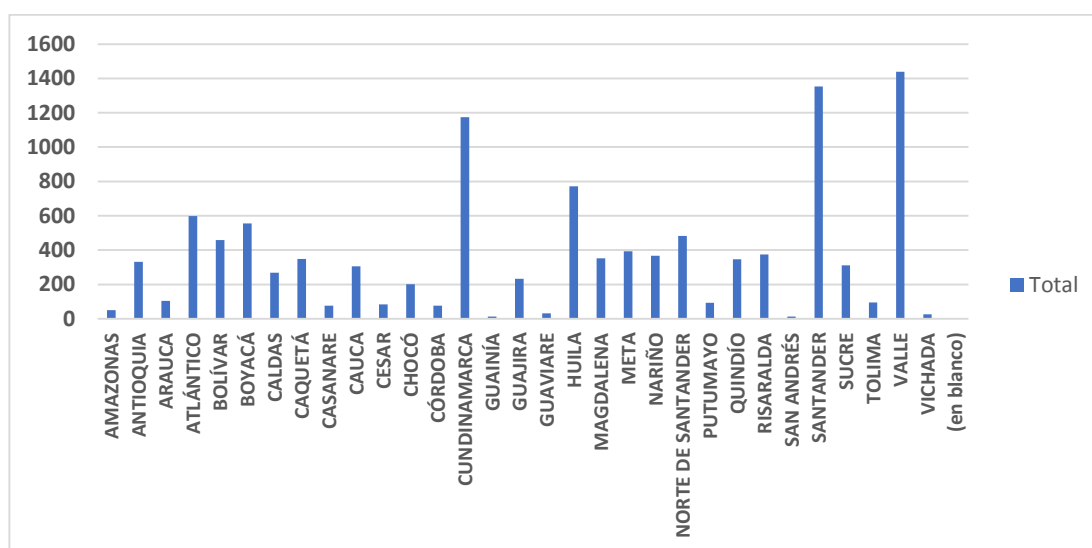


Figura 2. Estadísticas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexual de infantes y adolescentes (Año 2012). Nota Datos suministrados por la Policía Nacional.

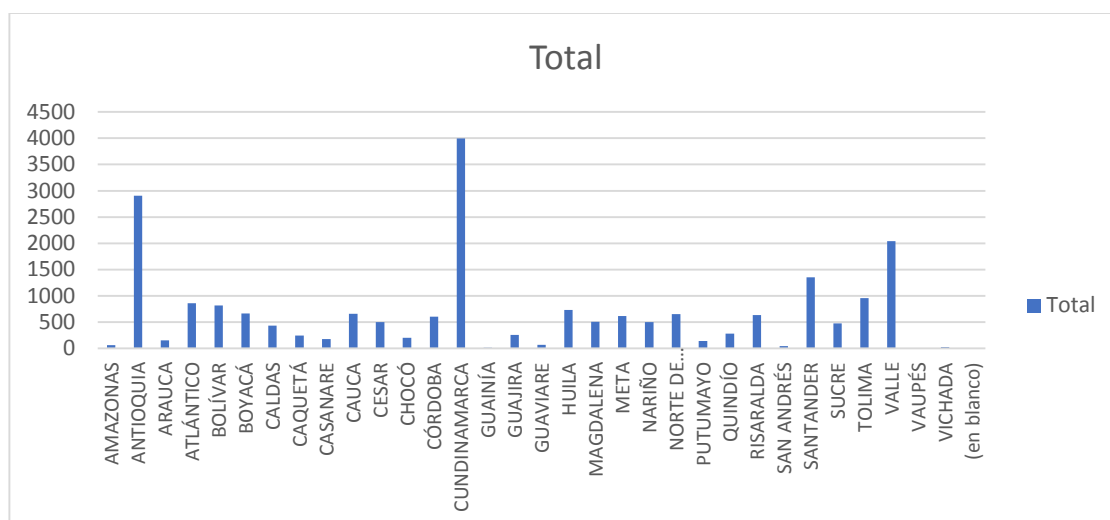


Figura 3. Estadísticas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexual de infantes y adolescentes (Año 2015). Nota Datos suministrados por la Policía Nacional.

Asimismo, se tiene que consultadas las bases de datos de la Policía Nacional en donde se presentan estadísticas sobre los delitos sexuales contra infantes y adolescentes discriminados por delitos (Cfr. Policía Nacional) se puede avizorar que ha seguido en aumento las tasas de criminalidad en relación con los delitos que ocupan nuestra foco de estudio en este informe final como se refirió en el párrafo inmediatamente anterior, denotándose que desde el año 2006 que se expide el Código de infancia y adolescencia, no se ha cumplido uno de los propósitos expuestos en el proyecto de ley que atendía a la reducción de tales tasas en aras a la protección de los derechos fundamentales de nuestros niños, niñas y adolescentes.

Asimismo, luego del trabajo de campo, se ha podido establecer que el deber de prevención que tienen los Estados frente a la violencia sexual, en específico el colombiano, por el hecho de pertenecer a la Comunidad Internacional, no se satisface con la expedición de leyes como la 1098 de 2006 en concreto en lo previsto en su artículo 199, pues las estadísticas han demostrado que con dicha consideración no se va a prevenir una violencia sexual de un menor en un futuro, pues

el Estado no ha ejercido al respecto unas medidas de alerta primaria que tengan su base en la educación, la satisfacción de las necesidades básicas de sus asociados, adoleciendo con esto de la debida diligencia frente al deber de erradicar la violencia sexual de todo tipo.

1.2 Planteamiento del Problema

El problema de investigación que oriento este informe atendió a la siguiente pregunta ¿En el Circuito Judicial de Bucaramanga durante los años 2010, 2012 y 2015 se cumplieron las garantías del debido proceso establecidas por la Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en la imposición de la detención preventiva en establecimiento carcelario por delitos sexuales contra infantes y adolescentes?

En primer término, fue preciso determinar que, desde la introducción del Nuevo Sistema Penal Acusatorio a nuestro país, éste ha sido reformado en diversas ocasiones, especialmente el régimen de libertad. Tal es el caso de la prohibición establecida en el artículo 199 del Código de la Infancia y Adolescencia ya reseñada con anterioridad, la cual deja de lado la consagración del derecho penal constitucional que prevé la lógica excepcional y cautelar de las medidas de detención en establecimiento de reclusión, así como el principio de gradualidad de tales medidas.

Es desde tal orientación que puede sustentarse el anterior párrafo, con lo establecido por la Honorable Corte Constitucional:

Al lado de la naturaleza excepcional de la detención preventiva y de su vinculación a fines (necesidad), se ha desarrollado el principio de gradualidad de las medidas de aseguramiento, introducido por el propio legislador al establecer un plexo de posibilidades para el aseguramiento de los fines del proceso, que va desde la privación de la libertad en

establecimiento carcelario, o en la residencia del imputado, pasando por otra serie de medidas no privativas de la libertad que pueden resultar más idóneas y menos gravosas, para los fines cautelares de aseguramiento de la comparecencia del imputado, de la prueba, o de la protección de la comunidad y de la víctima (Corte Constitucional. Sentencia C-318, 2008).

Continuando con el análisis, tenemos que frente a la problemática social de la violencia sexual contra niño, niñas y adolescente se han propuesto y dispuesto una serie de medidas que han retraído el enfoque de una política de seguridad ciudadana estudiado por la criminología y denominado “*la tolerancia cero*” basada en el experimento de psicología Social del Año 1969 del Prof. Phillip Zimbardo, retomado por profesores James Q. Wilson y George Kelling desde donde nace la teoría de las ventanas rotas y reorientada a por Rudolph Giuliani en 1994 en la ciudad de New York deviniendo en la política que llamo Tolerancia Cero frente al delito no permitiendo trasgresiones de la ley ni las normas de convivencia ciudadana.

La teoría de la tolerancia cero, propugna por atacar desde la represión de la conducta criminal a través del castigo, así como el aumento de este en las penas en cuanto a duración, restricción de derechos y “modalidades ejemplares” junto a la acción policial, la cual en palabras del profesor Francisco Muñoz Conde (2011) no es eficaz en la prevención general de las conductas punibles como tal; pues en otras partes del mundo, como es el caso de Nueva York se ha concluido que ha redundado a contrario sensu de lo que se pensaba en “un aumento de la actividad judicial y del número de condenas, con el consiguiente aumento de la población penitenciaria, ya que la mayoría de estos delincuentes son condenados a penas de prisión” (Muñoz, 2011).

Por tanto, tal enfoque impide que se proceda a evaluar las condiciones particulares tanto de garantías mínimas con las que cuenta el procesado como de la comisión de la conducta y termina por convertir al juez en un autómatas a la hora de impartir condenas restrictivas de la libertad sin

una atención directa al derecho humano del debido proceso, dejando de lado la propia configuración del Sistema Penal Acusatorio, la cual debe atender a la prevención primaria de la conducta punible a fin de evitar que el conflicto surja.

En cuanto a la prevención primaria, se tiene que ha sido desarrollada en diferentes trabajos y por varios autores, tomando en este texto la posición esgrimida en el libro *Prisión Perpetua* del doctor Gustavo Gómez Velásquez quien aduce lo que sigue:

La prevención primaria se orienta a las causas de la criminalidad, a resolver el conflicto social que subyace en el crimen, para neutralizarlo antes de que se manifieste. Los programas de prevención primaria tratan de resolver las situaciones carenciales criminógenas, procurando una socialización más acorde con los objetivos sociales (...) la mejor Política Criminal es una buena Política Social (Gómez Velásquez, 2010).

Mientras que la prevención secundaria se procura cuando el conflicto criminal se produce o genera, tal como lo establece el profesor Gómez Velásquez

prima el modelo punitivo, es decir, el del control en las calles y la prevención policial. Por último, la terciaria se refiere directamente a la población reclusa y su fin es evitar la reincidencia, por tanto, el enfoque del trabajo y que se dispuso en las conclusiones y su desarrollo obedece a la prevención primaria que es aquella que consiste en dotar a los ciudadanos de capacidad social para superar de forma productiva eventuales conflictos sociales, por lo cual, sus estrategias son de política cultural, económica y social (Gómez Velásquez, 2010).

En este punto es conveniente resaltar el propósito de esta investigación a efectos de ubicar al lector, ya que primeramente se buscó evidenciar la situación desde un alcance exploratorio de la realidad judicial desde diferentes procesos penales adelantados en el Circuito de Bucaramanga,

para posteriormente hacer una descripción del problema de la detención preventiva que deviene de la trasgresión al bien jurídico a la integridad y libertad sexual de menores y adolescentes desde el espectro del debido proceso que es el norte en este trabajo.

Es pertinente poner de presente que uno de los límites de la presente investigación estuvo dado en el número de casos que se abordaron estableciendo ciertos criterios de selección que abordaron la realidad desde rasgos que se repiten en varios procesos y que permiten de esta manera presentar un panorama más riguroso de la realidad procesal abordada que al final debieron para darsele la rigurosidad elergise con críteros estadísticos que sólo abarcan una muestra pequeña, la cual se limitó por el tiempo de duración de la investigación.

Los casos referenciados en los siguientes capítulos sirven de unidades de muestreo y análisis en el abordaje del estudio, atendiendo a procesos penales del Circuito Judicial de Bucaramanga que actualmente se encuentran archivados y que son de conocimiento público debido a que existe sentencia ejecutoriada, a los cuales fue posible acceder realizando un contacto previo con los directores del proceso o los jueces que emitieron la sentencia en primera instancia a través de derechos de petición que se dirigieron a todos los despachos y fueron respaldados por la maestría de Derechos Humanos de la Universidad Industrial de Santander para poder tener un universo de la muestra, frente a la cual se aplicaron métodos estadísticos que se referirán con posterioridad, para desde ahí seleccionar la muestra y como sistema de recolección de datos se utilizó una ficha de registro magnetofónico.

Ahora bien, en lo concerniente al contexto específico de desarrollo del proyecto de investigación fue el circuito judicial de Bucaramanga, el cual según el acuerdo CASJSAA17-3151 emitido por el Consejo Seccional de la Judicatura de Santander comprende los siguientes municipios: Bucaramanga, Floridablanca, Girón, Tona, Vetas, Lebrija, Piedecuesta, Cepitá, Los

Santos, Santa Bárbara, Rionegro, El Playón, Cáchira, La Esperanza, Matanza, Charta, Suratá, California, San Vicente de Chucurí, Betulia, Zapatoca y El Carmen, los cuales confluyen casi en su totalidad en los juzgados penales del Circuito ubicados en el Palacio de Justicia de la ciudad de Bucaramanga en donde se realizó el trabajo de campo.

Por último, es conveniente precisar que se utilizaron conceptos claves como el de la libertad entendida “como un principio rector de la actividad penal, repetitivo del principio constitucional” (Arboleda Vallejo & Ruiz, 2016) puesto que cualquier medida restrictiva de este tipo propende a la vulneración de tal lineamiento modulador de la actividad procesal, máxime cuando no se soporta sobre el tamiz del debido proceso la imposición de dicha medida; tenemos que la garantía antes esgrimida se convirtió en eje rector y transversal a lo largo del trabajo debido a que fue reiterativa su aparición en todo el informe.

Aunado a ello, se entró a enunciar el concepto de la libertad, integridad y formación sexual que es aquel que atañe a acciones inconfundibles consistentes en actos verdaderos de impudicia ejecutados en el cuerpo del sujeto pasivo, o que se le obliga a éste ejecutar (Arboleda Vallejo & Ruiz, 2016), ya que los procesos objeto de análisis tendrán como característica la trasgresión de este bien jurídico.

Por último, el ámbito de análisis recayó en aquellos delitos cuyas víctimas son niños y niñas, entendidos éstos como aquéllos que se ubican en un rango entre 0 y 12 años, así como adolescentes los que están en un rango de 12 y 18 años según lo consagrado en el CIA, pues se hablará con reiteración de estos dos períodos de la edad desde lo jurídico ya que es un factor determinante para poder comprender el ámbito de movilidad de la norma objeto de estudio.

1.3 Objetivos

1.3.1 Objetivo general. Analizar desde las garantías establecidas por la Jurisprudencia del Sistema Interamericano que componen el debido proceso la imposición de la detención preventiva en delitos sexuales contra infantes y adolescentes en el Circuito Judicial de Bucaramanga durante los años 2010, 2012 y 2015

1.3.2 Objetivos específicos.

–Reconocer y estudiar la jurisprudencia y normatividad nacional y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en cuanto a las garantías que componen el debido proceso para encausados por delitos contra la libertad, integridad y formación sexual de infantes y adolescentes.

–Identificar desde los instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en tres procesos penales ocurridos en los años 2010, 2012 y 2015 en el Circuito Judicial de Bucaramanga y pertenecientes a procesados por delitos sexuales contra infantes y adolescentes; las garantías que componen el debido proceso en la imposición de medida de aseguramiento en establecimiento de reclusión.

–Diseñar un protocolo que enumere y explique las garantías que componen el debido proceso desde la Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos con énfasis en procesados por delitos contra la libertad, integridad y formación sexual de infantes y adolescentes.

1.4 Diseño Metodológico

Se trata de una investigación cualitativa que se ubica en el diseño fenomenológico, en la medida en que como afirma Creswell (1998), Álvarez (2003), y Mertens (2005), (citados por Hernández, Fernández y Baptista (2006), la fenomenología se funda en las siguientes proposiciones “se pretende describir y entender los fenómenos desde el punto de vista de cada participante y desde la perspectiva construida colectivamente, se basa en el análisis de discursos y temas específicos, así como en la búsqueda de sus posibles significados (...) la recolección de los documentos y materiales e historias de vida se dirigen a encontrar temas sobre experiencias cotidianas y excepcionales”.

Asimismo, tal como lo expone el profesor Carlos Sandoval (2002), Los cuatro existenciales básicos para el análisis antes mencionado desde la fenomenología son: el espacio vivido (espacialidad), el cuerpo vivido (corporeidad), el tiempo vivido (temporalidad) y las relaciones humanas vividas (relacionabilidad o comunalidad) (Van Mannen, 2002).

En este sentido, el profesor Sandoval retoma los pasos citados por Spielberg, citado en Boyd (1993) para ubicar el proceso metodológico a seguir en este tipo de diseño investigativo, por tanto se alude a “la intuición, el análisis, la descripción, la observación de los modos de aparición del fenómeno, la exploración en la conciencia, la interpretación de las creencias y la interpretación de los significados ocultos o encubiertos” (Sandoval Casilimas, 2002).

Como se adujo con anterioridad, este informe se ubica dentro del enfoque fenomenológico, que buscó establecer la conexidad entre las variable detención preventiva en establecimiento de reclusión frente a la sindicación por delitos contra niñas, niños y adolescentes bajo el espectro del debido proceso, por ende en el proceso de interpretación de los significados, se procura hacer uso

de la fenomenología hermenéutica en la medida que como afirma Sandoval Casilimas (2002) es posible relatar la experiencia vivida de manera que permita ser valorada para informar la práctica y la ciencia.

Aunado a lo anterior, tenemos que el enfoque utilizado fue el de la fenomenología hermenéutica, entendida esta como aquella que se centraliza en la elucidación de la costumbre humana y los textos de la vida, llegar a encontrar una interpretación que apunte a comprender la realidad procesal que viven las personas privadas de la libertad a la luz de un estándar normativo que previamente se construyó en base a las sentencias de la Corte Interamericana que apuntan a la protección inherente del debido proceso (Hernández Sampieri, 2014).

Asimismo, Hernández Sampieri (2014) cita las siguientes actividades de indagación: a) definir un fenómeno o problema de investigación (una preocupación constante para el investigador), b) estudiarlo y reflexionar sobre éste, c) descubrir categorías y temas esenciales del fenómeno (lo que constituye la naturaleza de la experiencia), d) describirlo y e) interpretarlo (mediando diferentes significados aportados por los participantes), de las cuales se pretende hacer uso mediante el análisis que se siga a través del registro magnetofónico que se llevará en las audiencias preliminares en donde se decide la imposición de la medida de aseguramiento (Creswell et al., (2007) y Van Manen (1990), citado por Hernández (2014).

En virtud de lo anterior, la práctica de campo se ubicó en el estudio del fenómeno de la restricción a la libertad con base en la prohibición del artículo 199 del C.I.A, teniendo como norte el debido proceso en la evaluación de la práctica procesal, y no de la experiencia como tal del procesado mientras esta privado de su libertad, la cual se pretendió estructurar a partir del contexto dotado de tres procesos penales llevados a cabo en el Circuito Judicial de Bucaramanga.

1.4.1 Muestra. Para la selección de la muestra fue necesario acudir al criterio orientador del profesor Sandoval que se refiere a la importancia de la profundidad de la muestra más que a la extensión de la misma, y por supuesto, la calidad antes que la cantidad por ende, atendiendo a cuestiones de naturaleza práctica se acudió al llamado muestreo por conveniencia que tiene su origen en consideraciones de tipo práctico en las cuales se busca obtener la mejor información en el menor tiempo posible, de acuerdo con las circunstancias concretas que rodean tanto al investigador como a los sujetos o grupos investigados (Sandoval Casilimas, 2002).

Para la selección de los casos, que sirvieron como muestra, se utilizaron los siguientes parámetros orientadores de tipo cualitativo: que tuvieran ocurrencia fáctica en el Circuito Judicial de Bucaramanga, que el bien jurídico tutelado fuera la libertad, integridad y formación sexual en menores de catorce años, que el procedimiento fuera el estatuido bajo la Ley 906 de 2004, que los casos tuvieran sentencia en firme, que en la ocurrencia fáctica hubiera transcurrido un lapso de más de 5 años y la sentencia en un lapso de hasta 10 años entre uno y otro caso, que las diligencias preliminares hubieran sido realizadas por dos jueces de garantías diferentes, que los procesos tuvieran que comprender delitos que se encuentren en los extremos de gravedad y modalidad de la conducta, dichos parámetros no pudieron cumplirse a cabalidad en todos los casos porque para poder darle mayor validez a la investigación se optó por priorizar los criterios cuantitativos que a continuación se refieren.

Por último, se tiene que en cuanto a los criterios cuantitativos que sirvieron de base para la selección de los casos se utilizó la probabilidad y estadística, teniendo como base las variables de los diferentes tipos penales en donde se tutela el bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexual contrastado con la información tabulada que aparece en la página de la Policía Nacional de nuestro país, en donde se refiere por columnas los siguientes ítems: fecha, departamento,

municipio, delito, día, hora, barrio, zona, edad de la víctima, clase de sitio, arma empleada, móvil agresor, móvil víctima, edad agresor, sexo, estado civil, país de nacimiento, clase de empleado, profesión, escolaridad, código DANE y cantidad, desde esta información se procede a filtrar la edad de la víctima, y el departamento en primera medida, por último, se filtran los municipios que hacen parte del Circuito Judicial de Bucaramanga.

En este ítem se acudió a observar la probabilidad con la fórmula $P = \text{número de veces que ocurrió en el pasado} / \text{el número de observaciones}$, arrojándose desde la aplicabilidad de dicha fórmula los años citados en las cifras oficiales en donde más número de veces ocurrió la vulneración a este bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexual en menores de catorce años, arrojando los años 2010, 2012 y 2015, posteriormente, teniendo tal información se procedió a utilizar la mediana de los datos teniendo en cuenta que en el trabajo de campo la distribución de las diferentes observaciones se dio de una manera más sesgada que lineal, esto debido a que la contestación de los derechos de petición con la información en la mayoría de los casos fue incompleta, por tanto y teniendo la asesoría del Director de la Escuela de Economía de la UIS para la época, no era conveniente utilizar la media que es la manera más habitual porque no eran datos muestra repetidos de una población, sino un universo completo de casos, dejando la salvedad que ninguna estadística es resumen de los datos sesgados, sin embargo la media se acerca más al centro, ya que para calcularla se establece lo siguiente:

La mediana de los datos es cualquier valor tal que al menos la mitad de los valores se encuentran en o por encima de él y por lo menos la mitad se encuentran en o por debajo de él. Cuando hay un número par de observaciones, es habitual tomar la mediana como a mitad de camino entre las dos observaciones centrales cuando las observaciones se clasifican de menor a mayor (Viana, 2018) .

Por último, con el resultado de los valores arrojados luego de aplicar la mediana se obtuvo el rango de acción hacia donde se escogería los procesos dentro de la población examinada, por tanto, se le aplicó la moda a este resultado, esto es

el valor más frecuente en un conjunto de datos. Se utiliza en la estimación de máxima verosimilitud, en la que el estadístico adopta como estimación de algún parámetro desconocido el valor que haría que la evidencia observada fuera más probable que aparezca (Viana, 2018).

Después de tal proceso estadístico, se arrojó una serie de probables procesos, por tanto se acudió a los Juzgados Penales del Circuito de Bucaramanga, a través de derecho de petición para obtener la información de los CUI y demás que no aparecía en las cifras de la Policía Nacional y posteriormente con la recolección de la información se pasó una solicitud al Centro de Servicios Judiciales- SPA de la ciudad pidiendo los procesos que fueron seleccionados a través del método estadístico y probabilístico antes referenciado.

1.4.2. Etapas metodológicas

1.4.2.1. Etapa preparatoria. En esta etapa se pretendió realizar contactos bases para el acceso a los procesos, se procedió a revisar los aspectos éticos que rodeaban la investigación, se expone lo consecuente al método y técnica que se usaron en el presente trabajo. Es así que se tuvo que las categorías de análisis primarias fueron las siguientes: la detención preventiva, la aplicabilidad judicial de personas procesadas por delitos contra infantes y adolescentes, el debido proceso y como subcategorías de análisis; la detención preventiva en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las implicaciones de la detención preventiva en el derecho penal

constitucional colombiano, los procesos de imposición de medida en delitos sexuales contra infantes y adolescentes, los criterios de ponderación de derechos de los sindicados en el proceso penal y los criterios de evaluación del debido proceso.

En la investigación se hizo uso del método del estudio de caso, aplicando lo que expone la investigadora Martínez “El método de estudio de caso es una estrategia metodológica de investigación científica, útil en la generación de resultados que posibilitan el fortalecimiento, crecimiento y desarrollo de las teorías existentes o el surgimiento de nuevos paradigmas científicos (...)” (Martínez, 2006). Se tuvo en cuenta lo aseverado por la profesora Martínez:

De cara a replicar las teorías utilizadas en una investigación, el caso elegido debe satisfacer el criterio de selección para cualificarlo como tal. Por consiguiente, basados en la revisión de la literatura el o los casos que conformen la muestra en una investigación cualitativa deben satisfacer los criterios de selección establecidos por el investigador en forma previa (Martínez, 2006).

Para los efectos metodológicos en el estudio de casos se tuvo en cuenta que, como las víctimas son menores de edad, por disposición expresa del CIA, se designaron con las iniciales de sus nombres y apellidos, así como en el estudio del caso se denominará cada proceso por un nombre diferente al del procesado para guardar el derecho a la intimidad, así como se referenció los casos con letras del alfabeto por darle una mayor rigurosidad a la investigación.

De la misma manera, es importante resaltar que el procedimiento seguido fue orientado por el estudio inductivo desde el método de la clasificación y generalización de la información, pues a raíz de los diferentes casos de la Corte Interamericana se entró a conformar, desde las características particulares de las sentencias, un estándar general que permitió evaluar los tres

casos elegidos en el Circuito Judicial de Bucaramanga, haciendo uso del denominado *método observacional descriptivo* (Rodríguez Ortega, 2014).

Es importante resaltar que se realizó la observación documental teniendo en cuenta que, según lo previsto por Rodríguez Ortega (2014), son “documentos todas las realizaciones obra del hombre, en cuanto son indicio de su acción y nos pueden revelar sus ideas, opiniones y formas de actuar y de vivir”, teniendo en cuenta que se entró a evaluar expedientes judiciales donde están contenidos los tres casos objeto de estudio.

El enfoque del estudio de caso está referenciado como lo plantea Vasilachis

Los procedimientos de análisis centrales en esta perspectiva se encuentran insertos en el marco de la tradición comparativa en los estudios de casos, que basa sus diseños en los clásicos procedimientos de Estrategias de investigación cualitativa, los estudios de caso en la investigación sociológica John Stuart Mill: los métodos de las semejanzas y de las diferencias (2006).

1.4.2.2. Etapa de recolección de la información y transcripción de datos. En esta etapa, se realizaron dos instrumentos de recolección de la información el primero denominado ficha de registro magnetofónico con el fin de realizar el trabajo de campo que conlleva en escuchar los audios de las diligencias preliminares en donde se impusieron medida de aseguramiento por delitos que afecte la libertad, integridad y formación sexual contra niñas, niños o adolescentes en los casos objeto de estudio, teniendo en cuenta que el instrumento de recolección de la información atendió a la identificación del caso, los sujetos procesales e intervinientes, se procede a transcribir primeramente todo el audio guardando la fidelidad del texto y con posterioridad en la ficha realizada para tal fin se conlleva a exponer los datos más relevantes de éste.

Por su parte, el segundo y último instrumento es la guía de análisis jurisprudencial, la cual fue utilizada con el fin de revisar las sentencias de la Corte Interamericana en los casos aludidos en el marco normativo, en aras de construir un estándar de garantías que develen el debido proceso en la restricción de la libertad de personas sindicadas por delitos contra niños, niñas o adolescentes.

Por último, se procedió a realizar transcripciones textuales en un formato de hoja procesador básico de texto, referente a las audiencias contentivas en los expedientes, dichas transcripciones atendieron a las intervenciones de los diferentes sujetos procesales guardando fidelidad a lo manifestado pero debido a que se tratan de bienes jurídicos que protegen la libertad, integridad y formación sexual de menores, se trato de realizar un relato narrativo en donde no se incluían nombres y no se adjunto los audios, concadenándolo al principio de confidencialidad que rige éticamente este tipo de investigación donde hay sujetos menores de edad.

1.4.2.3. Etapa de análisis de los datos y presentación del informe. En esta etapa no fue necesario, hacer uso de alguno de los programas denominados de tercera generación, ya que luego de recopilada la información y con la ayuda de la Directora de tesis, contrario sensu a lo que pensaba en principio que los procesos contestarían al igual que las entrevistas una serie de parámetros ordenados lógica y cronológicamente, se pudo denotar que todos guardaban características aisladas y peculiares y que no podía trabajarse en uno de estos programas porque podría generar una serie de correspondencias que no atiendan a la realidad fáctica y procesal, por tanto se prefirió elaborar tablas y gráficas con el paquete de office específicamente con Excel, Word y Power Point.

Sin embargo, para tratar de presentar de una manera concatenada el proceso, como afirma el profesor Sandoval Casilimas (2002), se transcribió la información y se crearon archivos a partir de

las transcripciones, posteriormente se ordenó dichos contenidos atendiendo al género narrativo a través de las diferentes secuencias y patrones que son presentados en este informe y que hacen parte de las conclusiones del proceso investigativo.

1.5 Consideraciones Éticas del Proyecto de Investigación

En primer término, se tiene un manejo adecuado de las consideraciones éticas del proyecto de investigación, que acudió a realizar el curso denominado “protección de los participantes humanos de la investigación” dirigido por la oficina del NIH (Institutos Nacionales de Salud de EEUU) para investigaciones extra institucionales, el cual tuvo como objetivo permitir que los investigadores cumplan con la educación requerida para la protección de participantes humanos en la investigación.

No obstante, es importante dejar sentado que la presente investigación pretendió ser meramente de análisis documental, por tanto, no se tuvo un contacto directo con participantes humanos en la investigación, en ese sentido, no fue necesario observar el reporte de Belmont ni la Resolución 008430 de octubre 04 de 1993, pues solo se accedió a los expedientes a través de los audios, como documentos que registran las diferentes diligencias llevadas a cabo en el sistema penal acusatorio.

En esta medida se estableció un contacto previo con personal del Consejo Seccional de la Judicatura en donde se informó que la Universidad debía enviar la carta de presentación como investigadora, por medio de tal documento se accedió a los expedientes a través de los permisos que debieron ser dados por los directores del proceso, esto es los jueces, quienes son los encargados de dar la orden de archivo de tales piezas procesales.

Del mismo modo, debido a que la investigadora estuvo vinculada con anterioridad a la Rama Judicial trabajando en el área penal conociendo de cierta manera el trámite de este tipo de investigaciones, se tuvo en cuenta el posible riesgo que implicaría actuar desde una mayor objetividad en el tema a investigar, sin embargo, aproximadamente hace dos años laboro en otra entidad, por tanto la investigación no se vio sesgada en este aparte por las posibles conclusiones a las cuales se llegó y que se presentan lo más veraz posible de acuerdo a la rigurosidad que exige la investigación cualitativa en las ciencias sociales.

Asimismo, es preciso acotar que se realizó el tratamiento debido de los datos personales de acuerdo con lo previsto en la Ley 1581 de 2012, guardando el principio de confidencialidad en cuanto a los nombres de los menores que por disposición expresa del C.I.A, se tuvo que nominar por las iniciales de sus nombres y apellidos, asimismo, al caso se le colocó un título que atiende a una letra del alfabeto como se indicó con anterioridad, así como sólo se le denomina al autor del hecho por un sustantivo que denota el género para proteger el mentado principio del anonimato que rige estas investigaciones.

Aunado a lo anterior, se protege el lineamiento establecido en el artículo 7 de la Ley de 1581 de 2012, en cuanto al respeto a los derechos prevalentes de los niños, niñas y adolescentes, previendo la privacidad y protección de sus datos personales en ningún caso se les menciona por el nombre completo siendo enfática la investigadora en tal consideración, asimismo, es menester aclarar que el trabajo propende por la revisión del debido proceso desde el enfoque del indiciado que en todos los casos se trata de un adulto, por tanto no se hace ninguna alusión a un menor de edad en específico por no ser necesario para la investigación.

En el presente trabajo, de acuerdo con la Ley 1581 de 2012 en su artículo 10, se configura la excepción contenida en el literal b) que atiende a que los datos son de naturaleza pública, lo

anterior, debido a que se trata de registros magnetofónicos que contienen audiencias de este tipo, en donde no se prohíbe el acceso, sin embargo, por darle una mayor protección a los datos, en ningún caso se aludirá al nombre completo de ningún procesado ni a supuestos fácticos del proceso en particular con total completud, para no revictimizar ni atentar contra el derecho al buen nombre de ninguna de las partes como se ha venido reiterando y con el ánimo de preservar los aspectos éticos a tener en cuenta.

Por último, se hace necesario en este apartado, debido a la connotación ética que tienen los delitos sexuales en nuestro país, acudir a expertos de otras disciplinas, por tanto, se consultó a una profesional de trabajo social de la Universidad frente al análisis de las categorías emergentes de la investigación documental a efectos de presentar el informe con los resultados del proceso investigativo.

Lo anterior, con el fin de tener un manejo adecuado de los términos, desde la contextualización y estudio específico del desarrollo de las categorías referidas, las cuales son: la detención preventiva, aplicabilidad judicial de personas sindicadas por delitos contra infantes y adolescentes y el debido proceso.

2. Marco de Referencia

2.1 Marco de Antecedentes

El Sistema Penal Acusatorio desde donde se orienta el llamado *nuevo proceso penal* se erige desde la compuerta del Estado Social de Derecho a través de la introducción de la reforma constitucional realizada mediante Acto Legislativo 03 de 2002 que soporta un Nuevo Sistema Penal de tendencia acusatoria.

De igual modo, la Ley 906 de 2004 viene a estructurar un proceso penal acusatorio que propende como lo asevera el Doctor Saray Botero (2016) a un método dialéctico que busca, por un lado,

El respeto formal y material de las garantías judiciales debidas a las partes y a quienes en el intervienen. Es el respeto al debido proceso como una garantía superior (art. 29 de la Carta Fundamental) reconocida en el ámbito supranacional y con desarrollo en el ordenamiento penal interno (Congreso de la República de Colombia. Ley 906, 2004).

Es desde esta consagración que se establece una nueva lógica de protección de las garantías de la persona que se enfrenta a un proceso penal pues “toda afectación de derechos fundamentales del investigado es definida por un juez quien la autoriza o convalida en el marco de las garantías constitucionales, guardándose el equilibrio entre la eficacia del procedimiento y los derechos del implicado mediante la ponderación de intereses” (Saray, 2016).

Es desde tal perspectiva que se desarrolla la presente investigación que busca poder revisar el C.I.A, en su artículo 199 como una reforma introducida al régimen de libertades que ha tenido diversas transformaciones no solo desde la Ley 1098 de 2006, sino en las disposiciones jurídicas contenidas en las Leyes 1142 de 2007, 1453 de 2011 y 1474 de 2011.

Como un primer antecedente en el plano nacional está el trabajo de la doctora Mayra Alejandra Luna Gélvez sobre la detención preventiva y la sustitución de tal detención, en donde se pretendió realizar un análisis del artículo 199 del C.I.A junto al 314 del Código de Procedimiento Penal.

No obstante, es necesario manifestar que en la presente indagación se busca centrar la atención en el artículo 199 del C.I.A; así como su aplicación a la detención preventiva desde la sincronización de un estándar de garantías procesales que será integrado en el marco del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos que encuentra sustento en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana, a diferencia del trabajo antes reseñado, que propendió al análisis de diferentes audiencias de garantías y la aplicación de las dos reformas al régimen de libertades antes enunciadas.

Es desde esta mirada, que es preciso citar el trabajo del profesor Antonio José Pinzón Laverde (2016) de la Universidad Nacional de Colombia, el cual denominó “detención preventiva y debido proceso en Colombia: un estudio crítico” pues servirá como referente de ubicación teórico conceptual, análogamente se trata de una investigación desde una perspectiva crítica que guarda consonancia con los objetivos trazados en el presente proyecto, lo anterior debido a que busca la primacía de la observancia de las garantías fundamentales que deben guiar los procesos penales de un lado y del otro se enfoca en la preocupación que ha sostenido la Corte Constitucional en el uso excesivo de la detención preventiva, tocando uno de los lineamientos sobre los cuales se pretende sentar las conclusiones.

En el texto mencionado anteriormente, se permite prever tal y como lo consagra el autor

Un análisis basado en la realidad de nuestro sistema penitenciario y carcelario, así como otras disposiciones consideradas como garantías fundamentales de la persona procesada tales como la presunción de inocencia como norma de prueba y de tratamiento al imputado, el derecho de defensa que se plasma durante el proceso en el principio de igualdad de armas y la separación entre sindicados y condenados en el confinamiento de la prisión (Pinzón Laverde, 2016).

Tal examen servirá de punto de partida para retomar la realidad procesal del método del estudio de los casos del Circuito Judicial de Bucaramanga que servirán como referentes para el desarrollo de los objetivos específicos número dos y tres.

Por otro lado, el artículo Críticas a la Constitucionalidad de la Detención Preventiva en Colombia realizado por el investigador Alfredo Bula Beleño, sostiene una de las nociones más importantes que serán desarrolladas a lo largo del texto que atiende a aseverar que la medida de detención preventiva “supone una restricción a derechos fundamentales cuya constitucionalidad y justificación merecen ser duramente cuestionadas teniendo en cuenta que se trata de una medida incompatible con el principio constitucional de presunción de inocencia, que además vulnera las garantías propias del debido proceso” (Bula & Bula, s.f.), ya que retoma la preocupación compartida por la violación al debido proceso como derecho humano y la oposición al sistema eficientista que busca convertirse en una máquina de condenas anticipadas.

En el mismo hilo conductor, está la investigación realizada por el doctor Leonardo Fabián Cruz Bolívar titulada Fundamento de la detención preventiva en el procedimiento penal colombiano, convirtiéndose en una contribución académica que en palabras del autor busca

(...) analizar en concreto los principios que rigen la privación preventiva de la libertad en el procedimiento penal, desde el punto de vista constitucional, legal y de instrumentos internacionales, buscando armonizar los criterios que utilizan los jueces de garantías al momento de resolver la solicitud del fiscal en esta materia (Cruz, 2013).

El trabajo reseñado en el párrafo anterior plantea una mirada general al principio de libertad en el derecho penal colombiano para el año 2012 que fue publicado, así como de las nociones básicas que se deben observar al momento de privar a una persona de la libertad en el marco nacional e internacional, por tanto permite estructurar el desarrollo de tales garantías para la fecha y hacer un balance de su aplicabilidad judicial para el citado año y contrastar dicha realidad procesal con la actual.

Ahora bien, se tiene la investigación realizada por el secretario adjunto de la Corte Interamericana y profesor titular de Derechos Humanos Víctor Manuel Rodríguez Rescia denominado Debido Proceso y Convención Americana sobre Derechos Humanos en donde atestigua que “el derecho a un debido proceso legal es el derecho humano más comúnmente infringido por los Estados y a forma más usual en que los operadores judiciales hacen incurrir al Estado en responsabilidad internacional” (Rodríguez Recia, s.f.), siendo ésta una de las hipótesis que se pretende comprobar en el análisis de los casos del circuito judicial de Bucaramanga seleccionados en la presente investigación, por ende fue un texto definitorio que demarcó el rasero a abordar en la descripción de las garantías que componen el debido proceso en el sistema interamericano siendo un eje tanto teórico como conceptual para el trabajo que se está realizando.

De igual modo, está el libro denominado Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal del doctor Oscar Julián Guerrero Peralta, que delimita los derechos y las garantías advenidas con el Sistema Penal Acusatorio, es un trabajo que permite el desarrollo de la temática

no solo en la legislación colombiana sino es un estudio de derecho comparado que de manera global lleva a otras constituciones políticas que sirven como referente y en instrumentos internacionales que, como señala el profesor Guerrero (2007) tiene incidencia en el derecho procesal penal interno, diseccionando una a una las garantías y los derechos.

El texto del investigador Guerrero Peralta es un instrumento vertebral en la medida en que se enfoca en una mirada desde el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos en cuanto a las medidas restrictivas de la libertad, por tanto, sirve de criterio orientador a la hora de concluir frente a los hallazgos encontrados en los casos del Circuito Judicial de Bucaramanga que se tomaran como base en el presente estudio.

Del mismo modo, es transcendental citar la sentencia emitida en el Circuito Judicial de Medellín el dos de marzo de 2007 bajo el CUI: 05 001 60 00-206-2016-15384 Condenado: Vladimir Rave Agudelo. Delito: Actos sexuales abusivos con menor de 14 años. Ofendida: La libertad, integridad y formación sexuales de la menor LMBP, en donde el doctor Nicolás Alberto Molina Atehortúa en calidad de Juez Décimo Sexto Penal del Circuito Judicial de Medellín, presenta un argumento de derecho penal constitucional sobre una de las prohibiciones que establece el artículo 199 del C.I.A específicamente en el análisis sobre la concesión de subrogados en un delito sexual cometido contra un menor de catorce años para llegar a la inaplicabilidad de dicha prohibición.

El eje de la anterior decisión se presenta bajo la siguiente consideración “de un lado porque esa prohibición es una regla de menor status respecto de los principios rectores del Derecho penal, y que, por tanto, al presentarse una antinomia de carácter reglo-principal, es decir, entre una regla y un principio rector, aquella debe ceder a este, según lo ordenado por la Corte Constitucional en su Sentencia T-406 de 1992 al señalar: en síntesis, un principio constitucional –se debe entender

igualmente un principio rector- jamás puede ser desconocido en beneficio de otra norma legal o constitucional”.

La decisión judicial precitada es relevante en la medida en que pone de presente la dicotomía que surge en la consagración establecida en el C.I.A frente a disposiciones de raigambre constitucional y procesal penal como el debido proceso, entendido como criterio orientador de toda la actuación procesal, asimismo, como contención frente al poder del Estado que emerge durante una investigación penal, por tanto, el Dr. Molina Atehortúa afirma que “si, por virtud del art.199 de la ley 1098, el procesado perdiera esas facultades (se refiere a las prohibiciones que establece dicho artículo), se estaría creando un procedimiento penal ad-hoc, para esos delitos, generando discriminación y deshumanización, inaceptables en nuestro actual Estado Social de Derecho”,

Por tanto, la anterior sentencia es progresista en materia de derechos humanos ya que abre el camino para proponer análisis diferentes frente a la perspectiva del operador judicial como mero aplicador de la sanción y permite pensar en estudios que atiendan al ser humano desde su medio ambiente familiar, social, psicológico y económico que conlleven a una verdadera resocialización desde la política criminal encaminada a la prevención primaria orientada a la observancia del origen en el conflicto.

De esta manera expone el juez Molina Atehortúa que, llegar a desconocer las garantías inclusive en delitos sexuales contra menores, sería tanto como entender que esta clase de autores tiene disminuida su dignidad, su derecho a la igualdad, su derecho a participar en las decisiones que los afectan; y su derecho a un debido proceso, que los estigmatizaría como a ciudadanos de segunda clase, con un *capitas diminutio*, inaceptable en la actualidad, en el Estado Social de Derecho

Prosiguiendo el análisis, es preciso agregar que la Corte Constitucional en la Sentencia C 738 de 2008 debido a la acción impetrada por un ciudadano abordó el estudio de constitucionalidad de algunos numerales del artículo 199 del C.I.A, sin embargo, frente al tema se declaró inhibida porque a su juicio el demandante no presentó suficientes consideraciones de orden sustantivo dentro de las cuales se derive el debido sustento de la violación constitucional, aduciendo finalmente lo siguiente: “la Sala debe precisar que no es función del control de constitucionalidad que la Corte elabore de oficio los cargos por violación de las normas constitucionales, ya que es una carga del demandante plantear en qué sentido y en qué condiciones se da la violación del principio constitucional defendido” (Corte Constitucional. Sentencia C-738, 2008).

Por último, en este apartado es menester dejar la aclaración que frente al tema objeto de estudio esto es el análisis de la detención preventiva en el Circuito Judicial de Bucaramanga en la imposición de medida de aseguramiento en establecimiento de reclusión en personas sindicadas por delitos sexuales contra infantes y adolescentes a la luz del debido proceso, no se encontraron antecedentes en la región frente al tema en específico, lo que en un principio dificultó la construcción de este acápite pero que se convirtió finalmente en uno de los puntos de interés frente al abordaje de la presente investigación.

2.2 Marco Teórico

El proceso penal colombiano con la introducción del Sistema Penal Acusatorio presenta un cambio de paradigma que está sustentado en la configuración dada a los ordenamientos jurídicos en el cerco del Estado Social y democrático de Derecho, puesto que en palabras del profesor Torres Ávila

La nueva estructura de los ordenamientos jurídicos, en cuyo más alto nivel normativo se encuentran los derechos fundamentales como normas superiores positivadas en la Constitución, positivadas en instrumentos de derechos humanos y vinculados materialmente a la Constitución (...) tiene implicaciones en la manera en que deben funcionar los distintos niveles del ordenamiento jurídico. En efecto, son las instituciones legislativas, judiciales y administrativas o ejecutivas las encargadas de dar coherencia y plenitud al ordenamiento jurídico mediante la determinación de los derechos o intereses legítimos que deben ser objeto de protección (Torres Ávila, 2017).

Es desde tal concepción que se desarrollará el sustento teórico de la presente investigación, la cual tendrá su eje en el paradigma garantista que, como se adujo anteriormente, encuentra su cumbre en la Constitución y los derechos fundamentales desde donde corresponde al juez la actividad de garantía de tales derechos en la medida en que pueda efectivizarlos a través del desarrollo de las diferentes etapas procesales.

En este punto, es preciso hacer referencia a la teoría del garantismo de los derechos humanos en la cual se circunscribirá el presente trabajo, lo anterior partiendo de ciertas premisas bases que orientarán al lector y podrán ser los lineamientos definitorios de la arista desde la cual se moverá el discurso.

En este sentido es importante situarse en el área penal, pues el problema atiende a una realidad procesal que afronta en la actualidad el sistema penal acusatorio, siendo en tal punto relevante, la teoría del garantismo penal de Luigi Ferrajoli que posteriormente ha tomado otros matices siendo importante traer a colación el concepto utilizado por este autor considerado padre del garantismo y que prevé lo siguiente:

El garantismo designa un modelo normativo de derecho: precisamente, por lo que respecta al derecho penal, el modelo de estricta legalidad» SG propio del estado de derecho, que en el plano epistemológico se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad y en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del estado en garantía de los derechos de los ciudadanos (Ferrajoli, 1995, pág. 851).

Por tanto, es dable afirmar que el presente estudio pretende soportarse sobre la premisa de la teoría del garantismo penal que propugna por un derecho penal mínimo, convirtiéndose en un eje desde el cual se abordará la configuración de los objetivos y logros que sean trazados, puesto que se tiene como propósito principal formular una alternativa metodológica que permita proponer desde el derecho internacional de los derechos humanos y el rasero constitucional una salida al problema de investigación que favorezca a la población carcelaria.

Lo anterior, con el fin de evitar lo que se ha venido reiterando a lo largo del texto esto es el estado de cosas inconstitucionales que la Corte lo determina en la sentencia T 762 del 2001 como

Aquellas situaciones en las que (1) se presenta una repetida violación de derechos fundamentales de muchas personas - que pueden entonces recurrir a la acción de tutela para obtener la defensa de sus derechos y colmar así los despachos judiciales - y (2) cuando la causa de esa vulneración no es imputable únicamente a la autoridad demandada, sino que reposa en factores estructurales (Corte Constitucional. Sentencia T-762, 2001).

Teniendo en cuenta que es pertinente soportar los fundamentos teóricos primeramente desde el rasero de la Constitución de 1991 puesto que el estándar normativo del debido proceso atiende al llamado *progreso del poder punitivo* que es menester recordar que deviene de un proceso de maduración que como lo plantea Zafaronni

El derecho penal liberal de la modernidad como ideología y conjunto de principios nació del miedo y el horror ante los excesos del antiguo régimen. La Declaración Universal se adoptó tímidamente ante los escombros de Europa, los ataques nucleares y millones de cadáveres (Zaffaroni, 2014)

En consecuencia, el segundo eje transversal de este trabajo será la llamada teoría del derecho penal humano que viene a desarrollar la protección de las garantías inscribiéndose en lo planteado por Zafaronni que tiene un arraigo directo en la *antropología constitucional* y que termina desembocando en la premisa base que *toda persona es ser humano* (Convención Americana sobre Derechos Humanos, s.f.), por tanto, como se dejó sentado en el planteamiento y justificación del problema, la brújula que determina el norte de la investigación actual será la Constitución de 1991, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, desde donde se constituyó el estándar normativo del debido proceso cuyo eje es la protección al sindicado por delitos sexuales visto desde su humanidad y el respeto irrestricto por las garantías desde el lado débil de la relación que enfrenta un ciudadano al verse inmerso en un proceso penal.

Por tanto, la premisa primordial será hablar desde la persona partiendo desde la concepción antropológica que desarrolla Zaffaroni para hacer referencia a aquellos que están satanizados*, éstos son los procesados por delitos sexuales contra menores y adolescentes, creando como afirma Zaffaroni “(...) una subjetividad falsa que se le inventan al otro (...) elimina toda posibilidad de empatía, es decir de colocarse en el lugar y la perspectiva del otro y comprenderlo” (Zaffaroni, 2017).

* Satán en hebreo significa enemigo, Cfr. Zaffaroni

En palabras de Zaffaroni, tal concepción ha permeado el derecho penal dotando de una máscara de la no persona, según denominación realizada por el autor de base que plantea que la palabra persona “solo denota un concepto jurídico y por tanto el derecho positivo no admite un ser humano no persona” (Zaffaroni, 2017), es desde esta consagración que girará esta tesis que tiende a rescatar el derecho humano primordial que erige cualquier democracia, esto es el debido proceso, el cual plantea que desde ninguna consagración legal se pueda condenar a ningún ser humano sin dotarlo de garantías mínimas a las que se hace acreedor por conducto del respeto irrestricto a los derechos humanos que han sido una respuesta a esa cadena de atrocidades vividas en la segunda guerra mundial cuando la humanidad entera decidió respetar al otro por el simple hecho de ser persona.

2.3 Marco Conceptual

En este aparte se hace referencia a dos derechos que, adicionales a aquellos que se pueden ver afectados como consecuencia de la privación de la libertad, se han considerado de vital importancia para las personas en contra de las cuales está en curso una actuación procesal, a saber: la separación entre condenados y sindicados y la presunción de inocencia (Pinzón Laverde, 2016).

2.3.1 La libertad individual. La libertad se entiende como un principio rector de la actividad penal, repetitivo del principio constitucional en el mismo sentido “(...) así como la facultad constante que tiene el hombre para ejercer sus actividades, tanto morales como físicas en servicio de sus propias necesidades- tiene como instrumento la existencia y la integridad personal, las cuales serían inútiles sin la libertad” (Arboleda Vallejo & Ruiz, 2016).

Desde tal consideración el derecho a la libertad se situaría en orden de prevalencia después del derecho a la vida e integridad personal y estaría concatenado al desarrollo de tales derechos, por tanto, se encuentra que la Ley 906 de 2004 en sus principios rectores y garantías procesales contiene en su artículo segundo la siguiente consideración:

toda persona tiene derecho a que se respete su libertad, desde tal aseveración se alude a la máxima que señala: todos los instrumentos procesales deben tender a la restitución rápida de la libertad personal del imputado privado de ella, cuando falten las condiciones que legitimen tal estado de privación de libertad) (Arboleda Vallejo & Ruiz, 2016).

2.3.2 La detención preventiva. El abordaje dado a tal concepción se hará desde el carácter institucional, por tanto, se acoge la acepción otorgada por parte del Ministerio de Justicia que ha establecido que la detención preventiva “se trata de una medida excepcional (...) que procede ante tres casos: cuando el imputado suponga un peligro para la sociedad o la víctima, cuando este constituya un riesgo para la integridad del proceso o cuando se prevea que evadirá la acción de la justicia” (Ministerio de Justicia, s.f.) Dejando sentando que nuestro actual Código de Procedimiento Penal prevé 11 medidas de aseguramiento, la vulneración más intensa al derecho del derecho a la libertad que supone la detención preventiva sólo es legítima cuando las demás medidas resultan insuficientes para alcanzar los fines pretendidos”.

Lo antecedente, debido a que todo el trabajo tendrá como punto central la imposición de la medida de detención preventiva, por tanto, para el lector es importante conocer a qué se refiere el texto cuando se habla de la detención preventiva.

2.3.3 Delitos contra la libertad, integridad y formación sexual. Los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual que son aquellos contenidos en el título IV del Código Penal Colombiano, por tanto, se dirá que por delitos sexuales se entiende

aquellas infracciones en que la acción típica consiste en actos positivos de lubricidad ejecutados en el cuerpo del sujeto pasivo, o que a éste se le hacen ejecutar, y que ponen en peligro o dan su libertad o su seguridad sexuales, siendo estos los bienes jurídicos objeto específico de la tutela penal (Arboleda Vallejo & Ruiz, 2016).

En este punto es importante señalar lo que se entiende por el título IV frente a los delitos sexuales que, aunque la Honorable Corte Suprema de Justicia ha manifestado que los tipos no son homogéneos, pero si se han establecido ciertos lineamientos que pueden ser tenidos en cuenta y que en la Sentencia 34661 con ponencia del doctor Luis Guillermo Salazar, aclara que en cuanto a que

los actos de contenido sexual diversos del que se ha entendido propio del acceso carnal, trascienden a cualquier aspiración que pretenda su enunciación más allá del género al que pertenecen, es entendible que en la descripción de esta clase de delincuencias se aluda a la multiplicidad de las que orientadas por el sujeto agente a satisfacer una apetencia sexual, quedan comprendidas dentro de dicho ámbito, sin que esto signifique que deba concurrir una suma plural de ellas para reputar de este modo la tipificación de la conducta (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2012).

Por su parte el bien protegido en este tipo de delitos que fueron parte del estudio es de la libertad, integridad y formación sexual, por ende, la libertad sexual, implica la posibilidad real de elegir, sin ninguna atadura, el momento, la forma, y el sujeto con el que se ejercitara la sexualidad. La libertad sexual implica acción y pasividad. Acción en la medida que el ser sexuado puede elegir

con quien sostener una relación libidinosa, y pasividad, cuando se abstiene conscientemente de ejercerla. Esto implica que el sujeto debe y tiene que ejercer el control sexual de su cuerpo, es decir, posee capacidad de autodeterminación sexual (Restrepo, s.f.).

Mientras que la integridad sexual, implica un concepto físico y psíquico. El cuerpo, y la posibilidad de que este sea expresión de la sexualidad, deben permanecer sin lesión, es decir, íntegro, lo que implica tener salud y el bienestar que permita un disfrute libre de la sexualidad. En la medida que se violenta la libertad sexual de alguna manera suele lesionarse física, y síquicamente la integridad sexual (Restrepo, s.f.).

Por último, la formación sexual sugiere un conjunto de pasos biológicos y psíquicos, los que deben obedecer a un patrón normal, social y médicamente adecuado. Los delitos sexuales, atentan contra el normal desarrollo de la sexualidad, sobre todo, tratándose de menores sin la madurez para enfrentar situaciones sexuales. Sin embargo, se puede afirmar que la formación sexual es un proceso constante y sin límites de edad, por lo que es posible que siempre que se violenta los Tocamientos corporales no consentidos (...) (Restrepo, s.f.).

2.3.4 Niña, niño o adolescente. Para delimitar la acepción de lo que se entiende por niño (a) o adolescente en nuestra legislación colombiana teniendo como criterio orientador la edad, dicha definición está contenida en el Código de la infancia y adolescencia, definiendo lo que se sigue: “entiende como niño o niña, las personas entre 0 y 12 años y por adolescentes las personas entre 12 y 18 años.

Aunado a lo anterior, conceptualiza la Protección Integral de los niños, niñas y adolescentes como “el reconocimiento como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en

desarrollo del principio del Interés Superior”, según el Artículo 8, entiende por Interés superior el “Imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes” (Rodríguez Ortega, 2014).

En el abordaje investigativo este concepto es importante debido a que la orientación del trabajo consiste en observar la aplicación de tal medida de detención preventiva a aquellos sindicados de delitos sexuales contra niños (as) y adolescentes, por tanto, según la normatividad colombiana es necesario demarcar qué se entiende por niño y adolescente, así como que existe una prevalencia de sus derechos denominada interés superior que hace que las variables de análisis se inclinen de una parte por los derechos de los menores y adolescentes, sin embargo, las personas entra a presentarse una colisión con los derechos de la persona privadas de la libertad sustentada en la reiterada violación de los derechos humanos de las personas detenidas.

2.3.5 Principios y garantías. La siguiente categoría a definir es la de principios y garantías a la luz del principio acusatorio y el derecho internacional de los DDHH

los primeros se refieren al conjunto de normas constitucionales con incidencia en el proceso que afectan el ritual y determinan el comportamiento correcto en la persecución estatal, mientras que las garantías se suelen identificar con el conjunto de normas que amparan a los ciudadanos frente al poder de persecución penal (Guerrero Peralta, 2007).

La anterior definición es axial en la medida en que el estándar normativo va a atender a principios y garantías que van a reiterarse a lo largo del texto, desde el estudio de los diferentes casos de la Corte Interamericana que se entrarán a abordar, por tanto, es menester que el lector

distinga entre un principio y una garantía para poder llegar a la definición del último concepto que atenderá al derecho humano del debido proceso.

2.3.6 Debido proceso. Por su parte, el debido proceso encontrará su acepción definitoria desde su finalidad, puesto que el abordaje que se hará será desde los límites procesales que deben ejercerse cuando una persona es detenida y llevada ante un juez para enfrentar un proceso en materia penal, por eso el profesor Rodríguez Recia afirma lo que se sigue:

El derecho al debido proceso busca confirmar la legalidad y correcta aplicación de las leyes dentro de un marco de respeto mínimo a la dignidad humana dentro de cualquier tipo de proceso, entendido este como aquella actividad compleja, progresiva y metódica, que se realiza de acuerdo con reglas preestablecidas, cuyo resultado será el dictado de la norma individual de conducta (sentencia), con la finalidad de declarar el derecho material aplicable al caso concreto (Rodríguez Recia, s.f.).

2.4 Marco Normativo

Es importante reseñar de manera general y somera el marco legal y jurisprudencial más relevante frente al cual se sitúa la presente investigación que poco a poco ha venido siendo enunciando pero que es importante recapitularlo debido a que es columna vertebral del desarrollo de la tesis que tiene un componente robusto de carácter jurídico.

Por ende, primeramente el punto de partida es la Constitución de Política de 1991 como eje que en su preámbulo señala como uno de sus principios integradores la libertad, asimismo, el artículo primero de la Carta Magna establece que Colombia es un Estado Social de Derecho, el

artículo 13 prevé el derecho a la libertad, el artículo 29 el debido proceso, el artículo 229 garantiza el acceso de toda persona a la administración de justicia, el artículo 93 que prevé que los tratados de derechos humanos prevalecen en el orden interno, el artículo 250 que incorpora el Acto legislativo N° 03 de 2002 que como se había citado con anterioridad es una reforma constitucional que acoge el advenimiento del sistema procesal de tendencia acusatoria en nuestro país.

Ahora bien, en lo que respecta al sistema legal se entra a hacer un análisis de la Ley 1098 de 2006 denominado Código de la Infancia y Adolescencia, en una mirada del artículo 199 en cuanto a las prohibiciones establecidas, asimismo, los criterios orientadores de tal normatividad, al igual que la definición de niño, niña o adolescente que orienta el marco conceptual.

Del mismo modo, se hace observancia de Ley 906 de 2004 que atiende al Código de Procedimiento Penal Colombiano, tales consagraciones legislativas se examinan a la luz del derecho internacional de los derechos humanos con el anclaje en la Convención Americana de Derechos Humanos que en su artículo 7 que consagra el derecho a la libertad.

En esta línea se revisan algunos casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que sirven como criterios orientadores que permiten sostener desde el sistema de garantías y derechos el estándar normativo que se elabora como un tipo de test que permita el desarrollo del derecho humano del debido proceso en todos sus componentes esenciales que luego se aplica a los casos que se estudiaron en el Circuito Judicial de Bucaramanga.

Las medidas de aseguramiento son medidas cautelares que, en el marco del Proceso Penal Oral y Acusatorio, debe solicitar el fiscal o también pueden ser iniciativa de la víctima, y cuya decisión corresponde al juez de control de garantías en audiencia donde debe encontrarse presente el defensor del procesado, y se pueden imponer con posterioridad a la formulación de imputación. Además, tienen por objeto establecer alguna restricción a la persona imputada

de la comisión de alguna conducta delictiva con antelación a su condena para asegurar los fines del procedimiento (Fernández León, 2009).

Según la Corte Constitucional,

las medidas de aseguramiento hacen parte de las denominadas medidas cautelares, es decir, de aquellas disposiciones (...) cuyo objeto consiste en asegurar el cumplimiento cabal de las decisiones adoptadas en el proceso, garantizar la presencia de los sujetos procesales y afianzar la tranquilidad jurídica y social en la comunidad, bajo la premisa por virtud de la cual, de no proceder a su realización, su propósito puede resultar afectado por la demora en la decisión judicial (Corte Constitucional. Sentencia C-646, 2001).

El Alto Tribunal en una reciente decisión sustenta que

Acorde con los múltiples pronunciamientos jurisprudenciales reseñados, las medidas de aseguramiento tienen un carácter preventivo, mientras se determina la responsabilidad del imputado o acusado. No constituyen por ende una sanción como tal, como quiera que su naturaleza siempre sea la de una actuación cautelar, eminentemente excepcional, cuyo carácter es meramente instrumental o procesal, más no punitivo, esto es, no debe estar precedida de la culminación de un proceso, pues tal exigencia (...) desnaturalizaría su finalidad, se insiste, preventiva (Corte Constitucional. Sentencia C-695, 2013-b).

Sobre la prolongación de la detención preventiva, debe mencionarse que dando alcance al criterio de *plazo razonable* establecido en el artículo 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el caso *Giménez vs. Argentina*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronuncia en relación con la proscripción de las demoras injustificadas en la privación cautelar de la libertad (en ese caso, la detención se extendió durante cuatro años) (Pinzón Laverde, 2016).

La presunción de inocencia se torna cada vez más vacía y finalmente se convierte en una burla cuando la detención previa al juicio es excesivamente prolongada dado que, a pesar de la presunción, se está privando de la libertad a una persona todavía inocente, castigo severo que legítimamente se impone a los que han sido condenados (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos humanos, 2006).

En ese contexto, la Ley 1760 del 2015 establece como regla general que la detención preventiva tendrá una duración máxima de un año, permitiendo que se extienda por hasta dos años, previa solicitud de prórroga por parte de la Fiscalía o el representante de la víctima dentro de los dos meses anteriores al vencimiento del término en casos especiales. Posteriormente, con el objetivo de evitar una *excarcelación masiva*, la Ley 1786 difiere la vigencia de la norma para quienes se encuentren en ciertas hipótesis, generando de hecho una situación contraria a la pretendida por la Convención (Pinzón Laverde, 2016).

Se tiene entonces que si bien los criterios establecidos por la ley para la imposición de la medida de aseguramiento —peligro para la comunidad o las víctimas, posibilidad de no comparecer al proceso o cumplir la sentencia o posibilidad de entorpecer el proceso— parecen bastante flexibles y susceptibles de discrecionalidad e incluso arbitrariedad por parte de los jueces, estos encuentran unos límites interpretativos fundados en la Constitución, cimentados en los principios de presunción de inocencia, libertad, prevalencia de los derechos de los sujetos de especial protección, contradicción, proporcionalidad y necesidad. Reconocer y reivindicar estos límites (y otros tantos) es relevante para la investigación académica en tanto dentro de un horizonte de posibilidad permite proponer políticas y prácticas penales alternativas para que sea viable concretar algunas de las críticas al sistema penal que se han presentado desde los estudios criminológicos (Pinzón Laverde, 2016)

Según la Corte Constitucional (2012), la presunción de inocencia implica tres garantías:

i) Nadie puede considerarse culpable, a menos que se haya demostrado la acusación mediante proceso legal, fuera de toda duda razonable, ii) La carga de la prueba acerca de la responsabilidad recae sobre la acusación; iii) El trato a las personas bajo investigación por un delito, debe ser acorde con este principio”.

El jurista italiano Luigi Ferrajoli (1995) desarrolla una noción de presunción de inocencia de acuerdo con la cual nadie puede ser considerado culpable ni sometido a pena sino cuando ha sido condenado conforme a las formas y por un juez competente en un juicio donde se haya comprobado su responsabilidad por la comisión de un delito. En términos probatorios y procesales implica la obligación del ente acusador de demostrar y vencer la presunción de no-culpabilidad de la persona, esto es, “como regla probatoria; esta prerrogativa también puede verse como una regla de tratamiento del imputado” (Pinzón Laverde, 2016), y esto es lo que más interesa acá, puesto que tal presunción como derecho y garantía debe tener consecuencias concretas en la forma en que el sistema de justicia criminal se relaciona con aquel. Como contrapunto al discurso de seguridad de acuerdo con el cual el encarcelamiento es la alternativa a los problemas sociales, Ferrajoli sostiene audazmente que

Si es verdad que los derechos de los ciudadanos están amenazados no sólo por los delitos sino también por las penas arbitrarias, la presunción de inocencia no es sólo una garantía de libertad y de verdad, sino también una garantía de seguridad o si se quiere de defensa social: de esa seguridad específica ofrecida por el estado de derecho y que se expresa en la confianza de los ciudadanos en la justicia; y de esa específica defensa que se ofrece a éstos frente al arbitrio punitivo (Ferrajoli, 1995)

En Colombia, una de las principales críticas que se le hace al sistema de imposición de medidas de aseguramiento privativas de la libertad de la Ley 600, adicional al hecho de que no existiera control jurisdiccional y fuera el mismo investigador quien se encargara de decidir al respecto, consiste en la disposición expresa de delitos por los cuales debía proceder la detención preventiva; de acuerdo con la Misión internacional, la regulación vigente en ese momento (Pinzón Laverde, 2016):

atenta expresamente contra la regulación internacional que exige no sólo la gravedad del presunto delito y prueba fundada de la responsabilidad, sino prueba razonable de que el imputado se fugará, destruirá las pruebas o modificará el escenario del crimen si queda en libertad. De otro modo, se estaría atentando contra la presunción de inocencia al asumir, *de jure*, que el procesado de ciertos delitos no concurrirá al juicio o alterará las pruebas (Misión Internacional Derechos Humanos y Situación Carcelaria, 2001).

En el contexto del Sistema Interamericano, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2013) ha sostenido que “la presunción de inocencia debe ser la guía principal para interpretar y restringir las disposiciones relacionadas con la detención preventiva” (pág. 95 y ss.). Otro problema relacionado con la detención preventiva y la presunción de inocencia, y el proceso penal en general identificado por la Comisión tiene que ver con la posibilidad de que se utilice la detención preventiva como una forma de chantaje para que las personas acepten culpabilidad en el marco de la justicia negociada:

Bajo ninguna circunstancia debe tolerarse la práctica de utilizar la detención preventiva de personas como un mecanismo para forzarlas a realizar confesiones, señalar a otros sospechosos, o para inducirlos a auto inculparse y optar un juicio abreviado como una vía para acceder de forma pronta a su libertad (CIDH, 2013).

Los anteriores textos se estudiaron bajo el análisis que se hizo a través del anexo C denominado guía jurisprudencial, los cuales sirvieron de eje a la hora de reconocer las garantías que cimientan el derecho humano del debido proceso de las personas sindicadas por delitos contra infantes y adolescentes en el circuito judicial de Bucaramanga y que se esbozan a continuación mediante el estudio de tres casos significativos.

3. Los Instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en los Procesos Penales por Delitos Sexuales contra Infantes y Adolescentes y las Garantías que Componen el Debido Proceso

Para empezar, es preciso denotar que en este apartado se pretenderá siguiendo el desarrollo metodológico y los fines propuestos en la propuesta de investigación inicial, primeramente, desarrollar las garantías del Derecho Internacional de los Derechos Humanos de una manera descriptiva a fin de ubicar al lector en el ámbito internacional frente a las consagraciones principialísticas que aplican al debido proceso como derecho humano.

Ahora bien, se tiene que, en el sistema internacional, “el derecho al debido proceso busca confirmar la legalidad y correcta aplicación de las leyes dentro de un marco de respeto mínimo a la dignidad humana” (Rodríguez Recia, s.f.) en cualquier tipo de proceso, pero enfocado principalmente al derecho penal, entendido este como “aquella actividad compleja, progresiva y metódica, que se realiza de acuerdo con reglas preestablecidas, cuyo resultado será el dictado de

la norma individual de conducta (sentencia), con la finalidad de declarar el derecho material aplicable al caso concreto” (Rodríguez Recia, s.f.).

Desde tal perspectiva, se tiene que el derecho internacional de los derechos humanos, prevé en los artículos 10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos el derecho al debido proceso legal al desarrollar los principios de igualdad, presunción de inocencia, legalidad, doble instancia e independencia e imparcialidad judicial como lo ha anotado nuestra Honorable Corte Constitucional (Corte Constitucional. Sentencia C-496, 2015).

Ahora bien, teniendo como base los anteriores instrumentos del Sistema Internacional, se pasará a presentar la **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.**, por medio de la cual se establecen las diferentes garantías procesales en el Sistema Internacional e Interamericano en diferentes convenciones, principios, declaraciones y pactos, teniendo en cuenta que para efectos metodológicos en este apartado, sólo se desarrollaran aquellos que se encuentran relevantes y determinantes en nuestro tema, referenciando en este acápite los que hagan parte del Sistema Internacional, toda vez que aquellas que atiendan al Sistema Interamericano se desarrollará en un apartado posterior detalladamente, siendo el eje central de análisis ulteriormente aplicable en los casos seleccionados del Circuito Judicial de Bucaramanga (Tabla 1).

Tabla 1.

Garantías Procesales en el Derecho Internacional

Derecho	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU, 1966)	Convención Americana de Derechos Humanos (OEA, 1969)	Convención sobre los Derechos del Niño (ONU, 1989)	Declaración de Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y de Abusos del Poder (ONU, 1985)	Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión (ONU, 1988)	Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (ONU, 1948)
1. Derecho de acceso a la justicia derecho de protección judicial	2,9, 14	1, 7, 8, 25	12, 20, 37, 40	4, 5, 6, 7, 149 ss.	5, 7, 30, 32, 33, 34, 37	7, 8, 10 18, 25, 26
2. Derecho a un juez competente, juez natural e independiente	2, 9, 14	7, 8	37, 40	4 y ss.	4, 21, 37	8, 10 26
3. Igualdad ante la ley y los tribunales	Preámbulo, 2, 3, 9	1, 8, 24	Preámbulo, 2, 37, 40	3	5	Preámbulo, 1, 2, 7, 10 Preámbulo, 2
4. Publicidad del proceso penal	14	8	8, 16, 37, 40	6	36	11 26
5. Celeridad de la justicia	9, 10, 14	5, 7, 8	37, 40	5	32, 33, 37, 38	18, 25
6. Derechos del imputado	6, 7, 9, 11, 14, 15	4, 5, 6,, 7, 9, 10, 25			2, 6, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 24, 30, 32, 33, 37	11 25, 26
7. Derecho a la defensa	9, 14	7, 8	37, 40		11, 12, 17, 18, 23, 25, 32, 33, 36, 37	11 26
8. Derecho a medidas cautelares sustitutivas de la prisión	9	7	37, 40		37, 39	
9. Derecho de protección contra	9, 11, 14	7	37, 40		1, 2, 32, 33	3, 9 1, 25

Derecho	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU, 1966)	Convención Americana de Derechos Humanos (OEA, 1969)	Convención sobre los Derechos del Niño (ONU, 1989)	Declaración de Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y de Abusos del Poder (ONU, 1985)	Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión (ONU, 1988)	Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (ONU, 1948)	
las detenciones ilegales y arbitrarias							
10. Derecho de protección contra la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes	7, 8, 10, 14	5, 6	19, 37, 39, 40		1, 6, 21, 22, 33	5	25, 26
11. Derecho de protección contra la incomunicación de detenidos	9, 14	7, 8	9, 37, 40		15, 18, 19, 29		25
12. Derechos de las víctimas de delitos y de abusos de poder	2, 9, 14	1, 8, 25	39	1 ss, 4 ss, 8 ss, 12 ss, 14 ss, 18 ss	34		
13. Derecho a la reparación	2, 9, 14	10, 25	39	4, 5, 7, 8ss, 19	35		
14. Derecho a recurrir	2, 9, 14	10, 25	39	4, 5, 7, 8 ss., 19	35		
15. Derecho de protección especial a los menores infractores de la ley	6, 10, 14, 24	4, 5, 19	1, 3, 12, 37, 40		5, 16, 31		7

Adaptada de Florentin Melendez. Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos

Aplicables a la Administración de Justicia. Bogota; 2012.

La adaptación de la antes referenciada contiene los diferentes derechos que se extraen del Sistema Internacional entre los que se encuentran los siguientes:

1. *Derecho de acceso a la justicia y derecho de protección judicial.*

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos [DUDH] (1948) se establece como parte fundante de estas garantías el derecho a la igualdad y la no discriminación como presupuesto del acceso a la administración de justicia, esta protección judicial prevalece en materia penal desde el inicio del proceso judicial hasta la culminación del mismo teniendo en cuenta la prevalencia de los derechos fundamentales, asimismo, está en consonancia con el derecho a un recurso efectivo ante los tribunales frente a cualquier actuación que vaya en contravía de la ley o la constitución, así como el derecho a no ser detenido ni arrestado arbitrariamente.

Por su parte, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [PIDCP] estatuye que cada Estado miembro de este pacto debe respetar el acceso a la justicia, garantizando los derechos sin distinción alguna ni condicionamiento a ninguno de sus derechos o libertades. De igual forma, en dicha convención se erige la garantía de la libertad y la seguridad sin arbitrariedades ni injerencias de ningún tipo, así como, se establece que el proceso penal debe llevarse a cabo sin dilataciones y sin ninguna traba de acceso a la justicia.

Del mismo modo, otra garantía que se desarrolla en este derecho es la de estar asistido de forma gratuita y dotar al procesado de un intérprete si fuera el caso, así como si se encuentra capturado de manera ilegal una persona, el tribunal con competencia para tal fin inmediatamente le debe definir su situación jurídica, el cual está concatenado directamente con el derecho a la reparación cuando la privación sea injusta.

Ahora bien, frente a este mismo derecho el PIDCP prevé que se debe tener en cuenta el principio de publicidad, así como se debe respetar la moralidad y el orden público o seguridad

nacional, según el caso sujeto a consideración y la decisión del tribunal al respecto. Por último y no menos importante se instaure otra protección judicial a resaltar en el marco de este derecho, como lo es la presunción de inocencia que debe imperar hasta que se dictamine la responsabilidad del procesado mediante sentencia judicial.

Ahora bien, en la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder (ONU 1985) se contempla el respeto a la dignidad humana en el acceso a la justicia y la reparación del daño, afirmando que debe contarse por parte de la administración de justicia con procedimientos rápidos sin dilataciones, justos y poco costosos.

En los principios para la protección de todas las Personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión (ONU, 1988) se encuentran las garantías que protegen la aplicabilidad judicial sin discriminación alguna, brindándole una protección especial a la mujer, dicha protección opera también para enfermos en el acceso a la justicia, denotándose que dichas medidas especiales deben estar supervisadas por un juez.

En el mismo sentido, se consagra que los Estados prohibirán todas las leyes que estén en contra de los derechos y deberes de estos principios, de igual forma los funcionarios que observen violación a algún principio o derecho fundamental estarán autorizado para informar a la autoridad competente.

Aunado a ello, cuando está detenida la persona o por medio de sus abogados podrá impetrar acciones en cualquier momento que las necesite y si esta medida de detención fue ilegal tiene derecho a ser liberado de inmediato.

Del mismo modo, se establece las garantías de presunción de inocencia, a ser informado directamente o por intermedio de su representante, a no ser obligado a declarar en su contra, en

caso de no hablar el mismo idioma a tener quien le traduzca o a un intérprete, la garantía del respeto por su vida privada y a tener asistencia gratuita.

2. *Derecho a un juez competente, juez natural e independiente*

La DUDH (1948) resalta la igualdad ante la ley, así como la no discriminación, de la misma manera, se hace referencia a la aplicación de los recursos de manera efectiva, así como el derecho a ser asistido y oído de manera imparcial por parte del juez previsto para tal fin.

En el PIDCP (1966), se hace referencia en cuanto al desarrollo de este derecho a los artículos 2,9 y 14 que fueron referenciados en el derecho anterior y que aplican integralmente para el decurso de éste.

En cuanto a la declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder (ONU 1985), se afirma que todo acusado tendrá derecho al acceso a la justicia y a que se le facilite los procedimientos administrativos y judiciales, de la misma manera, se tiene la protección estatuida en el sistema interamericano a estar informado, a poder opinar, evitar las demoras innecesarias y poder controvertir las pruebas.

En los Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión (ONU, 1988) se asevera que toda medida privativa de la libertad debe ser precedida por orden de un juez competente y ninguna persona privada de la libertad podrá ser sometida a interrogatorios bajo violencia o amenazas contra sí mismo o contra otra persona, así como todo detenido debe ser llevado de inmediato ante el juez competente para que le defina su situación bajo unas condiciones legales sin arbitrariedad alguna.

3. *Igualdad ante la ley y los tribunales*

Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH] (1948) en la Declaración Americana desde su preámbulo, se acentúan las garantías de libertad, dignidad humana y la igualdad dirigidas

a todas las personas sin discriminación alguna ya que todos los derechos y deberes están integrados en todas las actividades políticas y sociales del hombre.

La DUDH (1948) establece el respeto por la libertad, la justicia y la paz en todo el mundo, pues dicho respeto constituye el primer reconocimiento a la dignidad humana vinculada directamente a la igualdad de todos los seres humanos, de esta manera, se atestigua que todas las personas nacen libres e iguales tanto en dignidad como en derechos y por ende deben tener este principio rector que se erige en todo el ámbito de protección legal.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [ICCPR, por su sigla en inglés] (1966); resalta nuevamente las palabras de la declaración universal de los derechos humanos y consagra que cada Estado miembro de este pacto debe garantizar la igualdad y eliminar toda forma de discriminación desde cada una de las constituciones políticas de los Estados miembros. De igual manera, retoma la igualdad judicial, administrativa o legislativa o de cualquier otra autoridad competente para la interposición y resolución de los recursos judiciales, los cuales deben ser desatados en un plazo razonable y equitativo.

En la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder (ONU 1985) se ratifica el principio de la igualdad para todas las personas sin distinción ninguna.

En los Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión (ONU, 1988) el art. 5 centra el principal objetivo en que a todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión en cada territorio de un Estado deben ser tratados sin discriminación alguna.

4. Publicidad del proceso penal

En la CIDH (1948) todas las personas tienen derecho a un proceso regular, a ser oída de forma imparcial y que dicho proceso sea público.

La DUDH (1948) en la declaración se encuentra que toda persona tiene derecho a un juicio público y que se le garanticen todas las medidas necesarias para su defensa.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), este derecho se encuentra de manera igualitaria y ante los tribunales y cortes de justicia, el cual prevé que toda persona tiene derecho a ser oída públicamente con sus respectivas medidas de igualdad. En cuanto a la publicidad se dictamina que podrá ser excluida en parte del juicio o en su totalidad cuando se presenten problemas de orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o bien sea por cuestiones de moralidad y cuando perjudique los intereses de la justicia. Además, prevé que las sentencias son públicas en materia penal excepto en los casos en que los intereses de los menores de edad exijan lo contrario.

En la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder (ONU 1985) se manifiesta que el principio de publicidad en los procesos penales es el eje rector, sin embargo, se puede limitar en los casos en que sea necesario proteger la intimidad de las víctimas y garantizar la seguridad para sus familiares y testigos para evitar intimidación y represarías.

En los Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión (ONU, 1988) este principio de publicidad en el juicio da una garantía de la protección necesaria para la defensa del procesado.

5. *Celeridad de la justicia*

La DUDH (1948) No contempla la garantía de la celeridad.

El PIDCP (1966) presenta una diferenciación en el artículo 10 numeral 2.b. Resaltando que los menores deben ser separados de los adultos y llevados a un tribunal con mayor celeridad que la de un adulto.

La Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder (ONU 1985) hace referencia directa frente a la rapidez de la reparación del daño que se haya sufrido y no a la celeridad del proceso penal como tal.

Los Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión (ONU, 1988) nos habla de la inmediata liberación cuando la detención ha sido ilegal y que la persona detenida debe ser llevada ante el juez más cercano, dicho procedimiento debe ser rápido y sencillo. Desde esta perspectiva, se tiene que todas las peticiones o recursos deben ser solucionados de manera inmediata. En este orden de cosas, se resalta que cuando una persona fue capturada por la comisión de un delito debe ser llevada y puesta a ante un juez competente para que solucione el asunto en un plazo razonable.

6. *Derechos del imputado*

La DUDH (1948) ratifica el derecho de con “el derecho de protección contra la detención arbitraria” de igual forma contempla que se presume siempre la inocencia del acusado hasta que se pruebe lo contrario, resaltando nuevamente que el juicio debe llevarse a cabo bajo las leyes preexistentes.

El PIDCP (1966) estipula lo siguiente frente a los derechos del imputado:

1. A no ser privado de su libertad de manera arbitraria.
2. Solo existirá pena de muerte en el país que no hayan abolida dicha pena, pero bajo un tribunal competente y con las leyes preexistentes que no sean contrarias a esta convención. (con prevención y sanción por el delito de genocidio).

3. La persona condena a muerte tendrá derecho a indulto o conmutación de la pena.
4. No se impondrá pena de muerte a menores de 18 años ni a mujeres en estado de gravidez
(García Ramírez, Islas de González Mariscal, & Peláez Ferrusca, pág. 135).
5. A no ser sometidos a torturas y trato cruel inhumano o degradante ni a experimentos científicos.
6. A ser informado al momento de su detención, notificado y las razones de la acusación.
7. A ser presentado sin demoras ante un juez o funcionario autorizado.
8. A solicitar su libertad si fue capturado ilegalmente.
9. Tiene derecho a la reparación.
10. A ser oído públicamente en un juicio con las garantías legales.
11. Se presumirá siempre de su inocencia hasta qué no se demuestre lo contrario.
12. A ser informado en su propio idioma y a preparar su defensa en el tiempo que disponga
y si no tiene como pagar uno el Estado se lo proporciona.
13. A interrogar y controvertir las pruebas.
14. A ser obligado a declarar en su contra ni declararse culpable.
15. En caso de ser menor tiene derecho a su readaptación.
16. A apelar a un superior jerárquico su fallo.
17. A ser indemnizado cuando la sentencia condenatoria haya sido ulteriormente revocada.
18. Nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos delitos o hechos.
19. A no ser juzgado ni castigado por delitos conforme a las leyes preexistentes.

En tal sentido, se encuentra que dicha convención es la que tiene un mayor desarrollo de los derechos de los imputados, así como establece un juicio con *todas las garantías legales*, esto es

con el conglomerado de estas que se establecen a lo largo de los diferentes tratados de derechos humanos.

Por su parte, en la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder (ONU 1985) no contempla como tal un desarrollo de los derechos del imputado

En los Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión (ONU, 1988) se establece:

1. El arresto debe ser por cumplimiento de un funcionario competente.
2. A no ser sometido a torturas, trato cruel e inhumano.
3. A estar detenida en condiciones de personas que no han sido condenadas.
4. Toda persona debe ser informada de su arresto y las razones en detalles y sin demoras
5. A ser oído sin demoras por un juez o autoridad competente y a defenderse por sí misma o por un abogado.
6. A ser informado por parte de la autoridad del arresto, el periodo de inicio y de sus derechos.
7. A ser informado en su propio idioma y a preparar su defensa en el tiempo que disponga y si no tiene como pagar uno el Estado se lo proporciona.
8. Tiene derecho a que se notifique su familia.
9. Si el detenido es un menor o persona incapaz sus padres serán los notificados.
10. A comunicarse con su abogado y a ser visitado por este excepto si el juez lo considera será negado por mantener la seguridad y el orden.
11. A ser visitado por los miembros de su familia.
12. Si el detenido solicita que esta detención será en su residencia.

13. A toda persona detenida se le ofrecerá exámenes médicos sin dilataciones una vez ingrese al lugar de detención y los tratamientos de necesitarlos serán gratuitos.

14. Si un preso comete conductas o infracciones disciplinarias durante su detención se le aplicará sus sanciones que contemple el reglamento penitenciario y será oída antes de la sanción.

15. A solicitar su libertad si fue capturado ilegalmente.

16. Se presumirá siempre de su inocencia hasta que no se demuestre lo contrario.

17. A ser presentado sin demoras ante un juez o funcionario autorizado.

En dicha Convención, también se realiza un desarrollo amplio de las diferentes garantías del imputado haciendo un énfasis especial en algunas que deben ser tenidas en cuenta en el momento de la reclusión y que se relacionan con otros derechos como el de la unidad familiar, entre otros.

Por último, la CIDN (ONU 1989) No contempla derechos del imputado.

7. *Derecho a la defensa*

En la DUDH (1948) este derecho tiene su raigambre en la presunción de inocencia.

En el PIDCP (1966), en este pacto internacional la preparación para la defensa es fundamental, poniendo especial atención al defensor del imputado que debe elegirse por el mismo o proporcionarlo el Estado gratuitamente en caso de requerirse.

En la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder (ONU 1985) no se describe el derecho de defensa.

En los Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión (ONU, 1988) está considerado como el gozo que tiene el imputado de todas las garantías necesaria para su defensa sin enumerarlas.

8. *Derecho a medidas cautelares sustitutivas de la prisión*

CIDH (1948) No se menciona este derecho.

DUDH (1948) No se menciona este derecho.

En el PIDCP (1966) en el Art. 9 hace referencia a la prisión preventiva de las personas que van a ser juzgadas, la cual no puede ser la regla general.

En la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder (ONU 1985) no se menciona este derecho.

En los Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión (ONU, 1988) se contempla que nadie puede ser detenido en espera de instrucción o juicio salvo por orden estricta de autoridad competente, dicha medida cautelar debe estar precedida de la orden emanada de un juez.

9. Derecho de protección contra las detenciones ilegales y arbitrarias

En la DUDH (1948) se aduce que nadie puede ser detenido de manera arbitraria, afirmando que la libertad y la seguridad son inviolables.

En el PIDCP (1966) se asevera que toda persona privada de su libertad tendrá derecho a acudir a un tribunal para que decida su legalidad lo más rápido posible.

La Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder (ONU 1985) no se menciona este derecho.

En los Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión (ONU, 1988) se fija que toda persona detenida será tratada humanamente, y durante su detención en prisión será tratada con respeto a la dignidad humana. Desde tal arista se prevé que toda detención debe estar mediada por orden de un juez competente y si esta es ilegal o arbitraria tendrá derecho acudir ante cualquier autoridad para ser liberado de inmediato.

10. Derecho de protección contra la incomunicación de detenidos

CIDH (1948) y la DUDH No se menciona este derecho.

En el PIDCP (1966) toda persona priva de su libertad tendrá derecho de comunicarse con su defensor de elección en pro de establecer su estrategia defensiva.

En la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder (ONU 1985) no se menciona este derecho.

En los Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión (ONU, 1988) se consagra que la persona presa o detenida no podrá mantenerse incomunicada del mundo exterior, en particular de su familia y su abogado. Del mismo modo, la comunicación entre el preso y el abogado no podrá admitirse como prueba en contra.

11. Derechos de las víctimas de delitos y de abusos de poder

CIDH (1948) y DUDH No se menciona este derecho.

ICCPR (1966) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU 1966) No se menciona este derecho.

En la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder (ONU 1985) será víctima la persona colectiva o individual, haya sufrido un daño cualquiera que sea. En esta declaración está previsto que existirá abuso del poder a una persona o a una colectividad cuando haya sufrido un daño o se haya menoscabado un derecho fundamental por consecuencia de acciones u omisiones.

12. Derecho a la reparación

CIDH (1948) No se menciona este derecho.

DUDH (1948) No se menciona este derecho.

En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU 1966) toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.

En la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder (ONU 1985) las víctimas tienen derecho a tener reparación mediante procedimientos oficiales y oficiosos, así como apoyo financiero.

En los Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión (ONU, 1988) tienen derecho a reclamar reparación del daño por acción u omisión.

13. Derecho a recurrir

En la DUDH (1948) no se menciona este derecho.

En el PIDCP (ONU 1966) toda persona privada de su libertad tendrá derecho a recurrir ante un tribunal a fin que se legalice su detención y de ser ilegal de inmediato debe ser liberada.

En la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder (ONU 1985) no se menciona este derecho.

En los Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión (ONU, 1988) el imputado podrá recurrir por recursos o peticiones ante un juez o autoridad.

3.1 Garantías del Debido Proceso en el Sistema Interamericano: la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

A partir de la enunciación anterior de derechos estipulados en el Sistema Internacional de Derechos Humanos, nos adentraremos al desarrollo de las garantías que componen el debido proceso en el Sistema Interamericano, con el fin de pasar a exponerlas y explicarlas muy brevemente, ya que serán el insumo base para el desarrollo del protocolo propuesto desde el inicio de la investigación,

por tanto en este apartado se tocarán tres lineamientos bases para dicho desarrollo, primero se realizará una exposición desde la Convención Americana, así como lo propuesto por la doctrina y posteriormente en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo cual está concatenado con el debido proceso en nuestro país, puesto que como se verá más adelante se han recogido varios principios establecidos en el Sistema Interamericano por ser el que tiene un ámbito de aplicación regional.

Como primera garantía base para dar inicio a las demás protecciones de los derechos humanos está:

1. *El derecho a la defensa:* (Art. 8.2 del a al g, y 8.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos CADH) incisos del a al h, párrafo 2, art. 8 párrafos 3,4 y 5 de la CADH: Dicho derecho es el que sirve de eje material y formal para el desarrollo de un proceso penal.

Desde la anterior perspectiva, se tiene que la Convención Americana en el desarrollo de su artículo 8 ha previsto la garantía de la defensa técnica, es decir, aquella por medio de la cual se le brinda al imputado, asistencia profesional preparada y con conocimiento en la materia, esta puede ser gratuita y onerosa, a través de defensor de confianza que ejerza su derecho de defensa. Adicional a ella, se tiene la defensa material, la cual puede ser asumida por el mismo acusado.

Estas aristas, se materializan mediante actos de contradicción, notificación, impugnación, solicitud probatoria y alegación, la mentada garantía puede ser ejercida de acuerdo con las circunstancias y los diferentes elementos probatorios recaudados, pudiendo ser practicada con tácticas diversas, lo que les permite a los sujetos intervinientes ser oídos al interior del litigio.

Aunado a lo anterior, se tiene que el mencionado principio conlleva una serie de derechos, como el derecho “a ser asistido por un traductor o interprete”, el cual aplicará para las personas que no conozcan el idioma, usen otro dialecto o se comuniquen por señas o aquellas que no sepan

leer o escribir, o que no sea posible su entendimiento por algún motivo, en tal sentido, el estado es garante de proporcionarle al acusado un traductor o interprete, para facilitar la comprensión y comunicación durante todo el proceso Penal.

Asimismo, es importante resaltar que el art. 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, hace la diferencia entre intérprete y traductor, siendo el primero una persona que relata al imputado en su idioma, el idioma del tribunal, el segundo se expresa en el idioma oficial del tribunal un escrito de un documento que está en otro idioma.

Dentro de este desarrollo está previsto otro principio, el cual se denomina “El principio de intimación y de imputación”: (Art. 8.2. b de la CADH) conjuntamente con el art. 7 CADH inciso 4, este, propugna en primera medida por establecer el derecho de las personas de saber las razones de su detención, así como a ser notificado y formularse los cargos que atiendan a su detención. Por medio de la consagración legal de este principio, se tiene que el imputado debe desde incluso antes de iniciar formalmente el proceso ser informado de los hechos por los cuales se investiga, dicha formulación debe darse en un lenguaje claro, asequible, sencillo y de una manera eficaz, el motivo de su detención y la acusación que pesa sobre él, correspondiendo a todas las partes e intervinientes realizar dicha tarea, en especial al Juez ante el cual está siendo procesado.

En nuestro país, se halla que el principio de imputación está en cabeza del ente acusador, esto es la Fiscalía General de la Nación [FGN], entidad que inicia la persecución penal e individualiza al sujeto atribuyéndole los cargos, en donde la razón de ser de dicha imputación que se realiza en audiencia pública está diseñada para la elucidación de la situación fáctica y la imputación jurídica, en la cual, adicionalmente al sujeto se le cita la norma que prescribe el delito penal que se supone infringió con la pena a imponer o a la cual se enfrentaría.

El principio de “Concesión del tiempo y medios adecuados para la preparación de la defensa”: (Art. 8.2.c la CADH), dicha garantía es relevante en el Sistema Interamericano, toda vez que es necesario y razonable para el derecho de defensa, desde esta perspectiva, el acusado debe contar con todas las posibilidades temporales, espaciales y de toda índole para poder preparar una teoría del caso y soportarla probatoriamente.

Análogamente, al encausado se le debe dar la oportunidad de indagar, aportar documentos, solicitar pruebas técnicas, llamar testigos para lograr sus objetivos y llegar a la verdad de lo sucedido, frente al juez competente, para que este fallador valore de manera discrecional todo lo aportado por las partes y con ello de manera razonable y proporcional dará la medida punitiva y la eventual sentencia condenatoria o absolutoria.

El principio de “el acceso irrestricto a las pruebas de cargo y la posibilidad de combatirlas”: (Art. 8.2.f de la CADH) la garantía de contradecir las pruebas que el ente acusador presenta, también dota al imputado la oportunidad de elaborar pruebas o de construirlas tales como llevar testigos, peritos documento etc. Las mentadas garantías, proporcionan al imputado el derecho de imparcialidad en el proceso porque permite que su defensa cuente con igualdad de armas que el ente acusador.

“El derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo”: (Art. 8.2.g de la CADH) garantía que se contempla desde la jerarquía normativa más alta que tiene cada Estado, como lo es la Constitución Nacional en nuestro país, es este derecho a no ser obligado bajo ningún tipo de coacción a declarar en contra de sí mismo. Significando lo anterior, que si el imputado desea hacerlo se le posibilita.

“El derecho a un proceso público”: (Art 8.5 de la CADH) en el debate oral, regido por el principio de publicidad, los cuales denotan imparcialidad y transparencia por parte del juez, quien,

al momento de fallar, lo debe hacer de forma oral, ágil, clara, precisa y en la mayoría de los casos en audiencia pública.

2. El principio de legalidad - “nullum crimen, nulla poena sine praevia lege”- y el de irretroactividad de la ley penal: en el moderno derecho penal, en el Art. 9 de la CADH, que procesalmente obliga a que toda causa penal este previamente reglada en la normatividad y en sus fuentes formales y auxiliares, es decir este tipificada y consignada en una ley que la soporte.

La finalidad es hacer un juzgamiento justo con igualdad de condiciones en todas las etapas del proceso. La ley penal es retroactiva cuando se trate de beneficios para el reo, no aplica para causar perjuicios (Art, 9 de la CADH), es decir, la situación a aplicar debe beneficiar su situación y no empeorarla.

3. El principio de Juez Regular (*Juez Natural*) (Art. 8.1 de la CADH). Este principio es necesario para que un proceso sea justo y equitativo y tiene cuatro elementos fundamentales que son:

- **Competencia:** Entendida esta como la capacidad legal que tiene el juez para conocer determinadas causas, en otras palabras, ejercer su jurisdicción.
- **Independencia:** Es una condición especial que tiene el juez de no ser subordinado a ninguna de las partes del proceso ni a las otras ramas del poder público.
- **Imparcialidad:** Esto significa que el juez es una tercera persona que da seguridad a las partes y decide el asunto con objetividad con el fin de producir confianza entre las partes.
- **Establecimiento con anterioridad a la ley:** Se refiere a un tribunal o juez es asignado de manera previa a los hechos investigados. También, este principio es conocido como el del “juez regular”, entendido como un juez o tribunal para cada caso en concreto excepto en los casos

especiales de cada constitución, como el tribunal militar para los delitos de los militares en el ejercicio de sus funciones.

4. El principio de inocencia (Art. 8.2 de la CADH) principio donde se explica que ninguna persona puede ser tratada como culpable hasta que exista sentencia en firme, bajo un proceso legal y regular. Es función del Estado la carga de la prueba de su culpabilidad, esta carga probatoria se hace sin coacción, trato cruel, inhumano o degradante; prohibidos de manera expresa en el Art. 5.2 de la CADH y el Art. 7.2 y 7.5 Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

5. El principio “in dubio pro reo” se relaciona con el estado de inocencia, más que presunción, que se derivan del Art. 8.2 de la CADH con similitud que ambos lo presiden la sentencia en firme.

Con respecto de la culpabilidad del imputado, debe superar cualquier duda razonable y si existe alguna duda, se debe fallar a favor del imputado. Este principio obliga al juez que este en procura de la readaptación psicológica, social y espiritualmente, consagrado en el Art. 5.6 de la CADH como “*finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados*”

6. Los derechos al procedimiento. El debido proceso es otra de las garantías a favor del imputado, ya que es un derecho fundamental desde el inicio del procedimiento destacando: el principio de amplitud de la prueba, inmediación de la prueba, de legitimidad de la prueba, valoración razonable de la prueba e impulso procesal de oficio.

i. *El principio de la amplitud de la prueba.* Ante los hechos reales, la finalidad del procedimiento junto con la fiscalía, el ministerio público o el juez, siempre su función es de manera objetiva la investigación, con los medios probatorios y legítimos darle la transcendencia material o formal.

ii. *El principio de legitimidad de la prueba.* La prueba debe ser bajo el entendido del tratamiento material o formal. Donde los criterios auxiliares y los constitucionales no han llegado a un consenso. Se puede fundar una supresión que opera frente a una prueba que este violando un derecho constitucional que debe ser invalidada por el juez.

iii. *El principio de inmediación de la prueba.* Las pruebas las deben conocer todos los sujetos procesales de una forma directa y sin dilataciones ni alteraciones para ninguna de las partes.

iv. *El principio de la identidad física del juzgador.* Esto significa que la sentencia debe ser dictada por el mismo Juez que adelantó a todo el debate probatorio.

v. *El impulso procesal de oficio.* Este hace referencia a la obligación del juez o jueces de impulsar el proceso de manera oficiosa para que los derechos del procesado sean protegidos preservando el debido proceso. Este impulso es esencial para calificar la conducta de las autoridades judiciales con respecto a la demora injustificada del proceso.

vi. *El principio de valoración razonable de la prueba.* El juez debe valorar la prueba bajo una crítica sana, razonable y discrecional, todos los criterios probatorios deben propender por ser objetivos en el proceso penal para evitar cualquier arbitrariedad o error.

7. El derecho a una sentencia justa. Las sentencias son firmes porque es una garantía al debido proceso, integrado lo anterior, al principio pro sentencia, el principio de congruencia, la doble instancia, cosa juzgada y la eficacia material de las sentencias.

i. *Principio pro sentencia.* Principio que debe interpretarse respecto a todas las normas procesales y que estas deben facilitar la administración de la justicia y no ser una barrera para lograrla, teniendo que las decisiones deben sustentarse y dar cumplimiento a todos los requisitos de fondo y de procedimiento.

ii. *Derecho a la congruencia de la sentencia.* Principio donde se observar claramente una relación entre la acusación las pruebas y la sentencia, basado netamente en los hechos que fundan la acusación deben estar en plena concordancia con lo dispuesto en la sentencia.

8. El principio de la doble instancia (Art. 8.2. numeral H CADH). En consonancia con el Art. 8º, párrafo 2º, inciso h), en donde se considera tal garantía del imputado a poder acudir de manera decisoria a un juez o tribunal superior a que se revise la decisión adoptada, es decir a tener de una u otra forma un segundo pronunciamiento frente al caso y la decisión adoptada.

9. El Principio de cosa juzgada. Como regla general en el proceso penal cuando una sentencia se encuentra en firme no puede reabrirse el proceso, sin embargo, se denota que la reapertura procedería como garantía de violación de un derecho fundamental de los que se ha contemplado con anterioridad y solo puede ser a favor del reo. El mentado principio, se relaciona con “res judicata”, protegiendo los derechos de los condenados para no ser condenados por los mismos hechos dos veces, en otras palabras, no procedería en el Sistema Interamericano un doble enjuiciamiento por el mismo delito Art. 68 de la CADH.

10. Derecho a la eficacia material de la sentencia. Las garantías del procesado no deberían tener ninguna afectación frente a la realidad política y económica en la que se encuentre, frente a la efectivización de una sentencia que se dicte con el cumplimiento del debido proceso.

En el Estado democrático de derecho, los jueces son la autoridad suprema, estando en consonancia con la independencia de estos, en una relación que se establece frente a la supremacía internacional de los derechos humanos.

11. La reparación por error judicial. Esta reparación es una garantía al debido proceso ya que en materia penal se resalta que el juez o el tribunal y los actores involucrados en el proceso respetan todas las garantías y emitan el pronunciamiento del caso con arreglo a la normatividad

aplicable. Por tanto, la configuración del error judicial, se presenta por el desconocimiento de deberes y obligaciones de mayor importancia y alcance, o bien sea porque no se aplica la normatividad vigente, en tal sentido, se desatienden negligentemente los preceptos que rigen el debido proceso.

Desde lo anterior, el Estado tiene el deber de reparar por esta falla en la prestación del servicio por parte de la administración, en el caso de ser responsable puede ser condenado a pagar a favor del actor una indemnización y reparación según proceda.

3.2 El Debido Proceso en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El derecho al debido proceso, desarrollado en el artículo 8° del texto de la Convención americana, conlleva en sí mismo la existencia de otros derechos también contemplados en el referido estatuto.

Así, el debido proceso es considerado como “el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” (Corte IDH, 1987) lo que significa que se establece como una demarcación al ejercicio del poder estatal dentro del marco de una sociedad democrática cuyo eje central ha de ser ésta garantía fundamental.

La protección de los derechos humanos también va de la mano con la obligación que le asiste a aquellos que la procuran, de investigar los casos en los cuales dichas garantías se vulneran, lo que se ha llamado “obligaciones positivas del Derecho Internacional Humanitario” (Corte IDH, 2008a) por cuanto acuden a medidas tendientes a materializar lo dispuesto en los convenios que lo regulan, pues no basta únicamente con la existencia de disposiciones normativas que obliguen el

acatamiento de un derecho de carácter humano, sino también que lleve consigo la obligación de una autoridad de índole estatal que los asegure a plenitud.

Por ello, asistiéndole al Estado el compromiso de respetar y garantizar estos derechos, la investigación de aquellos hechos que constituyan su violación y/o amenaza, es un deber que desarrolla a plenitud el debido proceso contemplado en el artículo 8° de la Convención Americana. Ésta ha de ser en su totalidad garantista, de seriedad, imparcialidad y efectividad.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana ha sido aquella que ha posibilitado que el debido proceso sea un derecho humano que haga parte integral junto con las garantías que lo desarrolla de todos los actos investigativos, ya que de lo contrario significaría la ausencia total de un procedimiento efectivo, y se constituiría como aquel que busca la simple formalidad que se aleja de los objetivos principales y fundamentales que la integran.

A lo largo de la senda jurisprudencia, la Corte Interamericana ha señalado que “el deber de investigar es de medios y no de resultados” (Corte IDH, 2008b) y así lo ha establecido para los casos de muertes violentas, violencia sexual contra la mujer y los niños dentro del conflicto armado, pues significa que la investigación no se fundamenta en un simple seguimiento de pruebas, sino en detenerse cuidadosamente en cada una de las etapas de búsqueda y esclarecimiento de la verdad, para garantizar plenamente la protección a las víctimas, pero sobre todo el debido proceso a los presuntos victimarios.

Lo anterior no significa otra cosa que el verdadero acatamiento de la garantía del debido proceso, pues aquellos Estados que hacen parte de la Convención deben proporcionar absolutamente todos los recursos judiciales más eficientes para proteger la totalidad del conglomerado social y en especial aquellos que aleguen ser víctimas de atentados y

quebrantamientos de los derechos humanos, lo cual debe observarse también directamente a los procesados.

De esta manera y en igual sentido, a los entes gubernamentales les corresponde también propender por el cuidado y observancia de normas que sin ser imperativas también hacen referencia al proceso investigativo eficaz, lo que permite acabar por completo el fenómeno de la impunidad, entendido este como la ausencia total de investigación, que permite a su vez la creación de nuevos escenarios de violación de derechos humanos.

En el trasegar de dichos escenarios se pueden configurar casos de impunidad total o parcial, en especial porque

La falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y sus familiares (Corte IDH, 2001).

La impunidad también se deriva del yerro en el funcionamiento de una administración de justicia si en cuenta se tiene que en su interior se generan también casos de corrupción que truncan y dilatan la eficiencia de los aparatos judiciales que se traducen a su vez en la ausencia de seguridad jurídica. Es por ello que la Corte Interamericana de manera reiterativa ha dispuesto:

los Estados Parte tienen el deber de adoptar providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención y, una vez ratificada la Convención Americana corresponde al Estado, de conformidad con el artículo 2 de la misma, adoptar todas las medidas para dejar sin efecto las disposiciones legales que pudieran contravenirla, como

son las que impiden la investigación de graves violaciones a derechos humanos puesto que conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, además que impiden a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad de los hechos (Corte IDH, 2011).

Si bien es cierto, la competencia del Sistema Interamericano, por regla general se configura únicamente cuando se han agotado los mecanismos al interior de la jurisdicción nacional, no es una apreciación absoluta si en cuenta se tiene que cualquier persona podrá acudir ante la Corte Interamericana en el caso en el cual su país no haya sido eficiente en despegar las acciones tendientes a enaltecer el debido proceso.

Es por ello que los Estados deben realizar un análisis de convencionalidad, que significa que cualquier norma o actuación del Estado debe ser analizada no solo en función de la norma constitucional nacional, sino también en función de las obligaciones internacionales asumidas por aquel en materia de Derechos Humanos, en general, y en función de la Convención Americana, en particular (Salmón & Blanco, 2012).

Tal y como se esbozó precedentemente, el debido proceso se relaciona también con otros derechos que se hallan al interior de la Convención, como ocurre con el derecho a la vida, que significa que aquellos procesos que contemplen la pena de muerte, las garantías judiciales y procesales deben ser aplicadas con una mayor estrictez, pues un yerro en su interior conllevaría evidentemente consecuencias irremediables.

Por otro lado, con respecto a otro derecho como lo es la libertad personal, cuando una decisión imponga la medida de restricción de ésta, el debido proceso debe acatarse en su totalidad pues lo contrario conduciría a una privación injusta si se quiebra un procedimiento debido: la ausencia de eficiencia en el mismo, de un juez imparcial, de una presunción de inocencia, sólo por mencionar algunos. En igual sentido, se vulneraría los derechos del encausado cuando se recurre un fallo y

quien debe revisarlo no lo haga en el término establecido para ello y sin el acatamiento de garantías judiciales.

Avizorar cada uno de los elementos que integran el debido proceso y se unen a él por excelencia en un caso que conlleve la privación de la libertad, también permite determinar que la prisión preventiva no puede constituirse como una regla general, pues, por el contrario, la celeridad del proceso ha de ser aquello que posibilite el esclarecimiento de una verdad sobre los cimientos de una total observancia de garantías procesales.

Siguiendo la línea anterior, pero entrando a definir con mayor precisión las garantías, el debido proceso también se integra con dos principios de suma importancia, a saber: la legalidad y la retroactividad. Ello significa que el derecho habrá de ser aplicado correctamente y que, por ejemplo, nadie pueda ser condenado por conductas que no se hallen catalogadas como restringidas por el ordenamiento interno.

En igual sentido ha definido la Corte Interamericana el principio de retroactividad:

La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor, ya que antes de que una conducta sea tipificada como delito la misma no reviste aún el carácter de ilícita para efectos penales. Por otro lado, si esto no fuera así, los particulares no podrían orientar su comportamiento a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste. Estos son los fundamentos del principio de irretroactividad desfavorable de una norma punitiva” (Corte IDH, 2004)

Algo semejante ocurre con la garantía de recurrir el fallo pues la Corte Interamericana al respecto ha establecido lo consiguiente:

La Corte considera que el derecho de recurrir del fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica (Corte IDH, 2004)

En tal sentido, se ha expresado por parte de dicho tribunal que con esto se busca la efectivización del derecho de defensa, en la medida en que cuando el Estado dota al imputado de la posibilidad de interponer recursos se eliminaría con esto los yerros de las decisiones judiciales evitando con ello que se causen perjuicios, los cuales podrían conllevar a una eventual reparación por parte de dicho Estado.

Análogamente, está el derecho a ser oído por un juez o tribunal imparcial (artículo 8.1 C.A.D.H.)

La Corte considera que el derecho de recurrir del fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica (Corte IDH, 2004)

Asimismo, la garantía de ser oído conlleva la posibilidad de que el tribunal se pronuncie respecto a la situación fáctica expuesta y considere de manera objetiva como se adujo anteriormente las pruebas no sólo de cargo sino con mayor observancia las de descargo, lo cual debe conllevar implícitamente la confianza en el Tribunal por parte de los coasociados, dicha confianza se adquiere con la manera de elegir los jueces que compongan el tribunal, la permanencia de estos y situaciones asociadas a la seguridad así como a su remuneración.

Tal consideración, está concatenada a

La vigencia del debido proceso es uno de los principios fundamentales de la justicia, y tiene como uno de sus presupuestos que el juez que interviene en una contienda particular se

aproxime a los hechos de la causa de modo imparcial, es decir, careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio personal y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad (Corte IDH, 2010).

En consonancia con lo anterior, se tiene que la Corte en su jurisprudencia ha establecido lo que se sigue:

Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueron ilegales (...) los recursos pueden interponerse por sí o por otra persona (Corte IDH, 2003).

En este punto, se establece que es determinante para proteger el derecho a la libertad, poder interponer recursos en tal sentido, haciendo referencia con esto a que cualquier acto procesal debe ser sujeto de ataque por parte del acusado en un proceso penal a tal punto que cualquier persona podría interponer dicho recurso ampliando la protección y siendo a la vez un límite a las detenciones ilegales o arbitrarias.

En esta misma sentencia del caso Juan Humberto Sánchez, la Corte Interamericana anota otro derecho fundamental en la protección del debido proceso, el habeas corpus, y al respecto manifiesta:

El habeas corpus representa, dentro de las garantías judiciales indispensables, el medio idóneo tanto para garantizar la libertad, controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, e impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como para proteger al individuo contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (Corte IDH, 2003) .

Simultáneamente, se puede traer a colación la garantía de que toda persona que está sujeta a un proceso debe ser tratada con dignidad y que el Estado debe garantizar la integridad personal mientras se encuentre reclusa (Corte IDH, 2002) en tal sentido, es menester aseverar que dicho derecho se concatena para la Corte Interamericana con la garantía de estar privado de la libertad sin demoras injustificadas.

La Corte considera que una demora prolongada puede llegar a constituir por sí misma, en ciertos casos, una violación de las garantías judiciales. Corresponde al Estado exponer y probar la razón por lo que se ha requerido más tiempo que el que sería razonable en principio para dictar sentencia definitiva en un caso particular, de conformidad con los criterios indicados (Corte IDH, 2013)

Aunado a ello, se encuentra la garantía de las decisiones justas

la Corte estima que tanto los órganos jurisdiccionales como los de otro carácter que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional, tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana. En este sentido, pese a que el artículo 8.1 de la Convención alude al derecho de toda persona a ser oída por un “juez o tribunal competente” para la “determinación de sus derechos (...)” (Corte IDH, 2006).

Es desde tal observancia que la Corte ha sido vehemente en aducir que respetar el acceso a la justicia implica adoptar decisiones que sean razonables, rápidas pero que atiendan a la protección de los derechos fundamentales de las personas acusadas.

En la misma línea, dicha sentencia acota que “en la Convención Americana hay por lo menos tres menciones imperiosas y explícitas a este respecto, con supuestos y expresiones propios: primero, toda persona detenida o retenida “tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo

razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso” (artículo 7.5, que se refiere al supuesto de detención y/o prisión preventiva, bajo el rubro genérico “Derecho a la libertad personal”); segundo, toda persona “tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable”, por el tribunal correspondiente “en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella” o para la determinación de sus derechos y obligaciones en otros órdenes (artículo 8.1, que alude al proceso total, hasta que se emite sentencia de fondo, bajo el epígrafe “Garantías judiciales”); y tercero, “toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido” que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales (artículo 25.1, relativo a “Protección judicial”) (Corte IDH, 2006), dichas garantías han venido desarrollándose en este texto, denotando así que las violaciones a éstas implican la desatención del Estado a la protección del derecho humano del debido proceso.

El derecho a ser oído, implica por parte del tribunal “un examen apropiado de las alegaciones, argumentos y pruebas aducidas por las partes, sin perjuicio de sus valoraciones acerca de si son relevantes para su decisión” (Corte IDH, 2016) lo cual indica más allá de un ejercicio mecánico por el juez una implicación hermenéutica que permita que los argumentos aducidos por todas las partes pero principalmente por la defensa en nuestro caso, sean debidamente contestados y motivados a través de la decisión que se tome.

En el Sistema Interamericano, la Corte a través de su jurisprudencia ha delimitado que la garantía de ser juzgado debe sujetarse a la competencia del tribunal ordinario, es decir, que no pueden crearse tribunales especiales para juzgar ciertos procesos, ni tampoco los civiles pueden ser juzgados por tribunales militares, en dicha medida, se adujo lo consiguiente:

El derecho a ser juzgado por tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente previstos constituye un principio básico del debido proceso. El Estado no debe

crear “tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios” (Corte IDH, 2004).

Es desde lo anterior, que se cita en el Caso Palamara Iribarne vs. Chile lo siguiente: “Cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a fortiori, el debido proceso” (Corte IDH, 2005), “el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia” (Islas-Colin & Díaz-Alvarado, 2016), prohibiéndose desde esta arista que los civiles sean juzgados por los tribunales militares.

Ahora bien, se tiene la garantía de la presunción de inocencia provista ampliamente en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana, la cual tiene asidero en el artículo 8.2 de la Convención como ya se había anotado,

El derecho a la presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo 8.2 de la Convención, exige que el Estado no condene informalmente a una persona o emita juicio ante la sociedad, contribuyendo así a formar una opinión pública, mientras no se acredite conforme a la ley la responsabilidad penal de aquella” (Corte IDH, 2004)

Frente a este derecho la jurisprudencia del sistema interamericano ha sido reiterativa en establecer que cualquier juicio previo que no se sustente probatoriamente en una sentencia en donde se acredite la responsabilidad del imputado termina por afectar dicho derecho, así como lo expresado en diferentes documentos emitidos por el Sistema Interamericano en donde se ha terminado por establecer que la detención preventiva es una violación directa a tal derecho.

De la misma manera, la Corte IDH ha estipulado el principio de

non bis in idem está contemplado en el artículo 8.4 de la Convención Americana en los siguientes términos: Dicho principio busca proteger los derechos de los individuos que han

sido procesados por determinados hechos para que no vuelvan a ser enjuiciados por los mismos hechos” (Corte IDH, 2012).

Dicho principio es fundante en la medida en que permite obtener una seguridad jurídica en las decisiones, teniendo en cuenta que tal consideración en la Jurisprudencia ha sido más amplia en la medida en que aplican para otros actos procesales que no sean sentencias de responsabilidad.

Del mismo modo, está el principio que ordena que las autoridades deban notificar al inculpado la acusación en su contra

el artículo 8.2.b de la Convención Americana ordena a las autoridades judiciales competentes notificar al inculpado la acusación formulada en su contra, sus razones y los delitos o faltas por los cuales se le pretende atribuir responsabilidad, en forma previa a la realización del proceso (Corte IDH, 2004).

Tal derecho está concatenado al de defensa, puesto que hasta que el procesado sepa el motivo por el cual se le está investigando puede ejercer toda su estrategia en pro de tal fin, dicha acusación debe notificársele desde el inicio de la investigación.

La Corte IDH al referirse a las garantías procesales, hace alusión al derecho de defensa como eje de éstas, estableciendo que para que en un proceso se pueda establecer que se protegió el derecho de defensa se necesita que conforme a las disposiciones del artículo 8 de la Convención, es preciso que se observen todos los requisitos que “sirvan para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho” (Corte IDH, 2003).

Del mismo modo, la Corte IDH ha establecido que en materia probatoria se soslaya indefectiblemente la protección al debido proceso afirmando

(...) todo tribunal, puede hacer una adecuada valoración de la prueba, según la regla de la sana crítica, lo cual permitirá a los jueces llegar a la convicción sobre la verdad de los hechos

alegados, tomando en consideración el objeto y fin de la Convención Americana” (Corte IDH, 2004).

Es decir que cualquier elemento material probatorio y evidencia legalmente obtenida debe ser valorada y tratada bajo el in dubio pro reo, pues el fin y objeto de la Convención Americana es el ser humano.

Para la Corte, el debido proceso debe encontrarse al interior de todas las actuaciones judiciales, debido a que con dicha consideración se atiende a la salvaguarda de los derechos fundamentales, previendo con esto que “ para que en un proceso existan verdaderas garantías judiciales, es preciso que en él se observen todos los requisitos que “sirvan para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho”, es decir, las “condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial” (Corte IDH, 2002)

3.3 El Debido Proceso en Colombia

A continuación se hará una breve exposición del derecho humano al debido proceso en nuestro país, concatenando con lo que se establece en el Sistema Interamericano, el cual hace parte del desarrollo del objetivo planteado en el trabajo en torno a la enunciación de las garantías encontradas en el marco internacional de los derechos humanos, así como en el interamericano y posteriormente en nuestro país, por tanto, siguiendo dicha metodología se expondrán los casos más representativos que se introdujeron a través de la jurisprudencia en nuestro país, los cuales demarcan otra mirada al debido proceso que se desprende de la simple legalidad hacia una abstracción que recoge otro tipo de garantías como se verá a continuación.

Aunque todas las constituciones iberoamericanas contienen normas cuyo contenido corresponde a lo que la doctrina denomina debido proceso de ley (19), solamente la Constitución de Colombia invoca de modo expreso el concepto. Dice el artículo 29:

El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio (Constitución Política de Colombia, 1991) .

Todo lo antes decantado tiene su historia y evolución en el derecho, y fue, a partir de las situaciones fácticas precisas que se señalaran a continuación, las que permitieron preestablecer el desarrollo de las garantías que componen el debido proceso, el cual empieza su curso principalmente en materia civil y administrativo, para posteriormente encontrar su desarrollo en ciertos derechos irrenunciables que deben ser protegidos dentro del proceso penal y que es en el campo donde tiene su interés esta investigación.

Evolución jurisprudencial a partir de casos:

- **Caso Humedal:** violación de acceso a la administración de justicia. Humedal de Santa María del Lago. sentencia T-572 de 1994. en el curso de un proceso ejecutivo estaba por rematarse un inmueble al cual irregularmente se había incorporado un humedal, bien, el cual era de uso público, perteneciente al distrito, el cual era, inembargable, inalienable e imprescriptible, el juez que adelantaba el proceso ejecutivo para esa época se negaba a aceptar la intervención del representante de la ciudad. Al estudiar el caso, la Corte Constitucional manifestó que el juez incurrió en una vía de hecho al no permitir la intervención del Distrito.

- **Sentencia T-275 de 1994- fallecimiento de un soldado voluntario:** La madre de un soldado fallecido, ponía en duda la hipótesis que se le suministraba sobre el suicidio como causa

del deceso. En ese planteamiento, la Corte consideró que el acceso a la justicia se materializa en la posibilidad de participar en el proceso penal, en donde se investigue el hecho y obtener la verdad.

- **Sentencia T-320 de 1993, del servicio de la aplicación de justicia:** la Corte determinó que la omisión de un tribunal en dictar la sentencia de reemplazo del laudo que había anulado, constituía una vía de hecho, puesto que dejaba de resolver en derecho la cuestión de fondo que habían suscitado las partes, pues al resolver sólo la petición de nulidad —que favorecía a una parte— significaba ejercer parcialmente la competencia y, además, privar a la otra de obtener un debate probatorio.

- **Sentencia T-204 de 1997, negación de un recurso de apelación:** La Corte Constitucional determinó que un fiscal había incurrido en una vía de hecho al desestimar un recurso de apelación, en razón de que el demandante había manifestado que los argumentos en los que apoyaba el recurso eran los mismos que habían sido alegados en otro escrito que obraba en el expediente.

- **Sentencia SU- 478 de 1997,- hurto de títulos valores-** la Corte Constitucional determinó la existencia de una vía de hecho en la conducta omisiva de un juez y el Tribunal Sala Civil, el cual de manera irrazonable, se negaron a dar curso en un juicio ejecutivo a la solicitud de prejudicialidad penal planteada por el Banco de la República que actuaba como demandado y que pretendía con ello evitar ser condenado a efectuar el pago de los títulos valores por el emitidos—los que fueron sustraídos y falsificados—, los jueces civiles se negaron a suspender el proceso civil, mientras se decidía el proceso penal que versaba sobre la ilícita sustracción y adulteración de los mismos títulos.

Desde un punto de vista Jurisprudencial y Constitucional en el siglo XXI:

Para empezar es menester acotar que el debido proceso es un derecho fundamental (Corte Constitucional. Sentencia C-980, 2010), que se ha definido como “una serie de garantías que tienen por fin sujetar las actuaciones de las autoridades judiciales y administrativas a reglas específicas de orden sustantivo y procedimental, con el fin de proteger los derechos e intereses de las personas en ellas involucrados” (Corte Constitucional. Sentencias T-458, 1994; C-339, 1996; C-1512, 2000; C-383, 2005; C-980, 2010; C-248, 2013; T-440, 2013).

Es desde este punto, que ha sido un concepto en nuestra normatividad vinculado a la raigambre de todo el ordenamiento jurídico, en la medida en que ha sido reconocido desde la consagración constitucional, en el artículo 29 como derecho fundamental que reza lo siguiente: “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”.

En este sentido, constituye la regulación jurídica que de manera previa limita los poderes del Estado y establece las garantías de protección a los derechos de los individuos, de modo que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas a los procedimientos señalados en la ley (Corte Constitucional. Sentencia C-496, 2015), estableciendo de esta manera un marco guía en donde puede moverse el poder punitivo Estatal, delimitando así la hoja de ruta frente a la cual los ciudadanos pueden defenderse frente a cualquier abuso de la autoridad (Corte Constitucional. Sentencias: T-467, 1995; T-238, 1996; T-061, 2002; C-154, 2004; T-039, 1996; T-467, 1995; T-238, 1996; T-061, 2002; C-641, 2002; C-154, 2004).

Por consiguiente, el debido proceso como concepto abstracto, que es la significancia que se le dará a lo largo del texto en nuestro ordenamiento, exige de las autoridades públicas la sujeción de sus actuaciones a los procedimientos previamente establecidos, ajenos a su propio arbitrio y destinados a preservar las garantías sustanciales y procedimentales previstas en la Constitución y en la ley (Corte Constitucional. Sentencia C-641, 2002).

Ahora bien, es importante determinar que este derecho tiene por finalidad fundamental según lo referido por la Corte Constitucional en diversas sentencias:

la defensa y preservación del valor material de la justicia, a través del logro de los fines esenciales del Estado, como la preservación de la convivencia social y la protección de todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades públicas (preámbulo y artículos 1º y 2º de la C.P) (Corte Constitucional. Sentencias C-214, 1994;) C-641, 2002; C-939, 2003; C-980, 2010).

A su vez, el debido proceso busca “asegurar la objetividad en la confrontación de las pretensiones jurídicas” (Corte Constitucional, T-140, 1993), procurando satisfacer los requerimientos y condiciones que han de cumplirse indefectiblemente para garantizar la efectividad del derecho material y la consecución de la justicia (Corte Constitucional, C-271, 2003)

Por tanto, nuestro máximo órgano en materia de interpretación Constitucional ha previsto que el debido proceso como marco de garantías para llevar a cabo un proceso judicial busca efectivizar los derechos tal como se adujo con anterioridad, por ende, más allá del marco de protección de éstos que como se ha previsto en los ítems anteriores es bastante elaborado, la importancia en este informe de tal recuento se presenta en reconocer el marco jurídico de protección que permita visibilizar que se trata de un estandar de garantías que aunque reiterativas para muchos, se encuentra determinante su estudio y visibilización pues a la fecha no se ha logrado un goce efectivo

de dichas garantías en la población imputada por delitos contra la libertad, integridad y formación sexual de niñas, niños o adolescentes en nuestra región como se concluyo en nuestro trabajo de campo.

Es así que el derecho al debido proceso, además de ser un derecho, constituye uno de los pilares de nuestro Estado Social, en la medida en que opera no sólo como una garantía para las libertades ciudadanas, sino como “un contrapeso al poder del Estado” (Corte Constitucional. Sentencias C-331, 2012 y C-034, 2014)- en particular al *ius puniendi* (Corte Constitucional. Sentencias T-416, 1998; C-034, 2014; C-083, 2015).

La anterior concepción, es fundante en la medida en que permite un ejercicio dialógico por parte del procesado con la autoridad que lo investiga y lo juzga, dotandolo de esta manera de una inviolabilidad de ciertos derechos que se sacralizan en la medida en que no pueden ser desconocidos por ningún interviniente procesal.

En ese orden de ideas, la necesidad de racionalizar el ejercicio del poder público y privado hace necesario un proceso que garantice según lo que se ha determinado en el ámbito nacional: **(i)** la definición de los elementos básicos que estructuran cualquier relación jurídica, señalando tanto los supuestos relevantes para reconocer una conducta como jurídicamente significativa, como los efectos (consecuencias o sanciones) que se siguen de su incumplimiento, **(ii)** la identificación de la autoridad que es el tercero imparcial competente para adoptar las decisiones relativas a los desacuerdos que surjan en la relación jurídica, **(iii)** la existencia de medios jurídicos (acciones o recursos) que se puedan emplear en los casos en los que quienes hacen parte de una determinada relación jurídica estiman necesario la intervención de un tercero (la autoridad competente) para resolver las posibles diferencias que se originan en dicha relación jurídica, **(iv)** el conocimiento por parte de todos los interesados, tanto de los elementos que estructuran la relación jurídica que

se establece y sus efectos concretos, como de los remedios jurídicos de los que gozan las partes para proteger sus intereses, y, finalmente, **(v)** el efectivo ejercicio de las herramientas jurídicas con las que el interesado puede adelantar su defensa ante las autoridades o terceros (Corte Constitucional. Sentencia T-945, 2001).

Adicionalmente, debe destacarse que la tutela constitucional de este derecho no se dirige a proteger el riguroso seguimiento de reglas de orden simplemente legal, sino el manejo de reglas procesales para tomar decisiones que puedan justificarse jurídicamente, es decir, hay que ver el debido proceso desde el ámbito constitucional (Corte, T-280, 1998) Tal noción es la más importante en el desarrollo nacional de dicho derecho humano, puesto que tiene asidero en nuestra carta magna y propugna por la protección de las garantías de los sindicados como eje de este informe.

El debido proceso como derecho fundamental de aplicación inmediata (C.P. Art. 85), en concordancia con los artículos 228 y 229 de la Constitución Política y de acuerdo con las disposiciones de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, se expresa a través de principios que regulan el acceso a dicha función pública, entre otros, se destacan los siguientes: la celeridad, publicidad, autonomía, independencia, gratuidad y eficiencia (Corte Constitucional. Sentencias C-217, 1996; C-641, 2002: Sentencia C-154, 2004). Por tanto, es importante para el juez tener en cuenta que esta direccionado por dicho derecho humano que a su vez ensambla una serie de principios que no pueden desconocerse sin menoscabar el ejercicio de función pública y la protección mínima de las garantías de los procesados.

Es también lógico -al ser el proceso penal el medio por el cual se investigan hechos delictivos- que para garantizar el resultado del mismo y su acervo probatorio, se permita establecer algunas restricciones a la libertad del procesado, pero dentro de ciertos límites previamente establecidos

por la ley y teniendo siempre en mente el respeto al derecho a la libertad a partir del principio de presunción de inocencia.

Lo que se antecede con anterioridad, ha justificado que se hayan establecido, para el proceso penal, una serie de garantías más amplias que para otro tipo de procesos en los que, por su propia naturaleza, no le serían aplicables (Rodríguez, s.f.) En tal sentido, se tiene que es determinante la aplicación de las garantías que componen este derecho humano en procesos penales, puesto que está en juego la libertad de las personas como bien supremo en un estado social y Democrático de Derecho.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable, es así que quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se aleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso. Como se ve, el concepto no se agota en el conjunto de principios que la Constitución enuncia expresamente (Wray, 2000)

En el texto colombiano, la exigencia del debido proceso queda expresamente limitada a las actuaciones judiciales y administrativas. Esto no significa que el principio no pueda ser aplicado al contenido de las leyes, en cuanto regulen la actuación de la administración o de los jueces (Wray, 2000).

Por último, se prevé que la Convención Americana desarrolla algunos principios del debido proceso que en ella se anotan o se coligen y que son consecuencia de los sistemas penales y procesales penales actualmente en vigencia. Dichos principios apuntan hacia un “garantismo proteccionista” del ciudadano frente a un poder casi ilimitado y más fuerte que él: el del Estado

que realiza la función de investigar los actos que afectan la normal y armónica convivencia social y que pasarán a ser desarrollados en el acápite que sigue (CIJP, s.f).

Ahora bien, el derecho al debido proceso se encuentra desarrollado en los siguientes postulados, los cuales fueron extraídos de la lectura de Alberto Wray denominada el debido proceso en la Constitución:

1. Las reglas del debido proceso aluden siempre a la forma en que se priva a una persona de un derecho sustantivo o se lo limita.
2. La forma adquiere importancia en cuanto se constituye en instrumento para la protección eficaz de un derecho sustantivo.
3. Como se trata de una garantía funcional, el concepto de debido proceso no puede reducirse a un número predeterminado de reglas fijas, sino que en cada tipo de situación se manifestará de la manera en que las circunstancias lo exijan para garantizar de modo eficaz el respeto al derecho sustantivo.
4. Hay una serie de cualidades o exigencias básicas, a partir de las cuales podría examinarse si una determinada manera de obrar corresponde o no al concepto “debido proceso”, es decir existen unos estigmas.
5. Tal examen puede recaer en las actuaciones de cualquier órgano de poder (Wray, 2000).
6. Implica el acceso a la administración de justicia- tutela judicial efectiva-: el acceso a la justicia; el proceso, como mecanismo obligado, que constituye el médium en el que ordenadamente se ofrece la respuesta del Estado y en el que se articula la actividad de las partes, y la sentencia, que pone fin al proceso (Cifuentes Muñoz, s.f., pág. 276) .

7. Derecho de Defensa, derecho de defensa técnica, favorabilidad penal, derecho a un proceso público sin dilaciones injustificada, derecho a la prueba, derecho a la valoración probatoria, derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho (Wray, 2000).

Presupuestos o principios que rigen el debido proceso en Colombia:

Idoneidad: Existe una relación directa entre los medios y los fines, entre las exigencias formales que se establecen, el derecho que se quiere proteger y la naturaleza de los peligros que lo amenazan (Wray, 2000).

Neutralidad: Es decir, implica una ley o un concepto básico y acordó no a determinada población o grupo sino de contenido general.

Imparcialidad: La persona encargada de dirimir el conflicto o emitir el pronunciamiento no debe tener vínculos con uno de los extremos de la confrontación.

Igualdad: Las situaciones similares, deben recibir el mismo tratamiento. De ahí que, de ordinario, las reglas de procedimiento consten enunciadas en normas de carácter general (Wray, 2000).

Transparencia: Tiene que ver con la posibilidad de conocimiento. Todo interesado debería contar con la posibilidad de informarse no solamente del procedimiento que deberá observarse para que se le pueda privar de su derecho o limitarlo, sino también de las razones o motivos para hacerlo, así como de los fundamentos de hecho que se invocan y de las evidencias presentadas para sustentarlos (Wray, 2000).

Contradicción: La contradicción abarca, entonces, no solamente la posibilidad de enunciar un argumento, sino también la de someter a la evidencia de cargo al contrapeso tanto de la crítica como de otras evidencias que la contradigan o la relativicen (Wray, 2000). Este principio está íntimamente ligado con el de idoneidad.

Evidencia: Significa la demostración razonable de que se han producido los supuestos de hecho exigidos por una norma de carácter general: estos supuestos deben ser probados, no simplemente invocados.

Motivación. La fundamentación de los motivos referentes que sustentan el ejercicio de la autoridad y la decisión adoptada.

3.4 La Detención Preventiva en Colombia

Ahora bien, antes de continuar con el siguiente capítulo en donde se realizará el estudio de esta figura procesal penal a los casos que sirvieron de muestra para el presente informe, por tanto, se conceptualizará y explicará brevemente en qué consiste la Detención Preventiva en nuestro país desde el enfoque de derechos humanos que se ha privilegiado en el desarrollo del mismo.

En la ley 906 de 2004 se ha establecido la preponderancia del principio de la libertad personal que ha sido baluarte Constitucional en los fundamentos Constitucionales del Proceso Penal Colombiano, es así que en la sentencia C 879 del 2011, la Honorable Corte Constitucional afirma que la libertad, adquiere la connotación no sólo de principio sino es un valor y un derecho en sí mismo. En tal sentido, se prevé que la regla general siempre será la libertad en todos los procesos penales y la detención preventiva actúa de manera excepcional en ciertos casos bajo unas reglas estrictas que prevé el Código Procesal Penal.

Aunado a lo anterior, es necesario traer a colación lo dispuesto en el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la prisión preventiva en las Américas en donde dicho órgano interamericano prevé que es determinante tener en cuenta en la aplicación de este instituto tanto el derecho a la presunción de inocencia como el principio de excepcionalidad de la prisión

preventiva, en el primero se exige siempre la determinación de la responsabilidad penal por un tribunal lo que ha llevado a establecer en el informe citado lo siguiente “esa presunción de inocencia es la que ha llevado al derecho penal moderno a imponer como regla general, que toda persona sometida a proceso penal debe ser juzgada en libertad y que es sólo por vía de excepción que se puede privar al procesado de la libertad” (CIDH, 2013).

Desde lo anterior, es preciso partir de la premisa base que la detención preventiva sólo tiene un carácter cautelar en el proceso y no es una sanción en si misma, afirmación sustentada en el informe sobre la prisión preventiva en las Americas de la CIDH, por tanto, sólo procede de manera excepcional, en tal sentido, procederé a explicar los requisitos a observar para poder peticionarse en nuestro país una medida de aseguramiento y que deben ser valorados por parte del Juez de Control de Garantías al momento de su imposición.

Es así que teniendo en cuenta lo preceptado en la Directiva 13 del 28 de Julio de 2016 emitida por la Fiscalía General de la Nación que establece en primera medida que la normatividad procesal penal debe interpretarse de conformidad con el principio pro homine et libertatis, es así que en la detención preventiva se aduce en dicha directiva que no basta que se cumplan los requisitos legales, debe antes de peticionar la medida un fiscal evaluar si se cumplen las finalidades constitucionales de ésta, establecidas en el artículo 250 numeral 1 de la Constitución como en el artículo 308 de la ley 906 de 2004 que aduce que el juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos:

- a) Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.
- b) Que el imputado constituya un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.
- c) Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.

De la misma manera en el artículo 308 de la ley 906 de 2004

Asimismo en tal preceptiva emitida por la Fiscalía General de la Nación se establece lo consiguiente: “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, el cual debe contener un análisis pormenorizado que debe tener las siguientes etapas, primero el fiscal, juez y defensor debe preguntarse por el fin constitucional perseguido, segundo punto es verificar que la medida sea idónea para alcanzar el objetivo, es decir, si tal restricción de la libertad se convierte en útil y adecuada para el objetivo antes determinado, tercero se debe evaluar la necesidad de la medida dentro de lo cual es necesario verificar si existe una menos lesiva, gravosa e invasiva de los derechos del imputado y por último si es proporcional en sentido estricto frente al objetivo constitucionalmente legítimo sobre el cual se centre la argumentación.

Teniendo que el test de proporcionalidad antes referenciado debe estar soportado sobre los lineamientos que rigen las medidas de detención preventiva en nuestro país establecidos por la Honorables Corte Constitucional y que avizora que las medidas de detención preventiva son cautelares, preventivas y temporales.

4. La Detención Preventiva en Delitos Sexuales del Circuito Judicial de Bucaramanga:

Presentación de Casos

4.1 Introducción: Proceso Penal Colombiano

Fases del Proceso Penal Colombiano.

Ahora bien, antes de empezar a presentar los casos determinado como muestra en el trabajo de campo de esta investigación y con el fin de orientar al lector frente a como está previsto procesalmente la estructura del proceso penal en nuestro país a partir de la ley 906 de 2004, se hace necesario recordar la mentada estructura, principios y fases del proceso penal colombiano (sistema penal acusatorio), ya que se analizará bajo dicho rasero los tres casos objeto de estudio en la segunda parte de este capítulo.

Aunado a ello, se hará una sucinta acotación a cómo debería presentarse el desarrollo desde las garantías que se han enunciado en los capítulos precedentes, sobre todo en las establecidas por el Sistema Interamericano y que han sido retomadas en el debido proceso en materia penal en nuestro país.

El desarrollo de este apartado, encuentra sustento en que en el protocolo propuesto para los encausados por delitos contra la libertad, integridad y formación sexual de infantes y adolescentes, se establece que las diferentes etapas serán las mismas del proceso penal colombiano, para lo cual aunque se debe denotar desde ya que el protocolo no está orientado a la totalidad de dichas fases procesales, sino tendrá su centro de atención en la indagación e investigación, sin embargo, se referenciarán estas someramente a efectos de ubicar al lector en el tema.

Para empezar, es menester anotar que la Ley 906 de 2004 atendió a una nueva lógica constitucional como se adujo con anterioridad, en donde se busco propender a establecer una mayor protección de las garantías de los encausados, tal como lo establece la sentencia C 591 del 2005

la Ley 906 de 2004, con acento en la garantía de los derechos fundamentales del inculpado, para la definición de la verdad y la realización efectiva de la justicia, teniendo presentes los derechos de las víctimas. Se estructuró un nuevo modelo de tal manera, que toda afectación de los derechos fundamentales del investigado por la actividad de la Fiscalía, queda decidida en sede jurisdiccional, pues un funcionario judicial debe autorizarla o convalidarla en el marco de las garantías constitucionales (Corte Constitucional. Sentencia C-591, 2005).

En tal sentido, la Ley 906 de 2004, establece dos etapas procesales, la investigación y el juicio; mientras la indagación es considerada una etapa pre-procesal.

En tal sentido, se tiene que “la fase de indagación comienza con la noticia criminal y termina con la formulación de la imputación, con la que se da lugar a la investigación propiamente tal, la que concluye a su vez con la presentación del escrito de acusación, que da inicio a la etapa de juicio, misma que termina con la ejecutoria de la sentencia que pone fin al proceso” (Avella Franco, 2007, pág. 61).

En lo que refiere a la indagación, tal como se ha previsto está determinada por la Fiscalía General de la Nación como actor principal de dicha etapa, pues le corresponde investigar todos los hechos que revisten las características de delito, tal etapa la realiza apoyada en las autoridades de Policía Judicial.

Sin embargo, está que, frente a la indagación, tal como lo prevé el doctor Avella Franco “(...) la fase de indagación es reservada y se caracteriza por una alta incertidumbre probatoria, despejada apenas por los datos que arroja la notitia criminis (Avella Franco, 2007, pág. 62).

Por tanto, y descendiendo dicho concepto al desarrollo de la aplicación del protocolo base de las garantías que componen el debido proceso orientado a las fases de indagación e investigación, las cuales como actualmente se conciben no atienden directamente a proteger insoslayablemente las garantías del derecho humano del debido proceso como se sustentará más adelante en el desarrollo del protocolo y en el empleo del protocolo en el tamizaje de los casos seleccionados como muestra.

Pues como se adujo anteriormente la reserva y la alta incertidumbre probatoria no permite un desarrollo del derecho de defensa, así como de los derechos del procedimiento que prevén las diferentes reglas en materia probatoria, puesto que la persona encausada está conducida a un litigio del cual no se parte de reglas claras y fijas, ni se delimita el ámbito fáctico, jurídico y probatorio frente al cual el encausado debe fijar todos sus esfuerzos defensivos.

Asimismo, se tiene que en la actualidad no parece tenerse un límite claro de la duración de la fase de investigación según lo consiguiente:

(...) la duración de la indagación estará determinada, en primer orden, por la consecución de elementos materiales de prueba, evidencia física o información legalmente obtenida, que permitan edificar inferencia en nivel de motivos razonablemente fundados respecto de la existencia de la conducta punible como de la autoría y participación, estadio en el cual lo procedente es la formulación de la imputación, en los términos de los artículos 287 y 288 de la Ley 906 de 2004. Por el contrario, si la gestión de indagación no arroja el aludido nivel de persuasión, la misma podrá prolongarse hasta que se verifique el vencimiento del término de

prescripción de la acción penal, toda vez que a diferencia de lo que ocurre con la fase de investigación, el legislador procesal penal no indicó un término concreto para la fase de indagación (Avella Franco, 2007).

La referida situación, es a todas luces incongruente con las garantías mismas del acusado, puesto que no es posible desde el Sistema Interamericano como se desarrolló en el tercer capítulo, tener tiempo indeterminados frente a un proceso penal, pues se estarían configurando dilaciones injustificadas que irían en contravía del criterio orientador del plazo razonable, el cual conlleva a la violación directa del debido proceso legal.

En esta etapa de indagación, en donde se centró este acápite por ser la previa al inicio de las audiencias preliminares, se tiene que se ha señalado lo consecuente frente a la mentada etapa:

se trata de una fase pre procesal y reservada. Lo primero en tanto que solo a partir de la formulación de la imputación se integra el contradictorio, en la medida en que desde ese momento se activa la defensa como sujeto procesal (art. 290) (...) (Avella Franco, 2007).

No obstante, se tiene que no debería el proceso penal sustentado en las garantías del Sistema Interamericano encontrar ningún tipo de restricción en las etapas procesales, máxime en el inicio de la indagación y en el trascurso de esta que como se ha mencionado podría ser indeterminada en ciertos casos, lo cual termina por soslayar una desventaja entre la defensa y la fiscalía afectando directamente al procesado.

Asimismo, tal como lo ha concretizado la Fiscalía General de la Nación en sus manuales, la fase de investigación “es reservada bajo el entendimiento de que en esta fase no existen pruebas y se trata en realidad de un espacio de verificación de información tendiente a establecer si los hechos materia de averiguación” (Avella Franco, 2007, pág. 65) “constituyen conducta punible y

si es así, individualizar o identificar a sus probables autores o partícipes” (Fiscalía General de la Nación, 2007).

La anterior premisa no es admisible dentro de la propuesta de garantías que trae consigo la Corte Interamericana, pues el ciudadano enfrentado a un proceso penal debería tener el derecho mínimo de conocer cómo y porque está siendo investigado y empezar desde esta fase temprana como se adujo con anterioridad a trazar su teoría del caso, pues en el deber ser de las cosas en el marco del Sistema Interamericano, se tiene que si se prevé realizar una investigación tendría que notificarse al directamente interesado y poder dotársele de todos los derechos básicos que conforman el debido proceso en abstracto para que posteriormente no se encuentre sorprendido frente a las imputaciones realizadas por el ente fiscal y no cuente con el tiempo suficiente para poder constarrearlas en el marco de la audiencias preliminares tales como la legalización de captura, formulación de imputación e imposición de una medida de aseguramiento.

En consonancia con lo anterior, tenemos que posterior, a esta etapa la Fiscalía al término de la investigación entraría a formular la imputación cuando de los resultados de la indagación pueda inferir razonablemente la existencia del delito y que el indiciado es su autor o partícipe tal como lo prevé el Código Procesal Penal.

A diferencia de otros países el proceso penal en Colombia admite la figura de la declaratoria de ausencia, la cual tiene lugar cuando no ha sido posible ubicar al requerido y su trámite es el previsto en el artículo 127 de la Ley 906 de 2004, así como la figura procesal de la contumacia, la cual se refiere a la reticencia del ciudadano a comparecer al proceso no obstante haber sido citado, caso en el cual el fiscal solicitará al juez de control de garantías que así le declare y procederá con la formulación de la imputación (Congreso de la República de Colombia. Ley 906, 2004, art. 291)

Las figuras procesales anotadas con anterioridad conllevan a poder enfrentar la etapa del juicio oral sin la presencia del procesado, situación que no debería poder llevarse a cabo desde la lógica de la protección de las garantías del procesado, puesto que se partiría de la premisa de un Sistema ineficiente en materia de labores investigativas, al cual no le es posible ubicar al encausado o realizar las labores tendientes para hacerlo comparecer al proceso, violando directamente la defensa material del mismo.

Ahora bien, en cuanto a la fase de investigación, se da apertura con la formulación de la imputación y se extiende hasta la presentación del escrito de acusación ante el juez de conocimiento, como se adujo con anterioridad y según lo prevé el artículo 175 del Código de Procedimiento Penal, en donde se afirma que el término de esta etapa es limitado y perentorio, anotando una serie de tiempos que en la práctica judicial no se cumplen en la mayoría de las veces y que son más estrictos para los procesos en los cuales hay personas detenidas, sin embargo, no en una regla general el cumplimiento de dichos términos como se pudo prever en el trabajo de campo realizado en esta investigación.

En algunos casos, antes de formular la imputación cuando el encausado ha sido detenido en flagrancia o por medio de orden que emana del juez, se adelanta la audiencia de legalización de captura, en donde se verifica por parte del juez de control de garantías, primeramente que no ha transcurrido un lapso mayor de 36 horas desde la aprehensión material del procesado y su presentación ante dicho juez, pues, la normativa establece que debe ser presentado ante el Juez de Control de Garantías a mas tardar dentro de las 36 horas siguiente a su aprehensión, donde posterior al control de legalidad ejercido por el fiscal, debe verificarse por el juez si el presunto delito comporta medida de aseguramiento y en rasgos generales la legitimidad de la captura y el respeto de los derechos del capturado.

Frente a la imputación, se tiene que el imputado “tiene derecho al ejercicio de todas las garantías establecidas en la Constitución y en los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad” (Congreso de la República de Colombia. Ley 906, 2004, art. 3). Es así que el anterior silogismo es clave a la hora del desarrollo de la presente investigación, puesto que desde dicha consagración se pretende realizar en el capítulo cinco la aplicación del protocolo que establece las garantías a los diferentes casos que en el trabajo de campo tiene un eje posterior a la imputación y en específico en la audiencia de imposición de medida de aseguramiento.

En este punto, es preciso manifestar que para la mayoría de los tratadistas y en específico para el doctor Avella Franco, es a partir de esta audiencia en donde se activa el derecho de defensa, situación que como se ha reiterado estaría en contravía de las consagración de la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana al respecto, en esta etapa el procesado puede allanarse a los cargos, es decir aceptar la imputación fáctica y jurídica realizada por el ente fiscal o pre acordar con la fiscalía.

Ulteriormente, si es el caso se realizará una audiencia de imposición de medida de aseguramiento en donde luego de escuchar los argumentos de las partes en pro de la idoneidad, necesidad y cumplimiento de los requisitos previstos en los artículos 306, 307, 308, 311, 313 del CPP entre otros, al juez de control de garantías le corresponde revisar si hay mérito en el caso en específico para imponer una medida de aseguramiento al imputado.

Es importante aclarar que frente a las audiencias que conforman la etapa del juicio oral solo se hará una enunciación breve y rápida de lo esencial sin consideraciones al respecto de las garantías del debido proceso, pues sólo tiene el propósito de ubicar al lector en el paso a paso que sigue el proceso penal.

Ahora bien, se tiene que como se anotó precedentemente, el juicio se inicia con la presentación del escrito de acusación en el cual se precisa la identificación del procesado y se expone de manera sucinta y clara los hechos jurídicamente relevantes, relaciona los bienes y recursos afectados con fines de comiso, indica los datos de identificación y ubicación de la defensa, finalmente, enuncia los elementos materiales probatorios (Avella Franco, 2007).

Continuando con el desarrollo del proceso se prevé la audiencia preparatoria en donde la defensa realiza el descubrimiento probatorio, asimismo, tanto la defensa como la fiscalía efectúan las solicitudes probatorias argumentando en pro de la admisibilidad, pertinencia y conducencia de estas y por último el juez realiza el respectivo decreto probatorio.

Subsiguientemente, en la audiencia de juicio oral se procede a la práctica probatoria según lo decretado en la audiencia preparatoria, finalmente una vez concluida dicha práctica, el juez dará el sentido de fallo y emitirá la correspondiente sentencia.

Finalmente, se adelanta por parte de la víctima en caso de así lo solicite el incidente de reparación integral cuando exista sentencia condenatoria en pro a obtener la reparación de los perjuicios ocasionados con el punible que podrá ser no sólo una indemnización sino de cualquier tipo.

En este punto, luego de realizar la exposición somera del marco de desarrollo del proceso penal se entrará a abordar de manera general los tres casos seleccionados como muestra, para posteriormente realizar la aplicación del protocolo en cada uno de estos, para poder examinar si se cumplió o no la consagración del debido proceso como derecho humano en cada uno de los procesos objeto de muestra.

4.2 Primer Caso del Circuito Judicial de Bucaramanga “CASO A”.

La situación fáctica del primer caso que se entrará a analizar, se sintetiza en la denuncia penal instaurada por la progenitora de la víctima, la cual aconteció el 30 de junio del 2015, cuando su hija de 13 años le reveló que no era virgen, tras llevarla a cita médica por la sospecha de un posible embarazo. Del relato que se hizo, se precisó que todo comenzó en una sala de Internet del barrio Dangond, allí conoció a otra menor- A.P.D.V-, de la cual se hizo amiga y un viernes del mes de enero del 2015, le aceptó una invitación a salir, donde hubo ingesta de licor y sustancias psicoactivas, luego de lo cual, fue llevada por su amiga a donde el señor E.B.G., quien residía en otro barrio cercano al de donde residían las menores, aduciendo que era un amigo y donde ella le sugirió que tuvieran sexo con él a cambio de dinero, pues según su amiga, el señor E.B.G. le pagaría por su virginidad, para lo cual la animó, decidiendo esta amiga tener sexo con el más adelante acusado, en su presencia; luego de lo cual la vio recibir dinero, por tanto, presuntamente dicha situación la llevo a acceder y termino desnudándose para terminar siendo penetrada vaginalmente por E.B.G.

Aparentemente, el victimario E.B.G., continuó buscando a la menor, bajo el argumento de que ella era una mujer fea y que necesitaba de él, para mejorar su apariencia física, por lo que, bajo estas promesas, la menor decidió ir por su cuenta a la casa de E.B.G, pues a cambio de sostener relaciones sexuales, él le daba ropa, dinero y otros objetos, los cuales le permitirían a la menor “mejorar su aspecto” escenario que se repitió hasta finales del 2015.

En cuanto a las etapas del proceso penal:

Tras la denuncia y vinculación formal al proceso, en la audiencia de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, llevada a cabo ante el

Juzgado Tercero Penal Municipal con función de control de garantías el 31 de octubre de 2015, por la Fiscalía Cuarta de Caivas, quien formuló imputación en contra de E.B.G. en calidad de autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años previsto en el artículo 208 del Código Penal y posteriormente ante requerimiento del juez, se realizó una corrección del tipo penal imputado, siendo modificado por el punible de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años de edad en concurso homogéneo y sucesivo y con circunstancias de menor punibilidad, contemplado en el artículo 217A del Código de Procedimiento Penal, adicionado por la Ley 1329 del 2009.

El proceso penal fue asignado para su estudio y competencia al Juzgado Sexto Penal del Circuito con Funciones en Conocimiento de la ciudad de Bucaramanga, judicatura en la que el día 15 de enero de 2016 se llevó a cabo audiencia de formulación de acusación, conforme a los móviles narrados en precedencia y en donde el indiciado no aceptó los cargos por los cuales estaba siendo acusado.

El 06 de junio del 2016, se constituyó en audiencia preparatoria y se procedió entonces por el Despacho cognoscente a indagar en primer término con la defensa, si el descubrimiento probatorio que le hiciere la fiscalía había sido completo, posteriormente, cada una de las partes- Defensa y Fiscalía- realiza sus solicitudes probatorias, el Juez, mediante auto decretó las pruebas solicitadas en su totalidad por cada una de las partes, por tanto, dicha decisión quedo en firme.

El miércoles 22 de abril del año 2017 siendo las 3:09 de la tarde, se dio apertura a la última etapa de la investigación penal, la cual corresponde a la audiencia de juicio oral; por tanto, las partes procedieron a presentar las estipulaciones probatorias- *lo cual se define como la delimitación de los hechos de la investigación en los cuales se está de acuerdo y/o no son materia de debate-*, en esa etapa, la defensa solicitó la suspensión de la audiencia debido a que sostuvo

conversaciones con su prohijado, quien manifestó su interés en realizar una negociación con el ente acusador.

El día 19 de octubre de 2017, se reanuda la audiencia de juicio oral y se informó al despacho sobre los parámetros del preacuerdo, para que se estudiara por parte del Juzgado la viabilidad de su aprobación.

El aludido preacuerdo consistió en: i) Mínimo y Máximo de la pena: El delito que nos ocupa, (*explotación sexual comercial de persona menor de 18 años*), el cual tiene una pena prevista de 14 a 25 años; en ese ámbito de movilidad se rigió la Fiscalía, y teniendo en cuenta que la pena mínima se sitúa en 14 años y la máxima son 25, ii) Circunstancias de menor punibilidad: bajo la carencia de antecedentes penales por parte del acusado, se partió del mínimo de la pena, respecto a la pena a imponer, debe tenerse en cuenta que no tendría ningún tipo de rebaja, toda vez, que es un delito contra integridad y libertad de una menor de edad, donde las rebajas de pena en preacuerdos están totalmente prohibidas en virtud del artículo 199 de la ley del Código de Infancia y Adolescencia. iii) Estudio del concurso homogéneo: la circunstancia denominada como “concurso homogéneo”- *el cual implica la reiteración de la conducta en el tiempo*-, por tanto, se le aumentaría dos meses más a la pena a imponer. Bajo estas premisas, se tiene que las partes acordaron como pena a imponer la correspondiente a 14 años y dos meses.

Es menester recordar al lector, en este punto, tal como lo expreso la judicatura que la figura del preacuerdo, consiste en una forma anormal de dar por terminado un proceso penal, lo cual implica por parte del indiciado una aceptación de responsabilidad en el delito, en este caso; significa también una renuncia a unos derechos que el indiciado tiene, tales como: auto-incriminarse, desarrollo de un juicio oral, público y concentrado, y al preacordarse, no se desarrollaría tal etapa, por ende no se ventilarían y debatirían pruebas, todo ello, dado a que el

acusado en este caso estaría aceptando su responsabilidad penal, lo que denota, la renuncia a guardar silencio, con la consecuencia directa de que se dicte en su contra una sentencia de carácter condenatoria. De esta manera y bajo tal análisis se estableció por parte de la juez asignada al caso que no se le han vulnerado ni los derechos ni las garantías fundamentales al indiciado, por su parte, tanto el Ministerio Público y el defensor público avalan el preacuerdo.

Finalmente, el Juzgado encargado del asunto, se constituyó en audiencia pública de lectura de fallo, la cual se llevó a cabo el día 23 de octubre del año 2017, procediendo a dar lectura de la sentencia en los siguientes términos; rememorando que el Juzgado Sexto Penal del Circuito con función de conocimiento de Bucaramanga, a los 19 días del mes de octubre del año 2017 decidió aprobar el preacuerdo realizado en el presente proceso, empezando por narrar los hechos tal y como fueron consignados en el escrito de acusación de la denuncia instaurada por la madre de la menor y en relación con la dosimetría penal, se tiene que en el preacuerdo se pactó la pena de catorce años dos meses de prisión, la que resulta viable como quiera que fuese dentro de los límites permitidos.

Por tanto, se condena al señor E.B.G. como autor, a título de dolo, de la conducta punible de demanda por explotación sexual, comercial de persona menor de 18 años de edad, en concurso homogéneo y sucesivo imponiendo una pena de 14 años y dos meses de prisión en calidad de autor a título de dolo del delito ya referido, se le impuso la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un mismo lapso al de la pena principal y en relación con los subrogados penales, se tuvo que, por expresa prohibición legal, exactamente por lo consignado en el artículo 199 de la Ley 1098 del 2006, se prohíbe la concepción de cualquier beneficio por tratarse de delitos contra el bien jurídico de la libertad, formación integridad sexual, aduciendo la juez de instancia que resulta ser un imperativo que no puede desconocerse.

En ese orden de ideas, se ordenó que el sentenciado continúe privado de la libertad en el establecimiento penitenciario y carcelario que designará el gobierno nacional a través del Instituto Penitenciario y Carcelario- Inpec- hasta el cumplimiento de la pena.

4.3 Segundo Caso del Circuito Judicial de Bucaramanga “CASO B”.

El día 03 de febrero del año 2012 ante el Juzgado Noveno Penal Municipal con funciones de control de garantías se llevó a cabo audiencia de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento por el delito de acoso sexual contemplado en el artículo 210A, agravado por el artículo 211 numeral 4, en razón la edad de la víctima, quien para la época de los hechos tenía 11 años, la situación fáctica imputada es referida por el ente fiscal, quien manifiesta que el día 9 de septiembre a las 7:00 de la mañana en la vía pública peatonal del barrio Nuevo Girón del Municipio de Girón Santander, exactamente en la tienda contigua a la casa de la menor en el sector 5 de la manzana B el acusado le manifiesta las siguientes palabras: *“venga mamita que eso es rico, esto no le duele, no me tenga miedo”*, por tanto la menor sale corriendo inmediatamente del lugar, dando aviso a su progenitora, quien comunica la situación inmediatamente a las autoridades del CAI ubicado a la entrada de dicho barrio.

En cuanto a las etapas del proceso penal:

El día 9 de mayo del año 2013, y tras designación para su correspondiente conocimiento, se llevó a cabo en el Juzgado Primero Penal del Circuito de Bucaramanga la audiencia de formulación de acusación con la asistencia de los diferentes sujetos procesales, contra G.V. R. por el delito acoso sexual agravado, por ser la víctima una menor de 14 años, la Juez Primera Penal del Circuito Bucaramanga aduce que inicialmente se había radicado el escrito de acusación, no

obstante, asevera que en el presente proceso se manifestó antes de iniciar la audiencia por parte del defensor que realizaría una solicitud de preclusión, por tanto, se cambia el sentido de la audiencia para diligencia de preclusión, sin embargo, el defensor solicita aplazamiento para preparar y sustentar la referida solicitud.

El 31 de enero del año 2014, luego de varias peticiones de aplazamiento por diferentes motivos, entre esos cambio de defensores, se procede a reanudar la diligencia dentro del presente caso en donde se procedería a sustentar la preclusión por parte del defensor del señor G.V.R ante el Juzgado Primero Penal del Circuito Bucaramanga, sin embargo, se presenta otro nuevo defensor quien manifiesta que no se continuará con la solicitud de preclusión porque estuvo en conversaciones con el procesado, quien manifestó que es su deseo allanarse a los cargos en el presente caso.

En este proceso, se dio la figura del allanamiento, la cual corresponde a una forma anormal de terminar el proceso, en donde el acusado renuncia a los derechos de no auto-incriminarse, al desarrollo de un juicio oral, público y concentrado, denotando su aceptación en la responsabilidad penal y con un consecuente fallo condenatorio en su contra.

En tal sentido, la juez instala la audiencia y procede a preguntarle al señor G.V.R. si es su deseo allanarse a lo cargos como previamente adujo el defensor a lo cual manifiesta que sí, por tanto, la juez procede a evaluar que se trate de una decisión libre, consciente, voluntaria así como a estar informado que la consecuencia será la emisión de una sentencia condenatoria, asimismo, la Juez, procede a indagar y verificar si, efectivamente el procesado es consciente, de estar “en sus cinco sentidos” y con plena lucidez, que no haya tomado ningún medicamento, que no le permita comprender la implicación de su allanamiento, rectificar que haya sido debidamente asesorado por su abogado, preguntándole expresamente: ¿si la entendió?, ¿si comprende la consecuencia?

Por último, le pregunta si acepta los cargos por el delito de acoso sexual agravado por tratarse de una menor de catorce años, a lo cual el procesado le manifiesta que sí.

Por su parte, el Ministerio Público en su intervención realiza un pronunciamiento en el sentido de que en el presente caso no procede la concesión de subrogados- “son medidas sustitutivas de la pena de prisión y arresto, que se conceden a los individuos que han sido condenados (Corte Constitucional. Sentencia C-679, 1998), en sus aristas de la suspensión condicional de la ejecución de la pena prevista en el artículo 63 del Código Penal y la prisión domiciliaria consagrada en el artículo 38 del mismo estatuto, por prohibición expresa del artículo 199 del Código de Infancia y Adolescencia, no es posible otorgar este tipo de beneficios a delitos como el que se está investigando, debido a que afectan la libertad, integridad y formación sexual en menores de edad, manifestando que el derecho de los niños prevalecen sobre los demás.

Frente a tales peticiones, la defensa no realiza pronunciamiento alguno, sólo pide que se tenga en cuenta que el encausado carece de antecedentes penales, exalta que el imputado cuenta con un arraigo, asimismo, que antes de su captura se desempeñaba como mecánico teniendo un taller de su propiedad en donde ejerce dicha labor, lo cual conlleva a ser una persona que no presenta un riesgo latente o peligro para la sociedad.

Por último, se tiene que, ante todas las preguntas realizadas al procesado, éste contesta positivamente, asimismo, tanto el Ministerio Público, como la Fiscalía, la víctima y la defensa no encuentran reparos frente al allanamiento, por ende, se procede a suspender la audiencia por el lapso de 15 minutos y en la reanudación la juez lee el fallo correspondiente que se expondrá a continuación.

Debe a su vez señalarse, que el indiciado, por los hechos, la tipificación del delito, la pena a imponer, las circunstancias de agravación y la modalidad de negociación a la cual se estaba sometiendo a una pena a imponer se movía entre los 16 meses y 54 meses.

En ese sentido, el Juzgado Primero Penal del Circuito con función de conocimiento Bucaramanga emite sentencia por el delito de acoso sexual agravado, refiriendo los mismos hechos relatados en la audiencia de formulación de imputación, por tanto la juez hace referencia que en el presente caso no opera ninguna rebaja por tratarse de un delito contra una infante en virtud de lo previsto en el artículo 199 del C.I.A, sin embargo, parte del mínimo por la carencia de antecedentes penales del acusado imponiéndole una pena de dos años de prisión intramural- *es decir en centro de reclusión*- por tratarse de una conducta agravada y cometida contra una menor de edad, quedando ejecutoriada la sentencia ante la no interposición de los recursos por las partes.

4.4 Tercer Caso del Circuito Judicial de Bucaramanga “CASO C”.

La situación fáctica la describe el representante del ente fiscal con base en los hechos que se denunciaron por parte de la madre de la menor L.M.M.F., quien asevera que el 01 de septiembre del año 2010 al arribar a su casa, encuentra a su hija llorando, la cual le manifiesta que su padre le pego al preguntarle cual era el motivo, le dice que porque ella le dijo que iba a comentar la situación ocurrida, por tanto, manifiesta haber sido objeto de tocamientos en sus partes íntimas por parte de su progenitor en su casa ubicada en el barrio la Cumbre en donde vivían junto a su madre y cuatros hermanos menores, dicha situación aduce se venía presentando aproximadamente seis meses atrás, la madre inmediatamente da aviso a la policía quien lo procede a capturar a su cónyuge en

inmediaciones de su casa y lo conduce inmediatamente a la Fiscalía, la cual le imputa el delito acto sexual con menor de catorce años previsto en el artículo 209 del Código Penal Colombiano.

En cuanto a las etapas del proceso penal:

Por tales circunstancias, el padre de la menor, fue capturado en situación de flagrancia el día 2 de septiembre de 2010 ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Floridablanca se lleva a cabo audiencia preliminar de legalización de captura, formulación de imputación y fue cobijado con detención intramural por solicitud que hace la Fiscal CAIVAS asignada al caso en contra el señor P.P.M.A. por la conducta punible de acto sexual con menor de catorce años.

Posteriormente se acusa ante el Juzgado Cuarto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento al señor C.H.A., por el pluricitado delito, con menor de catorce años, asimismo, se desarrolla la audiencia preparatoria en la cual se concedieron las solicitudes probatorias de las dos partes, frente a lo cual, se debe resaltar que no se tuvo en cuenta dos testimonios de la fiscalía- de una tía y una vecina de la menor- el argumento fue que iban a declarar acerca de lo que la menor les contó, por lo que no era necesaria su comparecencia a juicio por tratarse de testigo de oídas, dicho auto no fue apelado por las partes.

El día 05 de abril del 2016 en el desarrollo del juicio oral, transcurrido aproximadamente seis años de la ocurrencia de los hechos se instaló la audiencia de juicio oral, por su parte, la Fiscalía luego de múltiples aplazamiento en tal sentido, manifiesta que al no lograr la comparecencia de la víctima, solicita se admitiese como prueba de referencia, la entrevista rendida por la menor, no obstante el juez no accede aduciendo que según el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal, señala que únicamente es admisible la prueba de referencia cuando el declarante manifieste bajo la gravedad del juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación que por supuesto no es este el caso, tampoco es el caso aplicable

al fallecimiento del deponente, aunado a ello, manifiesta que quedaría revisar si se trata de una víctima de un delito de secuestro desaparición forzada o evento similar y el numeral que fue adicionada por el artículo 3 ley 1652 del 2013 cuando la víctima es menor de 18 años y víctima de delitos contra la libertad integridad y formación sexual tipificados en el título cuarto del Código Penal.

En el mismo sentido, el señor juez afirma que han transcurrido más de cinco años y no han podido ubicar la víctima, quien a su vez, es un testigo directo, sin que la Fiscalía haya hecho una labor concreta y acuciosa para encontrarla como se pudo extraer de las diligencias, por tanto al no cumplirse ninguna de las causales previstas en el artículo 438 ni las expresadas por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, no le queda camino al despacho diferente a denegar la petición elevada por la Fiscalía y no admitir que esta entrevista sea incorporada al juicio a través de otra testigo, pues para la fecha la víctima ya cuenta con la mayoría de edad.

En este punto el juez reitera que el hecho de que los testigos concurren directamente al juicio, tiene una gran trascendencia constitucional y legal, teniendo asidero en el amparo al debido proceso y al derecho de contradicción, porque no es lo mismo interrogar a un tercero que interrogar a la persona que puede denotar directamente lo ocurrido y relatar sobre ello.

Así también hizo ver que en este caso la Fiscalía no ha realizado las labores investigativas para soportar su teoría del caso, pues en este proceso se admitió que por fungibilidad a otra perito que no entrevistó a la menor, ya que la testigo que la entrevisto tampoco fue localizada y su nombre no figuraba en la base de datos de la entidad en donde se llevó a cabo la entrevista, sin embargo, dicha perito no puede responder por algo diferente a lo que consta en el papel como efectivamente sucedió, por tanto, llama la atención al juzgador de esta instancia que la Fiscalía pretenda que se acepte la entrevista como prueba de referencia, pues es el debido proceso y la posibilidad de que

la contraparte controvierta al testigo la que está en juego, por tanto, se niega la solicitud de que sea incorporada la entrevista a la que ha hecho referencia la Fiscalía y se suspendió la diligencia por última vez con el fin de que se trajera a juicio a declarar a la menor.

En la siguiente audiencia de continuación de juicio oral realizada el 03 de agosto de 2016, la fiscalía manifiesta que libró una misión de trabajo en donde el investigador se trasladó una vez más a la dirección de la menor víctima sin encontrarla. Indagó y le manifestaron que ellos se habían mudado hacía aproximadamente tres años y que no tenían razón de su paradero, por tanto, se procedió a buscar en las bases de datos y tampoco se obtuvo respuesta, consecuente con ello, manifiesta que renuncia a dicho testimonio y que con ello termina su práctica probatoria.

Por su parte, la defensa manifiesta que debido a que, al señor imputado y padre de la menor, previamente en audiencia preliminar ante los juzgados de garantías ya se le había revocado la medida de detención preventiva por su petición- lo cual aconteció después de 5 años de debate penal- en la última dirección reportada ante el INPEC, no pudo ubicársele por tanto no le es posible practicar el testimonio de su prohijado que había sido peticionado en la audiencia preparatoria, por tanto renuncia a las demás pruebas solicitadas y con esto concluye su práctica probatoria.

La Fiscalía, en sus alegaciones finales, solicita se emita fallo condenatorio en el presente caso, con base en el testimonio de la perito que compareció, quien pudo determinar que según lo consignado en la entrevista se puede extraer la ocurrencia de los hechos en la situación relatada por la menor y que pese a que se realizaron todos los esfuerzos no se pudo ubicar a la víctima, sin embargo, no es óbice para que el juez no dicte una sentencia condenatoria en este asunto, pues la perito referencio ante este estrado que la versión era consonante y congruente con una menor de su edad y que puede tenerse como creíble la versión

Por su parte, la defensa en sus alegatos solicita la absolución en el presente caso, pues manifiesta que no es posible en nuestra legislación condenar con base a prueba de referencia- *hace alusión al* testimonio directo de la víctima de los hechos realizado por fuera del juicio oral, la cual es utilizada para excluir uno o varios elementos del delito el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño ocasionado y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en juicio (Ámbito Jurídico, 2016)- y que la representante del ente fiscal, solo trajo un testimonio de referencia sin que acudiera la víctima por su propia cuenta que fue la que pudo percibir el hecho, asimismo, que en este caso se generan muchas dudas que deben resolverse a favor del procesado, puesto que en la entrevista la menor no fue clara en relatar circunstancias de tiempo, modo y ocurrencia del hecho. Por lo que no puede olvidarse el principio básico que rige el sistema penal, el cual prevé que nadie puede ser sentenciado condenatoriamente hasta que no se logre demostrar más allá de toda duda razonable su responsabilidad, situación que para el sentir de la defensa no logró desvirtuar la presunción de inocencia.

El señor juez emite el sentido del fallo aduciendo que se proferirá una sentencia de carácter absolutorio pues no es posible en nuestro ordenamiento jurídico emitir una sentencia condenatoria sólo con prueba de referencia tal como lo adujo la defensa y en el presente caso queda corroborado que la Fiscalía no cumplió con su promesa probatoria, en tal sentido, el día 02 de febrero del año 2017 se dio lectura de la respectiva sentencia, frente a la cual no se interpusieron recursos por parte de los sujetos procesales.

5. Protocolo para la Protección del Debido Proceso en Encausados por Delitos Contra la Libertad, Integridad y Formación Sexual contra Infantes y Adolescentes en el Circuito Judicial de Bucaramanga al momento de la imposición de la detención preventiva.

5.1 Justificación

El presente protocolo encuentra su sustento primeramente en las obligaciones internacionales del Estado Colombiano, adquiridas por el sólo hecho de pertenecer a la Comunidad Internacional, entre estas la de garantizar los derechos humanos a las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, asimismo la obligación del respeto a tales derechos sin discriminación alguna y por último la obligación de adecuar todo el aparato estatal en pro del amparo de los derechos humanos.

Por tanto, el derecho humano al debido proceso está reconocido en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, pacto del cual hace parte nuestro Estado y que por virtud del artículo 93 constitucional prevalecen en el orden interno, teniendo la consecuencia que la normatividad nacional deberá interpretarse en consonancia con dichos tratados.

Ahora bien, descendiendo al ámbito nacional se encuentra que el artículo 250 de la Constitución Nacional numeral cuarto establece lo siguiente: “La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito (...). Presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y **con todas las garantías** (negrita fuera del texto).”

Es desde lo anterior, que el rasero constitucional, eje de nuestro ordenamiento interno ha establecido que se deben atender a la protección de todas las garantías, es decir, las establecidas en el Sistema Universal, Interamericano y las desarrolladas en nuestro Sistema Procesal, jurisprudencial y en nuestra carta magna, sin embargo, en este protocolo se hará la enunciación de las mínimas, las cuales están determinadas en la Convención Americana y en los desarrollos jurisprudenciales y doctrinales del tema pero de una manera muy sencilla y básica, a efectos de evaluar el cumplimiento desde los estándares esenciales y sin realizar mayores elucubraciones con el fin de partir de las exigencias primordiales para los encausados por delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales de infantes y adolescentes, por tanto, el trabajo consistirá en la sistematización y enumeración de las mentadas garantías.

No obstante, la relevancia del trabajo aquí realizado se encuentra en la medida en que en la actualidad no se presenta el goce efectivo de éstas como se pudo avizorar en la aplicación de este protocolo a los diferentes casos que sirvieron como muestra y que se estudiaron en el Circuito Judicial de Bucaramanga, por tanto, es necesario la estandarización de éstas a través de este instrumento.

5.2 Objeto

La principal finalidad del presente protocolo es que sirva de guía y de hoja de ruta a seguir en procesos penales seguidos contra personas imputadas por delitos contra la libertad, integridad y formación sexual de menores, en primer término es una protección para el procesado en la medida en que le permite reconocer las garantías mínimas que deben protegerse a lo largo de todo el proceso, así como para el defensor que puede encontrar un desarrollo desde la jurisprudencia del

Sistema Interamericano, la cual ha reforzado el desarrollo del tema en nuestra Corte Constitucional y de algunos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.

5.3 Ámbito de Aplicación

La aplicación se impulsará frente a personas que han sido procesados por delitos contra la libertad, integridad y formación sexual de niños, niñas y adolescentes, el cual según el acuerdo CASJSAA17-3151 emitido por el Consejo Seccional de la Judicatura de Santander comprende los siguientes municipios: Bucaramanga, Floridablanca, Girón, Tona, Vetas, Lebrija, Piedecuesta, Cepitá, Los Santos, Santa Bárbara, Rionegro, El Playón, Cáchira, La Esperanza, Matanza, Charta, Suratá, California, San Vicente de Chucurí, Betulia, Zapatoca y El Carmen, los cuales cuáles confluirán en su mayoría en la etapa de conocimiento en los juzgados penales del Circuito ubicados en el Palacio de Justicia de la ciudad de Barrancabermeja y Bucaramanga mientras en su etapa preliminar en cualquiera de los municipios antes reseñados.

5.4 Desarrollo de los Principios Orientadores

En este acápite es preciso realizar la ruta de las diferentes garantías que se entenderán como mínimas en la medida que por ningún motivos podrían menoscabarse ni siquiera en Estado de emergencia o en un conflicto armado ya sea interno o internacional, lo anterior, teniendo en cuenta que existe una amplia gama de derechos que algunos no fueron tenidos en cuenta pues no aplican directamente a la situación objeto del protocolo o porque se busca recordar el establecimiento de unos acuerdos básicos sobre los que el poder punitivo del Estado no podría retroceder sin

menoscabar otros derechos humanos fundamentales que se erigen a partir de la protección del debido proceso y un juicio justo.

Es así que para efectos metodológicos se presentará un desarrollo de las garantías reconocidas por el artículo 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos que engloba el Derecho humano al debido proceso en sentido abstracto y la protección judicial respectivamente de este que podrían aplicarse a la etapa de indagación e investigación, pero enfocadas a momento de la imposición de la detención preventiva.

1. Debido proceso. Todos los Estados se hallan obligados responsablemente a asegurar la correcta aplicación de las garantías que comportan este punto, de manera tal que todas las personas que se hallen bajo su jurisdicción, encuentren amparados sus derechos y los mismos les blinden ante cualquiera que violente sus derechos fundamentales.

Así las cosas, esta garantía fundamental comporta en sí misma las siguientes:

1.1 Acceso a la justicia: ésta a su vez en su interior cobija, en primer lugar, el derecho a ser oído por un tribunal imparcial e independiente, y, en segundo lugar, que ello se lleve a cabo en un plazo razonable, máxime si se trata de un delito sexual en el cual la persona se halle privada de la libertad. En este sentido, el Estado debe contar verdaderamente con la garantía de que el órgano juzgador sea imparcial, lo que significa que el juez o tribunal en su ejercicio, debe contar con la mayor objetividad de cara al juicio que se está llevando a cabo y de la manera en cómo se halla previsto legalmente el procedimiento para el asunto en ciernes, lo que genera como consecuencia que las partes obtengan la confianza necesaria y a su vez los ciudadanos mismos lo traduzcan como una verdadera muestra de democracia.

1.2 La resolución de un caso en un plazo razonable: al respecto, cierto resulta que una dilación prolongada e injustificada, se traduce en una violación de las garantías judiciales, por lo que a cada

Estado le compete la obligación de probar las razones que le han llevado a utilizar un mayor tiempo que el que se supone debe transcurrir para dictar una sentencia definitiva, por lo que debe observar, en primer lugar, la complejidad del asunto, en segundo lugar, la actividad procesal del interesado, en tercer lugar la conducta de las autoridades judiciales y por último, la afectación generada a la persona involucrada dentro del proceso, pues de lo contrario se estaría hablando de una vulneración flagrante a los derechos de las partes, en especial del posible sindicado, mayormente si se encuentra privado de la libertad.

1.3 Derechos al procedimiento: el debido proceso legal comprende a su vez:

1.3.1. Principio de amplitud de la prueba: propender por el esclarecimiento de los hechos, observando la totalidad de las pruebas al interior del proceso y ordenando todas aquellas necesarias para la consecución de ese fin, prohibiendo los medios probatorios ilegítimos.

1.3.2. Legitimidad de la prueba: la ilegitimidad de la prueba supone suprimirle en su totalidad del proceso, careciendo totalmente de valor.

1.3.3. Inmediación de la prueba: radica en que, todas las partes, incluyendo al juzgador, conozcan la prueba en su totalidad y este último mantendrá la comunicación directa con los demás en lo que a régimen probatorio se refiere.

1.3.4. Principio de identidad física del juzgador: éste deberá ser el mismo que conoce del proceso desde su inicio hasta su culminación, de tal manera que el procesado le reconozca y pueda, de ser el caso, llegar a recusarle.

1.3.5. Impulso procesal de oficio: al juzgador le asiste el deber de impulsar de oficio el proceso.

1.3.6. Valoración razonable de la prueba.

1.4 Reparación por error judicial: comporta que el juzgador y los demás actores al interior del proceso, respeten las garantías mínimas para evitar una afectación flagrante al debido proceso. Ello puede conllevar, entre otras cosas, a que el proceso sea anulado, lo que podría devenir en la libertad del procesado.

2. El derecho a una sentencia justa. Supone a su vez las siguientes garantías:

2.1 A la luz de múltiples postulados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el derecho a recurrir un fallo supone una de las garantías de mayor importancia, toda vez que avala la posibilidad de que un juez o tribunal distinto y de mayor jerarquía efectúe la revisión de una providencia adversa, lo cual por supuesto debe ser realizado con anterioridad al momento en que la misma adquiera la calidad de cosa juzgada, como un medio para resguardar el derecho de defensa, con el fin de reprimir que una decisión contraria a derecho quede en firme y pueda generar afectaciones a los intereses de las partes y sus derechos mismos. Así las cosas, el derecho a recurrir el fallo no podría ser efectivo, si no se garantizare respecto de toda persona que ha sido condenada, si dicho sea de paso la condena resulta ser la manifestación del poder punitivo del Estado.

2.2 Derecho pro sentencia: esta garantía implica la observancia de la totalidad de las normas procesales para una correcta administración de justicia.

2.3 Derecho a la congruencia de la sentencia: los hechos y pruebas deben ser congruentes con la sentencia misma, guardar una estricta correlación, lo que supone que éstos han sido observados y tenidos en cuenta para la resolución del caso.

2.4 Cosa Juzgada: presume la impugnabilidad de la sentencia, en el sentido de indicar que los recursos sólo proceden para favorecer al reo.

2.5 Eficacia material de la sentencia: los jueces como suprema autoridad, fundamentan su obrar en el marco de un Estado social y democrático que garantiza la libertad de los derechos de

todas las personas. Es por ello que la eficacia y funcionamiento de los procesos, garantizan a su vez la de las sentencias.

3. El derecho a la **presunción de inocencia** exige en sí misma que el Estado se abstenga de condenar o emitir juicio negativo de manera anticipada o sin haber acreditado la responsabilidad penal respecto de una persona, conforme a los postulados contenidos en la ley para el asunto en específico, pues ello podría conllevar a formar una opinión pública que pudiere resultar contraria a la verdad. Ésta garantía se desprende de la obligación que yace en el Estado de no afectar más de lo posible la libertad del detenido, únicamente con el fin de asegurar que el mismo no afecte el desarrollo eficiente de la investigación ni eluda la justicia, por lo que es dable concluir que la privación preventiva de la libertad no puede de ninguna manera una medida definitivamente punitiva, sino cautelar, dado que de lo contrario se traduciría en una anticipación de la pena.

4. El principio de **Non bis in ídem** persigue la protección de los derechos de las personas que han sido procesadas por determinados hechos, con el fin de que no vuelvan a serlo por los mismos acontecimientos, toda vez que, como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en basta jurisprudencia, el proceso penal es uno solo a través de sus distintas etapas, incluyendo los recursos que sean interpuestos contra la sentencia misma.

5. Uno de los pilares fundamentales al interior de un proceso penal llevado a cabo en una sociedad democrática, se constituye en la prohibición de que alguien sea condenado por hechos que no se encuentran como punibles dentro de una normativa existente. Este presupuesto denominado **legalidad** debe primar en todas y cada una de las actuaciones del Estado desde su inicio hasta su culminación, máxime en tratándose del ejercicio de su poder punitivo. Así, el Estado debe tomar todas las precauciones para que las sanciones penales se adecúen en su totalidad a los presupuestos normativos con observancia absoluta de los derechos fundamentales de las

personas, que comporta no sólo evitar condenarles sin la preexistencia de la declaratoria de un hecho como ilícito, sino también, que la persona sea penada por una circunstancia que al momento de su comisión no fuese catalogada como un hecho punible. Por ello, es de resorte del juez penal observar con rigurosidad si la conducta del procesado se adecúa completamente a alguno de los tipos penales dispuestos en la normativa como tales, para determinar una *verdadera* responsabilidad.

Dentro de la garantía de la legalidad del proceso, se derivan otras como las que se exponen a continuación:

5.1 Una de las garantías de mayor revuelo y que hace referencia a la privación de la libertad, es aquella que reza que nadie podrá serlo sino por las causas o circunstancias que se hallen expresamente tipificadas en la ley y con sujeción a los procedimientos que por ella han sido dispuestos. Esta garantía también comporta el llamado *Habeas Corpus*, en virtud del cual, ninguna persona debe ser privada de su libertad o sometida a detención por causas irrazonables y desproporcionales con el castigo que ha sido impuesto, razón por la cual éste mecanismo se ha levantado como el medio para garantizar la libertad cuando alguna de éstas circunstancias vulneradoras se manifieste para protegerle, no sólo de una detención arbitraria, sino también de todo tipo de tratos crueles de los que puedan ser víctimas al interior del encarcelamiento.

5.2 Juez regular: el proceso será verdaderamente legal y justo si se tiene en cuenta que el juez cuenta con la competencia, imparcialidad y ha sido establecido con anterioridad a la ley.

6. **Defensa**: El derecho a la defensa se comporta como una de las garantías que permite verdaderamente la materialización de un sistema acusatorio. Ésta se compone a su vez de las siguientes:

6.1 Derecho a ser asistido por un traductor o intérprete: esta garantía comporta que el procesado obtenga de manera gratuita y por acción del Estado, los servicios de traducción en caso de no contar con conocimientos en la lengua del juez o tribunal que dirige el procedimiento.

6.2 Intimación e imputación: el derecho que le asiste a todo procesado de conocer las razones de su detención y se les notifiquen sin demora los cargos que se siguen en su contra. Así las cosas, el juez deberá verificar que para el procesado los mismos han sido lo suficientemente claros y a continuación advertirle respecto de los derechos que le asisten.

6.3 Tiempo y medios adecuados para la preparación de la defensa: quien se halle procesado, tiene el derecho de participar activamente de la actividad probatoria, en los tiempos legales establecidos.

6.4 Defensa material y defensa técnica: ello le permite al indiciado defenderse por sí mismo o a través de su defensor, bien sea el que le otorgue el Estado o aquél que él mismo pueda adquirir o costear.

En cualquiera de estos casos, deberá tener la posibilidad de comunicarse con él y atender aquella información incluso privada que estos puedan tocar.

6.5 Acceso a las pruebas: supone para el acusado la facultad de participar activamente en la prueba con todo lo que ello implica: controvertir, evidenciar, recurrir, entre otros.

6.6 No ser obligado a declarar contra sí mismo: el imputado no está obligado a declarar en su contra, y ello se extiende a sus parientes más próximos.

6.7 Derecho a un proceso público: esta garantía materializa la *contradicción* al interior del proceso y la *publicidad* en los actos gubernamentales.

5.5 Etapas del Protocolo

En cuanto a las etapas procesales en las que se aplicaría el presente protocolo se orienta a la fase de investigación en específico en la audiencia de imposición de medida de aseguramiento, es preciso recordar que

la fase investigación empieza con la formulación de la imputación, con la que se da lugar a la investigación propiamente tal, la que concluye a su vez con la presentación del escrito de acusación, que da inicio a la etapa de juicio, misma que termina con la ejecutoria de la sentencia que pone fin al proceso (Avella Franco, 2007, pág. 61).

En tal sentido, tenemos que para poder realizarse dicha etapa de investigación se propone que las acciones a seguir frente al tema que nos ocupa esto es en la imposición de la detención preventiva en los casos de delitos sexuales contra infantes y adolescentes son las que se enumeran a continuación siguiendo el protocolo propuesto de manera que sea operativo para fiscales, jueces, defensores, representantes de víctimas, entre otros:

1. Se debe valorar si se cumple el debido proceso en concreto atendiendo al principio pro homine que en el Sistema Interamericano proviene de desligar la denominada satanización del imputado por estar vinculado a un proceso penal por delitos sexuales contra infantes y adolescentes; así como el principio rector pro libertatis al momento de solicitar la imposición de una medida de aseguramiento de detención preventiva y al imponerla, lo anterior, deviene de la primera garantía esgrimida en el protocolo que propugna por el amparo a los derechos fundamentales de las personas sujetas bajo la jurisdicción del Estado Colombiano.

2. Siguiendo el desarrollo de la primera garantía y retomando la del acceso a la justicia que está soslayada en la confianza en el tribunal que esta llevando a cabo la imposición de la medida

de detención preventiva, por tanto, se debe realizar por parte de cada una de las partes e intervinientes un test de proporcionalidad como el que realiza la Honorable Corte Constitucional para solucionar el conflicto de derecho-derecho, derecho-principio, entre otros; el cual se efectuara frente a la imposición de la medida de detención preventiva, el cual consta de los siguientes pasos:

- Atendiendo primeramente al análisis desde el fin constitucional de la medida de detención preventiva entre los que se encuentran: la medida de aseguramiento se muestre como idónea para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia, el imputado constituya un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima y que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia. Lo anterior, debe atender al tamiz de la legalidad como principio rector pues deben observarse las normas procesales penales y la Constitución en su integridad observando a esta como criterio de valoración tanto de las premisas esgrimidas por el ente fiscal así como del sustento probatorio requerido para el soporte de la medida, pues cada afirmación y evaluación de procedencia de la medida debe estar soportado en elementos materiales probatorios e inferencia legalmente obtenida por parte del ente fiscal como se ha reiterado.

- Posteriormente, en este mismo paso, se debe realizar la valoración de la idoneidad de la medida, la cual atiende a retomar el fin constitucional perseguido en el caso en concreto de aquellos previstos en el artículo 308 del CPP en concordancia con el artículo 250 de la Constitución Política de Colombia y realizar el análisis en pro de que sea útil para lograr el fin constitucional previsto tomando como rasero la evaluación del principio rector de la presunción de inocencia que propugna por no afectar de lo posible la libertad del detenido.

- Superado este primer paso y en caso de creer que se da cumplimiento a la etapa anterior, se valoraría la necesidad de dicha medida, es decir, si no hay otra medida menos lesiva que

permita obtener la finalidad constitucional perseguida en este aspecto se debe regir bajo el marco rector una vez más del principio pro libertatis.

- Finalmente, si se cree que también se cumple con el examen anterior, se termina por valorar la denominada proporcionalidad en sentido estricto que atiende a observar si al privilegiar unos de los fines constitucionales previstos se justifica la afectación de los derechos del imputado, en específico el derecho a la presunción de inocencia y el derecho a la libertad como principio, valor y norma constitucional, en este paso del test se debe enfrentar los derechos colisionados y argumentar frente a cada uno a manera de debate teniendo como los principios orientadores del protocolo como núcleo de la argumentación.

3. Para terminar, se recomienda permitir entre la captura y la audiencia de imposición de medida de aseguramiento unos tiempos mayores para llevar a cabo los medios adecuados de defensa, asimismo en lo posible tratar de privilegiar el principio de inmediación probatoria en esta diligencia preliminar de la imposición de la medida de aseguramiento.

Igualmente, las partes deben darle un mayor protagonismo en materia de delitos sexuales al procesado quien debe ser el encargado de orientar a los demás intervinientes en la actuación y en el apoyo a la defensa técnica que siempre debe tener un acceso pronto y completo a las pruebas desde esta etapa procesal de la investigación. En la medida en que todos deben estar en pro de que el procesado entienda las razones por las cuales se le impone la detención preventiva, pueda conocer en términos simples y sencillos el desarrollo de la diligencia explicándole la razón de que el fin constitucional perseguido tenga mayor peso en materia de derechos frente a su libertad.

Aunado a lo anterior, se tiene que probatoriamente debe persuadirse por parte del ente fiscal a los otros intervinientes que es absolutamente necesaria la imposición de la medida desde un discurso enfocado en las garantías del sistema interamericano como se ha reiterado. De la misma

manera, el proceso debe ser público así se trate de infantes y adolescentes mientras estos no concurran y protegiéndosele con las previsiones del Código de la Infancia y adolescencia para que siempre se soporte la confianza en el juez como principio rector del Estado democrático y la transparencia de todas las actuaciones procesales en materia penal.

5.6 Implementación y Cierre del Proceso

Para que dentro de un proceso se pueda hablar verdaderamente de observancia de las garantías fundamentales, resulta preciso que se observen todos y cada uno de los requisitos que sirvan para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio del derecho, es decir, las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial (Del Toro Huerta, 2015, pág. 148) a través de los diferentes derechos aquí enunciados.

Por tanto, se tiene que como la Corte Interamericana (Corte IDH, 2013) lo ha establecido y reiterado, en la Convención se establecen el mínimo de garantías que luego ha desarrollado la jurisprudencia de la Corte y que ha establecido que: “La referida disposición convencional contempla un sistema de garantías que condicionan el ejercicio del ius puniendi del Estado y que buscan asegurar que el inculpado o imputado no sea sometido a decisiones arbitrarias, toda vez que se deben observar “las debidas garantías” que aseguren, según el procedimiento de que se trate, el derecho al debido proceso. Asimismo, esta Corte ha señalado que “toda persona sujeta a un juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado deberá contar con la garantía de que dicho órgano actúe en los términos del procedimiento legalmente previsto para el conocimiento y la resolución del caso que se le somete”.

Ver Figura 4

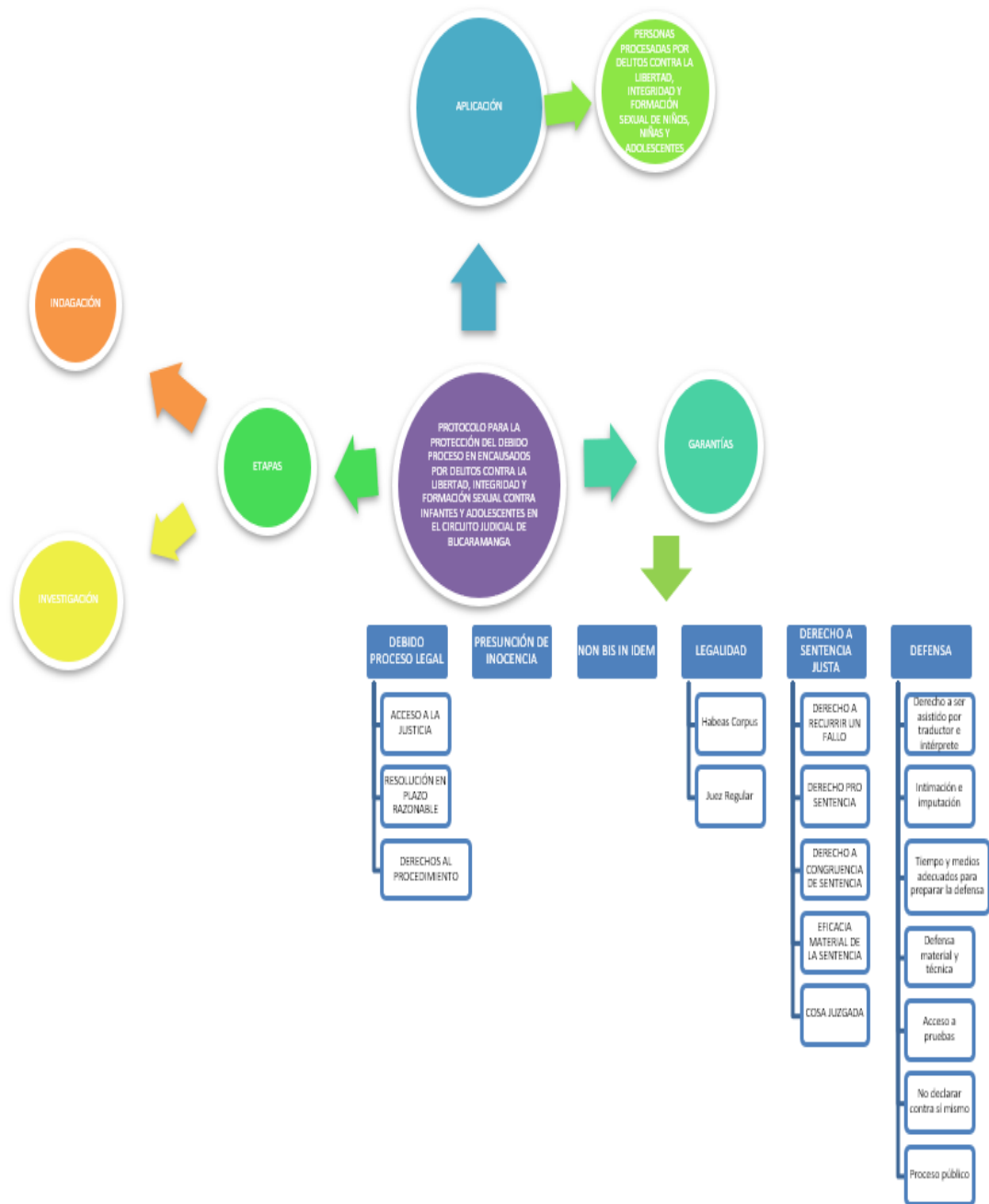


Figura 4. Hoja de ruta del protocolo para el debido proceso para encausados por delitos contra la libertad, integridad y formación sexual de infantes y adolescentes en el Circuito Judicial de Bucaramanga.

6. Análisis de las Garantías Establecidas por la Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos que Componen el Debido Proceso en tres casos del Circuito Judicial de Bucaramanga, en cuanto a la Imposición de la Detención Preventiva por Delitos Sexuales Contra Infantes y Adolescentes.

A continuación, se pasará al análisis de las garantías que se establecieron previamente en capítulo tercero desde el Sistema Interamericano, las cuales se refiere frente al debido proceso como derecho humano y las establecidas en tal sentido en nuestro país, para desde ahí aplicarlas siguiendo el protocolo antes referenciado y extrayendo conclusiones al respecto.

Por tanto, es preciso recordar que el proceso penal es el conjunto de actos coordinados que se ejecutan por o ante los funcionarios competentes del órgano judicial del Estado, para obtener, mediante la actuación de la ley en un caso concreto, la declaración, defensa, o la realización coactiva de los derechos que pretendan tener las personas privadas o públicas, ante su incertidumbre, insatisfacción o para la investigación, prevención y represión de los delitos y contravenciones, y para la tutela del orden jurídico, de la libertad individual y de la dignidad de las personas en todos los casos (Devis Echandía, 1981).

Este proceso entonces, es una actividad, es decir, un conjunto de actos cuya finalidad es resolver un conflicto con incidencia jurídica a través de una providencia: la sentencia, en la cual se manifiesta la soberanía al aplicar el derecho. Esta actividad implica una relación jurídico-procesal, en la cual participan unos sujetos, a saber: el juez y las partes. El objeto de esta relación

jurídica es “sustancial”, cuyo devenir se haya en conflicto y su finalidad es la de impartir justicia (Prieto Monroy, 2003, pág. 813).

En este sentido, se presenta tal preámbulo, con el fin de manifestar que el análisis de las garantías del debido proceso, tuvo su hallazgo en los procesos que sirvieron de muestra y se revisaron en el Circuito Judicial de Bucaramanga y la imposición de la detención preventiva se dio en un principio en una providencia que surgió de la relación dialógica antes enunciada de partes, intervinientes judiciales y el juez mismo.

Desde lo previsto en la Convención Interamericana de Derechos Humanos en lo que al Debido Proceso atañe, se tiene que es importante garantizar este concepto a partir de su composición por parte de muchas otras garantías, pues el hecho de que un Estado no observe ni cumpla la referida obligación, conlleva en sí mismo el deber de reparar entre los supuestos de responsabilidad por su obrar, y propiciando el reconocimiento de los daños ocasionados en todos los casos en que haya sido ordenada, aun regularmente, contra una persona que luego no fue condenada en el proceso (Pérez Hualde, 2015, pág. 101)

Es desde tal concepción que la Corte IDH reconoce el deber que tienen los Estados de mantener el orden público y proteger del delito y la violencia a todas las personas bajo su jurisdicción. Sin embargo, reitera, el principio largamente establecido en el Sistema Interamericano de que independientemente de la naturaleza o gravedad del crimen que se persiga, **la investigación de los hechos y eventual enjuiciamiento de determinadas personas deben desarrollarse dentro de los límites y conforme a los procedimientos que permitan preservar la seguridad pública en el marco del pleno reconocimiento a los Derechos Humanos** (CIDH, 2008), *negrita fuera del texto*).

Asimismo, la CIDH (1987) ha establecido que el concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías, es también inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira. En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho, constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido, en función de los otros.

6.1 Análisis Judicial de la Imposición de Medida de Aseguramiento CASO A.

En virtud de la imposición de la medida de aseguramiento, la Fiscalía realizó un recuento nuevamente de los hechos expuestos con anterioridad (Véase capítulo 5), para manifestar que el anterior relato se desarrolla alrededor de hechos de naturaleza delictiva, propiciando el inicio de la acción investigativa que generó la solicitud de orden de captura, el cumplimiento de dicha orden y la presentación ante un juez de control de garantías de la persona destinataria de dicha orden que no es otro que E.B.G.

De igual manera se soporta como hecho relevante que la Fiscalía de antemano en unas diligencias investigativas que presentó a consideración de la audiencia y que incluyeron el desarrollo de actos de investigación (consistentes en la verificación o la consulta clínica que fue practicada por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses en el cual se atendió a la menor de edad víctima por parte del especialista que tomó adicionalmente a los datos propios de la consulta), la propia versión de aquélla en relación con los hechos y la razón por la cual se le sometía a dicho examen.

En igual sentido se aportaron unas copias del registro de la historia clínica psiquiátrica y psicológica otorgada por Coomeva E.P.S. a la mencionada menor, quien aparece afiliada o

vinculada como beneficiaria de servicio en el Sistema Nacional de Salud, con las precisiones del médico particular, quien en este caso hizo la consulta y registro. Igualmente se advierte una copia de un informe del investigador de campo, que da cuenta de una entrevista psicológica que le fue practicada a la víctima por parte de psicóloga de la Fiscalía CAIVAS.

La fiscal del caso presentó como elemento material probatorio, la entrevista realizada a la víctima menor de catorce años, y finalmente se presentó un informe del investigador de campo con formato de policía judicial que da cuenta de las labores que se realizaron para corroborar esa información del inicio por la que se interpone la denuncia y que tiene, básicamente, que ver con la individualización de E.B.G. como persona indiciada.

En este sentido, tipifica la conducta como acceso carnal abusivo con menor de catorce años, punible que se halla previsto en el artículo 208 del Código Penal, y en tal sentido centra su argumentación del deber de imponer una medida de aseguramiento (que a su juicio no puede ser otra que la detención preventiva en establecimiento de reclusión) en la gravedad de la conducta, así como en el hecho en que el señor sería un peligro para la sociedad y para la seguridad de la víctima, y por último, aduce que, en tratándose de una conducta que infringe el bien jurídico a la libertad, integridad y formación sexual de una menor de catorce años, por mandato del artículo 199 del C.I.A no procedería en esta caso otra medida distinta a la detención preventiva en establecimiento carcelario.

Por su parte, la defensa aduce que no se debe imponer medida de aseguramiento en el caso bajo ciernes, debido a que el indiciado es una persona padre de dos hijos, trabajador, sin antecedentes y que tiene arraigo definido. Asimismo, asevera que es una persona reconocida en su comunidad como un hombre servicial y generoso, con lo cual se pretende demostrar y acreditar que no representa un peligro para la sociedad y aunado a ello, advierte que los elementos materiales

de la Fiscalía no adquieren poder de convicción y se desdibuja cualquier inferencia razonable no solamente para la acreditación de la conducta sino además para tenerlo como posible responsable de ésta.

Igualmente advierte que su cliente fue objeto de un requerimiento de indemnización por la madre de la menor, y manifiesta al Despacho que cree que esto fundamenta una sospecha que ha de valorarse respecto de la denuncia, porque puede ser esa la causa que llevó a la madre a denunciar.

Adicionalmente ratifica que los elementos materiales probatorios que aportó la Fiscalía no tienen la suficiente fuerza para posicionar la inferencia razonable de autoría, pues la menor ha dado unas versiones diferentes de acuerdo a la conveniencia con el fin de posicionar su teoría, lo que a su juicio le permite reforzar esa idea de que están siendo manipuladas las cosas y que no existe tal registro de situación que amerite imponer una medida tan drástica y tan grave para el derecho a la libertad de una persona como lo es la privativa de libertad en establecimiento de reclusión.

Frente a las anteriores argumentaciones, el Juez de Control de Garantías asignado al caso, empezó por llamar la atención a la señora fiscal como textualmente lo manifestó para que procediera a adecuar la situación fáctica relatada a la imputación jurídica, pues a su juicio en el presente caso se trata de un delito de acceso carnal en concurso sucesivo y homogéneo, afirmando que el tipo penal no es el del artículo 208 sino el del 217A, esto es el denominado *demandas de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años de edad* teniendo en cuenta el dinero y las dádivas que se pagaron por los servicios sexuales a la menor.

En este sentido, la fiscalía procede a pedir un receso con el fin de revisar el expediente, posteriormente, refiere que realizará una corrección como ella lo manifiesta a la formulación de imputación en el tipo penal referido, ya que considera que realmente se ajusta más al injusto penal

del artículo 217A que prevé “*El que directamente o a través de tercera persona, solicite o demande realizar acceso carnal o actos sexuales con persona menor de 18 años, mediante pago o promesa de pago en dinero, especie o retribución de cualquier naturaleza, incurrirá por este sólo hecho, en pena de prisión de catorce (14) a veinticinco (25) años*”. Frente a dicha manifestación no se le corrió traslado a la defensa y éste a su vez guardó silencio al respecto.

Después de que la fiscal reformula la imputación, el juez de control de garantías adujo que en el presente proceso se tiene que los elementos materiales arrimados *al dossier* en los cuales se sustentó la solicitud de medida de aseguramiento, contrastados a los hechos que se han relacionado con la normativa y de cara a la petición que realizó la Fiscalía, le permiten inferir que en el presente caso se debe imponer la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento de reclusión.

En tal sentido, el despacho manifestó, que realmente, al haberse advertido esa calidad y esa condición de peligro para la seguridad de la sociedad en cabeza del señor indiciado, y de acuerdo con lo expuesto en el artículo 310 y 311 del Código de Procedimiento Penal, el indiciado resulta ser un peligro para la sociedad y la seguridad de la víctima.

El Juez de Control de Garantías, afirma que el hecho de no poseer antecedentes y tener el indiciado hijos, no es razón que resulte suficiente para descartar esa condición de peligro, puesto que afirma que, aunque podrían ser importantes para determinar la personalidad, no son definitivos en este caso para no imponer la medida.

Continúa por precisar que este tipo de situaciones no se dan a la luz pública, sino por lo general en recintos cerrados, en privado, interfiriendo en aspectos muy sensibles como lo es el de la sexualidad de las personas y como en este caso se trata de los niños frente a los cuales la política criminal ha sido más severa, debido que en nuestra Constitución se dice que sus derechos

prevalecen y en esta clase de delitos están en situación de inferioridad respecto de quienes les abusan, independiente de que sean padres o no, lo que se busca es proteger a los niños y los adolescentes, que son el futuro del mundo.

Por tanto, en esta cuerda procesal, por el grave peligro de repetición debido a que se advierte que la situación se venía gestando desde enero de 2012 y se refrendó efectivamente porque así lo señala la menor, el juez afirma que la experiencia indica que este tipo de situaciones da cuenta de un hecho que no sólo se configuró una vez, teniendo como fin obtener un beneficio para la satisfacción de sus apetitos sexuales que va de la mano con el reconocimiento o pago económico.

Aplicación del test contenido en el estándar de garantías que componen el debido proceso en el Sistema Interamericano:

En cuanto al primer caso, al darle aplicación al test (ver Capítulo 5) se empezará a hacer un análisis de cada uno de los criterios establecidos en éste para observar si en la imposición de la medida y la evaluación del juez se cumplió con la protección del debido proceso como derecho humano que se compone por una serie de garantías que se pasarán a examinar.

1. Dentro de las garantías al **debido proceso**, se encuentra que la primera de ellas que se estableció, fue en sí mismo el acceso a la justicia, teniendo en cuenta que en el caso de marras se dio una introducción formal al proceso, puesto que el encausado se vinculó a este a través de una investigación por parte del ente fiscal y se llevó ante el juez regular por parte de los funcionarios que hicieron efectiva la orden de captura.

Sin embargo, como se anotó en el protocolo, ampara en igual sentido la garantía de ser oído por el Tribunal, y en este caso, no se dio un cumplimiento cabal teniendo en cuenta, en primer término, que frente a los argumentos puntuales que planteó la defensa, el juez no se pronunció precisamente a cada uno de ellos, sino que procedió a enunciar una serie de argumentos, como lo

es el de la *política criminal* en estos delitos, el cual no había sido tocado por ningún interviniente y que tampoco se enmarcaba dentro de la inferencia razonable de autoría. Por tanto, este derecho no está siendo efectivo, pues ser oído implica responder directamente a los cuestionamientos efectuados por las partes y sobre todo por la defensa quien representa la defensa técnica del procesado para tal efecto.

Aunado a ello, respecto a una situación tan grave en lo que toca al derecho a ser oído no se previó dar traslado de la “corrección” a la imputación que terminó por cambiar un tipo penal a uno más gravoso por parte del ente fiscal, con el agravante que fue una sugerencia explícita del juez que quedo registrada en los audios, así como la defensa técnica guardo absoluto silencio al respecto.

Por otro lado, se evidenció la afectación a la garantía del plazo razonable, en la medida en que transcurrieron dos años aproximadamente desde el momento en que se formuló la imputación, para que finalmente se realizara un preacuerdo, siendo un tiempo que supera la razonabilidad en la medida en que, primeramente, el encausado tuvo 5 defensores públicos en dicho transcurrir, así como se aplazaron 8 audiencias por distintas razones entre las que se incluyó el aplazamiento por parte de la fiscalía, permisos del Juez, dos oportunidades en las que el INPEC no trasladó al procesado porque no había medios para ello, y por último la defensa aplazó las diligencias en tres ocasiones, aduciendo tiempo para poder estudiar el proceso debido a los cambios de defensores y en aras a realizar un preacuerdo con la fiscalía.

En lo que atañe a la garantía de amplitud de la prueba, legitimidad de la prueba y valoración razonable de la prueba, se pudo concluir que se cumple en los rangos mínimos, y sin embargo, la inmediación de la prueba se rompe en cierta medida debido a que posterior a la ocurrencia de los hechos había transcurrido aproximadamente un año y según está concebido el sistema judicial

en nuestro país, no es posible lograr en esta etapa llevar a rendir testimonio a la víctima y que la prueba esté sujeta al principio de contradicción en la investigación, esto es durante la fase de indagación e investigación, la cual comienza con la noticia criminal y termina con la presentación del escrito de acusación por parte de la representación de la fiscalía, situación que resquebraja el principio de inmediación probatoria.

En cuanto a la valoración razonable de la prueba, si bien es cierto no se encuentran reparos directos, correcto resulta afirmar que al juzgador le faltó realizar una mejor argumentación en pro de estas, ya que como vimos con anterioridad sus argumentos fueron un poco más generales y ubicados en la situación fáctica pero el sustento probatorio en la decisión podría afirmarse fue débil e incluso genérico a tal punto que ni siquiera hace una referenciación sucinta de a través de cuáles elementos se pudo inferir su participación en la conducta, aspecto básico y eje en la imposición de este tipo de medidas según lo establece la jurisprudencia de Corte Constitucional (Cfr. Sentencia C-695, 2013)

Todas las circunstancias precedentemente referidas, podrían ser previsibles si el Estado adecuara tanto los recursos físicos (esgrimiendo un plan lo suficientemente serio de defensoría pública por sistema de carrera administrativa), y económicos, dotando al INPEC de los medios necesarios para contar con transporte suficiente, y no como sucedió en este caso que el procesado no pudo asistir a las audiencias a las que fue citado en razón a ese preciso aspecto que denota la falta de seriedad y de políticas claras frente al desarrollo del proceso penal.

En igual sentido, se debería garantizar que los juzgados funcionaran permanentemente, contando con los correspondientes reemplazos ante jueces que se encuentren de permiso legalmente concedido, es decir, propendiendo por el funcionamiento permanente de una administración de justicia si en cuenta se tiene que aquella es un servicio público.

Del mismo modo, frente al impulso procesal de oficio no se puede afirmar nada en esta etapa pues apenas se da el inicio propio del proceso penal con las audiencias preliminares, y no se puede hablar de ello si en cuenta se tiene que el mismo Juez se ausentó de su cargo sin procurar su reemplazo, generando precisamente lo contrario a un impulso procesal de oficio.

2. Dentro de las garantías que integran el **derecho a una sentencia justa**, se encuentra la del derecho a recurrir un fallo, en este caso se vulneró en lo que respecta a la imposición de la medida de aseguramiento, la cual no fue recurrida por ninguna de las partes, es decir, la defensa como principal afectada no realizó una adecuada protección de dicha garantía, pues en este caso desde lo que se prevé en el protocolo antes enunciado, se debió proceder a hacer uso de esta garantía.

Lo anterior, debido a que se configuró una conculcación directa de los derechos del procesado con el tema que se ha venido abordando y que hace referencia a la sugerencia de cambio de calificación jurídica que el juez sugirió y fue acogida por el ente fiscal. Sin embargo, desde el análisis realizado en este informe se prevé la importancia de poder recurrir todo tipo de decisiones que afecten al imputado, pues en este caso se debió poder haber recurrido la formulación de imputación, situación que no fue acotada por el juez en el momento en que manifestó que frente a tal decisión no procedía recurso alguno, configurándose así la flagrante afectación del derecho a recurrir los fallos que en el Sistema Interamericano ha tenido un desarrollo más garante en la medida en que se expresa que todas las decisiones que afecten las garantías del procesado y que sea contrarias a derecho pueden recurrirse ante un tribunal de superior jerarquía o en caso de que no exista éste, ante el mismo o un tribunal ad hoc especial que se forme temporalmente por las mismas personas que integran el primero.

3. La otra garantía mínima que se estableció en el protocolo, fue la **presunción de inocencia** que prevé que el Estado se abstenga de condenar o emitir un juicio negativo de manera anticipada sin acreditar la responsabilidad. Al respecto se tiene que el juez no fue acucioso en dicha protección en la medida en que el mismo prevé desde el principio, que el procesado reincidirá debido a que se adujo que en varias ocasiones se ejecutó la conducta, expresando que la experiencia mostraba en tal sentido que volvería a pasar dicha situación. Con tal aseveración se atiende a un postulado que no encuentra un asidero directo probatoriamente y que no es admisible en la imposición de la detención preventiva pues a los ojos del espectador no directo y al no sujetarse a las pruebas pareciese atender a un criterio más de tipo subjetivo.

Aunado a lo anterior, se reitera la vulneración más latente presentada en este caso, cuando el juez entra a determinar que la actuación fáctica parece tener un asidero jurídico en otro tipo penal diferente al que había sido tipificado por el ente fiscal, presumiendo que el relato fáctico atiende a otro tipo penal que tiene una pena más alta como se venido acotando, resquebrajando este principio de la presunción de inocencia, al anteponer consideraciones personales y jurídicas que no está llamado a realizar, dentro del papel asignado en la constitución y la ley.

Por otro lado, y contrario al anterior, sí se trasgredió el principio del in dubio pro reo, el cual, como se ha establecido en el Sistema Interamericano, debe permear todas las actuaciones. En este caso, al endilgársele un tipo penal que hizo más gravosa la situación del procesado, lo que lo terminó por llevarlo a enfrentar a una pena mayor de la que se le hubiese aplicado si se condenara por el tipo penal previsto en el artículo 208 del Código Penal y no del 217^a como sucedió en el presente caso.

4. Ahora bien, en lo que respecta a la garantía del **non bis in idem**, se tiene que está en consonancia con el protocolo, en la medida en que no se tuvo conocimiento en las actuaciones de que el procesado fuese juzgado nuevamente por el mismo hecho.

Como se ha venido reiterando en este acápite, el error judicial violentó el derecho al procedimiento que prevé una serie de garantías pero que en su marco general afirma que cualquier violación al procedimiento en perjuicio del imputado equivale a violar sus derechos fundamentales. Así, en el caso estudiado se configuró dicha violación, pues se alteró por parte del Juez de Garantías el procedimiento por la Ley 906, 2004 para este tipo de procesos penales.

5. En este caso, la garantía de **legalidad** anotada en el protocolo, también se violó, si en cuenta se tiene en cuenta el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia emitido previamente a la emisión del fallo, a través del cual afirma que el delito sexual por el cual se condenó al señor E.B.G., no se dio en el marco de organizaciones criminales y aplica directamente a estas y no a personas naturales y en hechos aislados como sucedió en este caso, estando relacionado directamente con el turismo sexual, el cual no se configuro en las presentes diligencias.

En el anterior sentido, se encuentra que en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal con radicado 47862 del 2017, aquella estima que la valoración jurídica de dicho comportamiento no puede desatender el contenido del artículo 228 de la Constitución Política, conforme al cual ha de buscarse la prevalencia del derecho sustancial máxime en tratándose del derecho penal que por su grave afectación de garantías fundamentales, exige auscultar la tensión de intereses en él inmersos siempre desde la perspectiva de la *última ratio*. Es desde tal coyuntura que cobra vigencia la exposición de motivos de la Ley 1329 de 2009, que aunque no restringe la tipicidad en comento a contextos de redes de explotación sexual infantil, sí constituye un criterio orientador para ponderar qué conductas encajan en el artículo 217 A del Código Penal, sobre todo

cuando ésta novísima infracción es la más gravosa, en términos de punibilidad, de las que están consagradas en el Título IV en cuestión, superando, por ejemplo, la correspondiente al acceso carnal violento.

Dentro de las recomendaciones que se hacen en el Plan Nacional de Prevención y Erradicación de la Explotación Sexual y Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes, en línea con la normatividad internacional, se explicita la necesidad de tipificar la conducta del ‘cliente’ explotador o abusador, por ser este quien genera y sostiene la problemática. Al igual que en la Trata de Personas, la situación de vulnerabilidad de la víctima impide que su consentimiento sea tenido en cuenta para la exoneración de la responsabilidad penal del sujeto activo, con una pena correspondiente a la gravedad del hecho y el daño producido a la víctima, que en este caso es una niña, un niño o adolescente. Por lo anterior es necesario que se tipifique la Explotación Sexual, especialmente la conducta cometida por el ‘cliente’ teniendo en cuenta tanto la comisión del hecho como la tentativa en el marco de las redes de explotación sexual infantil (...) (Corte Suprema de Justicia. Radicado 47862, 2017).

Por tanto, la descripción fáctica prevista en este caso, no se cometió dentro del marco de una red de explotación sexual como se reitero con anterioridad, siendo este el criterio orientador esgrimido por la Corte Suprema de Justicia para poder tipificar dicha conducta, así como no podría afirmarse de la descripción de los hechos que la menor víctima hacía parte de una red de explotación sexual comercial de menores que ha sido el eje de la consagración de esta conducta por parte del Estado colombiano como vimos con anterioridad, por tanto, se avizora un reparo que podría realizarse frente al principio de legalidad en tal sentido por parte del ente fiscal así como del Juez de Control de Garantías, el cual no fue realizado por ningún interviniente, llegando hasta

tal punto que se avaló un preacuerdo por parte del juez de conocimiento con base en la tipificación de la conducta prevista en el artículo 217ª del Código Penal.

Asimismo, se tiene que otra garantía de las establecidas en el protocolo, fue la imparcialidad del juez, que en este caso también se vio menguada en la medida en que, con la intromisión del Juez de Control de Garantías en lo que atañe a la calificación jurídica, se afectó la objetividad que debe tener el administrador de justicia en este punto, máxime cuando su función atañe exclusivamente a la garantía de los derechos fundamentales del imputado, si en cuenta se tiene que fue precisamente ésta función con la que revistió el procedimiento penal acusatorio a este funcionario judicial y que con el advenimiento del procedimiento penal acusatorio se buscó separar el órgano que investiga y acusa de aquel que juzga.

6. Por último, y desde ésta perspectiva, se halla vulnerado también el **derecho de defensa**, pues, además de lo esbozado con anterioridad, también se configuró por el cambio de defensores sin darle una continuidad al proceso.

Asimismo, el juez entró a sugerir una nueva calificación jurídica de la conducta, que entraría no sólo a violar el derecho de defensa, sino también el principio de intimación, imputación, la irretroactividad y la legalidad que debe primar en todas y cada una de las actuaciones y que propugna en sí misma por la protección de los derechos fundamentales, y en este caso, el derecho al debido proceso, al sugerir un cambio en la imputación jurídica, puesto que el Juez de Control de Garantías no está llamado a realizar la calificación jurídica de las conductas, sino a someter a un control de protección de las garantías del imputado, y se avizora como en este caso se hizo lo contrario, pues con esta apreciación del juez de primera instancia.

Ahora bien, podría decirse que se dio una igualdad formal pero no material, ya que el procesado se vio inmerso en una situación de desventaja en la medida en que el juez terminó

determinando la imputación en este caso, que como se ha venido reiterando resultó a todas luces más gravosa, circunstancia que imposibilitó la protección que le otorga la ley en cuanto a lo establecido en el Sistema Penal Acusatorio, en donde se dejan claros los roles de los diferentes intervinientes como se adujo anteriormente.

Recapitulación caso A.

Se presenta el caso de un ente acusador imputando el delito de *acceso carnal abusivo con menor de 14 años*, solicitud frente a la cual el Juez de Control de Garantías impone medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario, no sin antes haber elevado el *petitum* al fiscal de reformular la acusación para hacerlo frente al delito de *demandas de explotación sexual comercial con persona menor de 18 años*, argumentando que el indiciado resultaba ser un peligro para la sociedad y la víctima. Del caso, y al aplicar el protocolo, se desprende que, pese a que muchas de las garantías fueron observadas al interior del proceso, hubo otras que no se cumplieron, así: la primera de ellas, el *debido proceso legal*, en lo que atañe a la *resolución en plazo razonable*, *derechos al procedimiento* y el *impulso procesal de oficio*, en el sentido en que el juez no valoró las pruebas de la manera en que debía hacerlo, esto es bajo el principio de amplitud probatoria y en la totalidad de las mismas. Así como el *derecho a sentencia justa*, por cuanto se prescindió, por el defensor, recurrir la decisión de la imposición de la medida de aseguramiento. En igual sentido, la *presunción de inocencia*, al haber impuesto la medida bajo el argumento de la reincidencia y finalmente la *legalidad*, al no encontrarse la prevalencia del derecho sustancial y lo previsto como criterio orientador por la Corte Suprema de Justicia frente a este tipo de punible que opera para organizaciones criminales, por último, se impuso un delito más gravoso que aquél que en un principio había propuesto la Fiscalía.

6.2. Análisis Judicial de la Imposición de Medida de Aseguramiento CASO B.

En el presente caso se trata de una captura en situación de flagrancia el día 12 de febrero del año 2012 a las 9:46 en el barrio Nuevo Girón Sector 5 de la Manzana B, luego que los señores agentes de policía fueran informados respecto de que el señor G.V.R. fue señalado como la persona que acosó a una menor de 11 años, diciéndole palabras soeces, lo que generó su aprehensión.

La Fiscalía adecúa la conducta manifestando que se le imputará el delito de acoso sexual agravado por la edad de la víctima, aduciendo que se da el verbo rector de *asediar a la víctima frente a contenidos o prácticas sexuales* y que se configura una relación de poder precisamente por la edad de la víctima en relación con la del adulto, agravándose necesariamente porque esa menor tiene 11 años de edad, como lo demuestra el registro civil de nacimiento, en este sentido, reiterando que se configuran los requerimientos de contenido sexual que prevé el tipo penal.

La Fiscalía deja sentado en los anteriores términos tanto la imputación fáctica como la jurídica, por tanto, se pasa a la siguiente solicitud que se dirige a la imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva en el presente caso, por tanto, manifiesta la representante del ente acusador que en el caso de marras procede la medida de detención preventiva que debe darse indefectiblemente en establecimiento carcelario por prohibición expresa del artículo 199 del C.I.A y por tratarse de una conducta grave por atentar con la libertad, integridad y formación sexual de una menor de catorce años y porque sería un riesgo y peligro para la sociedad, y que aunado a ello, existe peligro de repetición de la conducta contra otras posibles víctimas al acosarlas con esa clase de palabras que intimidan a una mujer teniendo el agravante en este caso de la edad.

Por su parte, la defensa frente al traslado descorrido de la solicitud de la medida, manifiesta que con la argumentación del ente fiscal no se puede deducir la gravedad de la conducta ni el riesgo

de repetición de esta, asimismo, que su prohijado no tiene antecedentes penales y que es una persona que trabaja como mecánico y tiene arraigo, por tanto, solicita que no se le imponga medida de detención preventiva en establecimiento carcelario y subsidiariamente en caso de que proceda se imponga la detención preventiva en su lugar de domicilio.

Posterior a la argumentación de las partes, la Juez de Control de Garantías encargada en el caso, haciendo hincapié en lo dicho por el ente fiscal y manifestando que de los elementos materiales probatorios y la prueba física legalmente obtenida por parte de la representación del ente fiscal, sobre todo del relato que hace la menor, se está ante la presencia del delito que está consagrado en el artículo 210A del Código Penal y que tiene una pena de 1 a 3 años, en este caso agravado por el artículo 211 numeral 4 cuando se realizare en menor de 14 años, si en cuenta se tiene que se trata de una niña de 11 años, manifestando que el acoso se denota por las relaciones de autoridad o poder, posición laboral, social, familiar, económica, respecto de quien acosa y persigue o sigue a la menor, física o verbalmente con fines sexuales.

La juez trae a colación una jurisprudencia sobre el acoso sexual corporal aduciendo que trae efectos sobre el cuerpo o la psiquis del sujeto pasivo o el sujeto activo y pasivo, existiendo una relación de autoridad y poder, la cual puede ser por razón de la edad como se presenta en este caso, el verbo rector sería acosar que es apremiar a una persona con requerimiento de contenido sexual y es así porque la niña dijo que el procesado la acoso en tales términos.

Continuando con la argumentación, la señora Juez aduce que en este caso se cuenta con todos los elementos para imponer una medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario, ya que frente a la adecuación típica de la conducta de acuerdo con el núcleo fáctico y jurídico se demuestra que se trata de un delito sexual contra una menor, y cabe en esto la consideración personal de que se debe como administradores de justicia proteger a nuestros

niños que están siendo vulnerados a diario con este tipo de conductas y mandar un mensaje a la sociedad, por tanto, se denota con esto la gravedad de dicha conducta, por lo que al encontrar que de los elementos materiales probatorios, en específico de la declaración de la menor, se infiere razonablemente que el aquí procesado es autor de los hechos, y que es un peligro para otras menores de edad, por tanto, se le impuso la detención preventiva en establecimiento carcelario, quedando ejecutoriada la decisión ante la no interposición de recursos por las partes.

Aplicación del test contenido en el estándar de garantías que componen el debido proceso en el Sistema interamericano.

En este caso y de acuerdo al estándar normativo, la Corte reitera que la Convención Americana debe interpretarse de forma tal que sus disposiciones tengan un efecto útil, es decir, que cumplan efectivamente el fin de protección para el cual fueron instituidas. En materia sustantiva, esto implica que su texto debe interpretarse de una manera que garantice que los derechos que consagra sean prácticos y efectivos, y no teóricos o ilusorios (*ius puniendi*) (CIDH, 2011, pág. 133).

1. Desde este enfoque se empezará el estudio de las garantías, con la del **debido proceso en abstracto**. Dentro de ella se contempla la garantía de acceso a la justicia. Como en el caso A, se cumplió en el aspecto formal protegiéndose el derecho del juez natural, y en el presente proceso lo hizo también con el Juzgado de Control de Garantías que debido a donde ocurrieron los hechos era el llamado a realizar dicho examen.

Sucesivamente, en lo que respecta al plazo razonable en estas diligencias se procedió con legalización de la captura en el término previsto para tal fin, sin embargo, nuevamente haciendo una consideración más amplia del proceso y que es preciso denotar así no sea el tema directo de análisis, se concluye que no se atendió a la imperiosidad que debe primar en este tipo de casos, a tal punto que cuando se dictó sentencia faltaban tan sólo tres días para cumplir la pena el acusado.

En consonancia con lo anterior, se rompe en esta etapa procesal de la imposición de la medida con el principio de inmediación de la prueba, puesto que el juez no pudo escuchar directamente la versión de la menor que fue el elemento material probatorio base para la imposición de la medida, así como el principio de su valoración razonable que debe establecer siempre a criterios basados en la sana crítica de los elementos materiales probatorios, por tanto, al juez no le estaría permitido argumentar con base en juicios que atiendan a la gravedad de un delito determinada por situaciones generales como la edad, sexo, etc. Sin las consideraciones específicas que requiere cada caso, y por el contrario debería hacer una apreciación que no incluya aspectos tan subjetivos, como lo expresado textualmente que aduce a que bajo su *consideración personal* se están violentados a los niños y que por tanto debe mandarse un mensaje a la sociedad, manifestando seguidamente que por eso se trata de una conducta grave, sin embargo, dicho postulado estaría en contravía de la valoración razonable de la prueba y de la presunción de inocencia.

Aunado al derecho al procedimiento, está que en el primer rasero del proceso, esto es, las audiencias preliminares, el principio de amplitud de la prueba es más complejo para la defensa que para la fiscalía pues como pudimos observar en los diferentes procesos, los imputados debieron hacer uso del sistema de defensoría pública y en ninguna de las audiencias se presentó ninguna prueba siquiera sumaria por parte de la defensa, aunque, se tiene claro que a la fiscalía es a la que le corresponde probar la responsabilidad y que debe aportar todo tipo de pruebas así sean favorables al acusado. Sin embargo, en los casos analizados, en la imposición de la medida no se dio cumplimiento a tal premisa, teniendo que para poder avalar el arraigo como se pretendió argumentar en este caso, existen ciertos elementos materiales probatorios de fácil acceso que se pueden obtener en pro de tal corroboración por parte del juez.

Más aún y buscando sustentar una no imposición de la medida de aseguramiento debiese atender el juez a la garantía del impulso procesal de oficio que es aquel que esta estatuido con el fin de proteger los derechos del procesado, sin embargo, en la práctica en los diferentes casos no ocurrió, máxime cuando en las tres decisiones objeto de análisis se acudió a una especie de fórmulas que atendían en todas a la gravedad de la conducta por las edades de las víctimas y al peligro para la sociedad por el riesgo de repetición de dichas conductas, terminando por llenar una serie de requisitos previstos en el Código de procedimiento penal en pro de argumentar la procedencia de la imposición de la medida y en todas referenciando el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, para sustentar la imposición de la medida de detención preventiva en establecimiento carcelario.

2. En lo que atañe a la garantía del **derecho a una sentencia justa**, se halla que respecto al derecho a recurrir el fallo, no podría aseverarse que fue violado porque se dio dicha posibilidad aunque la defensa técnica no haya hecho uso de dicho derecho, sin embargo, en este caso se presenta el mismo inconveniente procesal de no poder recurrir la decisión que declara formulada válidamente la imputación en contra del encausado pues así está previsto las fases de proceso penal acusatorio, pues aunque se ha dicho que se trata de una comunicación formal, la CIDH ha sido reiterativa en que todas las decisiones que generen afectaciones a los intereses de las partes y sus derechos mismos, en especial del procesado debe ser susceptible de recurso ante un tribunal de superior jerarquía.

3. **Derecho a la presunción de inocencia**, la observancia de este derecho implica, en primer lugar, que como regla general el imputado debe afrontar el proceso penal en libertad. Lo que supone que la prisión preventiva sea utilizada realmente como una medida excepcional; y que en

todos aquellos casos en los que se disponga su aplicación, se tenga el derecho a la presunción de inocencia al establecerse las razones legítimas que pudiesen justificarla.

Como toda limitación a los derechos humanos, la privación de la libertad previa a una sentencia, deber ser interpretada restrictivamente en virtud del principio pro homine, según el cual, cuando se trata del reconocimiento de derechos debe seguirse la interpretación más beneficiosa para la persona, y cuando se trata de la restricción o supresión de los mismos, la interpretación más restrictiva (CIDH, 2011, pág. 134).

En tal sentido, está que no fue debidamente protegida esta garantía por la juez de instancia toda vez que desde la perspectiva del protocolo de garantías que se construyó para este análisis y de lo que ha establecido la Corte Interamericana, la conducta por la que fue investigado y condenado el aquí procesado no conllevaba la gravedad que haga necesaria la detención preventiva para evitar su repetición, puesto que en el ámbito del Sistema Interamericano casi que está ligada a las graves violaciones de derechos humanos, sin llegar con esto a desmeritar la repercusión de este tipo de conductas al estado psíquico y anímico de una persona.

No obstante, en todos estos casos deben realizarse por parte del juez de control de garantías la aplicación del test de proporcionalidad frente a los derechos afectados, situación que no se avizora en los tres casos objeto de muestra, en este caso en específico, la funcionaria de control de garantía no argumento en pro de la gravedad que no se sustentaría en el ámbito de movilidad punitiva pues en realidad es muy poco comparado con otros delitos que infringen este mismo bien jurídico (1 a 3 años) Así, se observa claramente la ausencia de análisis por parte del juez constitucional de no afectar la libertad del detenido, es tan evidente este punto, que cuando se emite la condena le faltan tan sólo tres días para cumplirla en su totalidad.

4. Aunado, a lo anterior está que se violó el **non bis in ídem** en sentido lato y que ha sido previsto por la Corte, pues en la argumentación de la juez se puede hacer el siguiente análisis: por una parte prevé que la gravedad de la conducta está determinada porque se trata de una menor de edad y vuelve a poner de presente este acontecimiento de la edad, en cuanto manifiesta que es un delito agravado por lo cual debe proceder la medida de detención preventiva.

En lo que toca al principio **in dubio pro reo**, se puede afirmar que fue violado en este proceso, toda vez que antes de la sentencia condenatoria en contra no debiera usarse este tipo de medidas, ya que violan a todas luces dicho principio, pues se están emergiendo juicios de responsabilidad anticipada y máxime cuando se trata de esta clase de delitos que no ameritan tal gravedad para su imposición.

5. En cuanto al **principio de legalidad**, se encuentra que el hecho por el cual se legalizó la captura, se imputó y posteriormente se impuso la medida, se encontraba tipificado como punible según la adición que se le realizó al Código Penal por medio de la ley 1257 de 2008 en su artículo 29, sin embargo, aunque no haga parte del análisis en la medida de detención preventiva como tal, la tasación punitiva no quedó bien realizada por parte de la juez debido a que dijo que partía del mínimo y se ubicó en el cuarto medio violando con esto dicho principio, sin embargo, se hace la acotación sin ahondar, pues se trata de un tema más complejo, que requiere de mayor precisión y que se aleja de la etapa procesal frente a la cual se está centrando el análisis.

6. Por último y no menos importante, se dejó la valoración del **derecho de defensa** en sí, que en este caso aplicado a la defensa material y defensa técnica, la cual se cumplió debido a que se le asignó un abogado provisto por el Estado para tal fin, sin embargo, en cuanto a la garantía que se desprende de esta que atañe primero al acceso a las pruebas de cargo y la posibilidad de combatirlas, no se está cumpliendo a cabalidad e íntegramente como se ha planteado en la

Jurisprudencia del Sistema Interamericano, pues en este, son claros en disponer que desde el mismo momento en que se le comunican los cargos debiesen exhibirse los elementos materiales probatorios y evidencia legalmente obtenida, lo anterior, con el fin de empezar la defensa material por parte del mismo indiciado, pues como ocurre en nuestro sistema procesal, se podría afirmar que se empieza en una carrera contra el tiempo en la medida en que para la legalización de la captura se cuenta con un término perentorio de 36 horas.

En ese sentido, el defensor debería conocer antes de la audiencia inclusive las pruebas que serán utilizadas en la legalización, imputación e imposición de medida de aseguramiento para que no sea sorprendido y pueda controvertirlas, situación que no ocurrió en este proceso como se pudo extraer tanto del expediente como de los registros magnetofónicos de las audiencias iniciales. Tal consideración va de la mano con el derecho al tiempo y los medidos razonables de defensa.

Ahora bien, en lo que hace referencia a la garantía de igualdad, se puede decir que en este y los demás casos seleccionados se dio en un campo formal, pues materialmente cuando se aprehende al procesado y se empieza a realizar toda la vinculación formal al proceso para poder la fiscalía presentarlo ante el Juez de Control de Garantías en aras a legalizar la captura, y en los otros dos casos cuando se efectuó la captura, la defensa empieza en desventaja en cuanto al desarrollo de la garantía al procedimiento en lo que toca a los elementos materiales probatorios y evidencia legalmente obtenida, pues en nuestro país, la fiscalía cuenta con un Cuerpo Técnico de investigación (CTI) y con el apoyo de un Instituto científico como medicina legal en cuanto al auxilio necesario para poder fabricar las pruebas, mientras que no existe un Cuerpo Técnico par en la defensoría pública que cumplan las mismas funciones y que tenga todo el andamiaje técnico y logístico para poder usarlo en pro del procesado, empezando el desbalance de la ecuación en tal sentido.

Asimismo, aunque la defensa puede hacer uso de los dictámenes de medicina legal, en la práctica se presentan más trabas de índole administrativo al respecto, pues para poder solicitar dicho dictámenes médico legales se requieren toda una serie de requisitos que terminan imponiendo cargas excesivas que los defensores públicos a veces le es difícil soportar debido a otras razones de tipo administrativo como el volumen de los procesos que enfrentan en este Circuito Judicial es de tanta envergadura que ha llevado hasta que ellos mismo hayan realizado protestas al respecto.

Recapitulación CASO B

Se trata pues de la aprehensión en flagrancia de un hombre quien ha sido acusado por el delito de *acosos sexual agravado por la edad de la víctima (11 años)*, a quien el Juez de Control de Garantías impone medida de aseguramiento consistente en la detención preventiva en establecimiento carcelario. De allí que se avizore la vulneración de ciertas garantías, a saber: en primer lugar, en lo que atañe al *debido proceso* en sí mismo, se apreció la dilación del procedimiento afectando al imputado, y la *inmediación de la prueba* en tanto que el juez tomó la decisión de imponer la medida de aseguramiento atendiendo a criterios meramente subjetivos sin tener en cuenta la amplitud probatoria. En segundo lugar, dentro de la garantía de *sentencia justa* y *derecho a recurrir el fallo*, encontramos que opera al igual que el caso precedente, por cuanto la defensa no recurrió la decisión de imposición de la medida tantas veces señalada. La garantía de *presunción de inocencia* se ve menguada si en cuenta se tiene que la prisión preventiva debía atender a criterios sustentados probatoriamente, y no a valoraciones subjetivas como la “consideración personal” del juez. Finalmente, las garantías de *in dubio pro reo* y *legalidad*, se menguaron pues se emergen juicios de responsabilidad anticipada y acaeció una incorrecta

tasación de la pena, criterio que se esbozó aunque no hace parte de la etapa procesal de investigación en dónde se aplicó el test.

6.3 Análisis Judicial de la Imposición de Medida de Aseguramiento CASO C.

Posterior a la legalización de captura y formulación de imputación se realiza audiencia de imposición de medida de aseguramiento, en donde la fiscalía sustenta su solicitud aduciendo que se trata de un delito en donde el padre biológico toca en sus genitales a su menor hija de 10 años propiciándole besos y caricias.

Por tanto, se demuestra con esto que es una conducta grave que injuria no solo a la víctima sino al tejido social en general, afirmando que se allegan elementos probatorios como el registro civil de la menor en donde se constata su edad, así como la entrevista rendida por ésta ante la psicóloga de la Fiscalía. En el mismo sentido, afirma la representante del Ente fiscal que el imputado es una persona que sería un peligro para la víctima porque vive en su misma casa y reitera que para la sociedad entera, pues al no respetar su propio núcleo familiar se denota que es una persona sin principios ni valores y que no acata normas, por tanto, se debe imponer la medida referida.

Frente al traslado, la defensa asevera que su prohijado no tiene antecedentes y que cuenta con arraigo, asimismo, que en estos casos solo se está frente al dicho de la menor sin que existan huellas ni ningún tipo de lesión según lo consignado en el informe pericial de medicina legal. En igual sentido, aduce que él estaba en inmediaciones de su hogar cuando se le captura en una flagrancia que como se adujo en la audiencia anterior no ocurrió, sin embargo, se encontraba jugando póker con unos vecinos quedando sorprendido como acá mismo como se lo hizo saber a su señoría debido

a que el hecho relatado por la menor no ocurrió, es así que por encontrarse aquí imputado por este delito no se puede decir que sea un peligro social pues no se tiene certeza ni de la ocurrencia del hecho y tampoco se está ni siquiera ante una inferencia razonable de autoría que debe preceder una medida tan lesiva para su defendido como privarlo de su libertad.

Igualmente, el defensor afirma que su cliente actualmente labora en una fábrica de zapatería y que por la premura del tiempo no pudo allegar la certificación, siendo el sustento económico de su familia, pues su esposa se dedica a las ventas ambulantes sin tener un ingreso fijo, por tanto, no debe imponerse la medida de detención preventiva en establecimiento carcelario.

La juez procede a imponer medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario, afirmando que, pese a que el examen médico legal no es claro en determinar que existen lesiones o eritemas, las reglas de la experiencia conducen a señalar que en todos los casos no quedan este tipo de contusiones en la piel. Igualmente, los hijos y más como en este caso los menores no son capaces de mentir contra sus padres, no obstante, a su juicio existen otros elementos materiales probatorios como la declaración de la menor que es importante en la medida en que tales eventos ocurren a puerta cerrada, por tanto, de dicha declaración se puede llegar a la inferencia razonable que el hecho existió, así como que por tratarse de una conducta que atenta contra la libertad sexual de una menor de edad que es la propia hija del señor L.M.M.F., procede la medida de detención preventiva que este caso según lo anotado por la ley 1098 del 2006 en su artículo 199, no permite que cuando se presenten estos casos ante el juez de control de garantías y se solicite la imposición de una medida de aseguramiento se imponga otra diferente a la detención preventiva en establecimiento de reclusión.

Aplicación del test contenido en el estándar de garantías que componen el debido proceso en el Sistema Interamericano.

En este caso, se observa latentemente la debilidad institucional del sistema judicial, en cuanto a las falencias de investigación que terminan por afectar directamente a una persona no en sí misma sino su proyecto de vida que va a aunado al libre desarrollo de su personalidad en la medida en que se le obstruye la posibilidad de seguir el desarrollo de su labor u oficio, en este caso la zapatería, pues se terminó en este proceso absolviendo al encausado, ahora bien, se empezará el análisis según el orden llevado a cabo en el protocolo y lo consignado en este:

1. El derecho al **debido proceso en abstracto** tiene una doble connotación, la primera derivada de la Carta de Política, denominado debido proceso constitucional y el segundo que emerge de la labor desarrollada por el legislador, denominado sencillamente debido proceso.

Lo anterior, también encuentra sustento en instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad tales como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En materia penal esta garantía reviste especial importancia, teniendo en cuenta los bienes jurídicos que se encuentran en juego. Por lo anterior, es necesario que en el momento de adoptar una decisión el juez cuente con todos los elementos de juicio que le permitan establecer la responsabilidad o la inocencia del sindicado (Corte Constitucional. Sentencia T-508, 2011).

De allí la relevancia de garantizar su participación activa o representación dentro del proceso, esto es, darle prioridad a la garantía al procedimiento, la cual no fue protegida en este caso, puesto que no se resguardaron los principios adyacentes tales como la amplitud de la prueba, pues en este caso la juez decidió solo con la versión de la menor, que, aunque es una prueba importante en estos casos no debiera ser la única a tenerse en cuenta para imponer la medida de detención preventiva.

La fiscalía hubiese tenido que ahondar más en las labores investigativas, asimismo, también se violó el principio de inmediación de la prueba, ya que el testimonio con el cual se le impuso la medida no fue practicado en la diligencia prevista para tal fin pese a que se le captura en una situación de flagrancia que generó dudas para la defensa, sin embargo, pese a que se alegó lo propio por la defensa no se interponen recursos en tal sentido.

2. Asimismo, está el derecho a **la presunción de que debe ser considerado inocente el procesado**, y tratado como tal, mientras no se determine su responsabilidad penal mediante una sentencia firme.

En este punto, es menester manifestar que el contenido de la presunción de inocencia exige que la sentencia de condena y, por ende, la aplicación de la pena, sólo pueden estar fundadas en la certeza del tribunal acerca de la existencia de un hecho punible atribuible al acusado, dicha presunción no siempre se tiene en cuenta cuando se hacen juicios de etiquetamiento como ocurre en este caso, es decir, cuando se trata de anteponer a ciertos delitos como los cometidos con la libertad, integridad y formación sexual de menores una especie de veto de culpabilidad, máxime cuando se acusa a algún miembro del entorno familiar, pues la juez fue enfática en manifestar que por las reglas de la experiencia le indican que la situación probatoria denota que los menores no mienten en estos casos contra sus padres máxime por la edad de la víctima, consideración que parece presumir la culpabilidad del imputado (CIDH, 2011).

De igual modo, el juez a quien le corresponde conocer de la acusación penal tiene la obligación de abordar la causa sin prejuicios, y bajo ninguna circunstancia debe suponer a priori que el acusado es culpable, por tanto, la premisa antes referida parece ubicar al procesado en un silogismo donde el resultado va a ser la presunción de responsabilidad y valora una entrevista más allá de la

capacidad suasoria que puede dar sin tener en cuenta que no ha sido sujeta a la garantía propia de la contradicción probatoria.

Desde tal perspectiva, se observa que dicha presunción de inocencia es la que ha llevado al derecho penal moderno a imponer como regla general, que toda persona sometida a proceso penal debe ser juzgada en libertad y que es sólo por vía de excepción que se puede privar al procesado de la libertad (principio de excepcionalidad) (CIDH, 2013). Dicha situación no se cumple en este caso, toda vez que como se ha censurado a lo largo del texto en vez de ser excepcional la detención preventiva en estos delitos parece ser la regla, ya que en los tres casos seleccionados aleatoriamente procedió dicha medida y en todos se cita la consideración del artículo 199 del CIA.

5. En cuanto al principio de **legalidad**, es menester manifestar que en cuestión de restricción de la libertad ha tenido más amplios desarrollos y prevé una mayor exigencia, la cual se desvirtúa en materia de detención preventiva, pues se ha determinado en la sentencia C-695 del 2013, por la Corte constitucional que “la detención preventiva no tiene carácter punitivo sino su naturaleza es cautelar, preventiva”, situación que estaría en contravía de lo desarrollado por la Corte Interamericana y el trabajo de campo realizado, pues como tal en nuestro ordenamiento lo que se hace es hacer extensivo la imposición de una sanción penal con naturaleza cautelar.

No obstante, en el caso objeto de estudio se determinó por parte del juez absolver al procesado, sin embargo, en el desarrollo del proceso se vulneró concomitantemente la garantía del plazo razonable pues transcurrió un tiempo excesivo entre la imposición de la detención preventiva y la absolución del procesado, sin que se hubiese revocado la medida con anterioridad trascurriendo aproximadamente cinco años entre la imposición y la solicitud de revocatoria de la medida y la consecuente orden de libertad.

6. El derecho a la **defensa** como parte del debido proceso, está comprendido como la facultad con la que cuenta la parte acusada dentro de un proceso, para disponer de asistencia técnica, bien a través de un profesional escogido por él o a través de uno asignado por el Estado, a ser informado a través de la notificación de las etapas del proceso, solicitar y controvertir pruebas, así como la posibilidad de instaurar recursos y elaborar así una sólida teoría del caso (Corte Constitucional, T-508 de 2011)

En este acápite se tiene que dicha garantía se le brindó al procesado a través de un defensor público, sin embargo, en los elementos que conlleva dicho derecho, se observa que a instancia de las audiencias preliminares es posible afirmar que se vulnera, pues no se dio la posibilidad de controvertir las pruebas, solicitarlas y elaborar una defensa sólida, debido a la premura del tiempo transcurrido entre la captura en flagrancia y la imposición de la medida que es cuestión de que transcurra el tiempo en 36 horas.

Por último, se anota que en ninguna de las argumentaciones realizadas por parte de los jueces de control de garantías se denoto una correcta y completa aplicación del test de proporcionalidad expuesto por la Corte en la sentencia C-695 de 2013, el cual se define como *“El test de proporcionalidad es un instrumento hermenéutico que permite establecer si determinada medida resulta adecuada y necesaria para la finalidad perseguida, sin que se sacrifiquen valores, principios o derechos de mayor entidad constitucional para el caso concreto que se analiza”*, concluyéndose con esto que al no realizarse una idoneidad, adecuación y necesidad de la conducta a cabalidad, terminaron sacrificándose las garantías de mayor raigambre que componen el debido proceso como la presunción de inocencia y el derecho de defensa en sí mismo como fue anotado con anterioridad y es preciso reiterar debido a la gran importancia de esta consideración.

Recapitulación CASO C

En el presente caso, en el cual se imputan cargos a un padre que toca los genitales de su menor hija de 10 años de edad propiciándole besos y caricias, y quien fuere capturado en flagrancia, el juez impone medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario. Se observa la vulneración de garantías como, primeramente, el *debido proceso* en lo que atañe a la *garantía del procedimiento*, pues no se protegió la amplitud de la prueba, dado que el juez impuso la medida con la versión de la menor exclusivamente sin poder ser contrastada en ninguna etapa procesal. Por otro lado, en lo que respecta a la *presunción de inocencia*, la imposición de la medida de detención preventiva debió atender únicamente a la certeza del juez acerca de la existencia de un hecho punible atribuible al acusado (como debe ocurrir en los delitos de tipo sexual), sin suponer que simplemente por tratarse de dichos delitos, se presuma *per se* culpable. Las garantías de *legalidad* y *defensa* no fueron observadas puesto que la medida de detención fue impuesta a manera de punición y no prevención y a su vez se omitió al procesado la oportunidad de controvertir pruebas, solicitarlas y elaborar una defensa sólida por la premura del tiempo entre la captura en flagrancia y la audiencia de formulación de imputación.

7. Orientaciones y Sugerencias para el Análisis de la Imposición de la Medida De Aseguramiento de Detención Preventiva en Establecimiento de Reclusión en Encausados por Delitos Sexuales contra Infantes y Adolescentes.

En primer término, frente a la falta de aplicación de las garantías mínimas por parte de los funcionarios judiciales, se recomienda mayor capacitación dirigida a todos los empleados de la Rama Judicial con mayor exigencia para jueces y fiscales, así como para el sistema de defensoría pública y los defensores en general, por tanto, debería tener como condición previa los sujetos e intervinientes procesales un curso teórico-práctico de derechos humanos enfocado en el debido proceso y las garantías que lo componen así como en otros derechos que se afectan cuando no se protege este, pues, se concluyó en este trabajo la de falta de dicha capacitación, pues la argumentación en las audiencias de imposición de medida de aseguramiento, denota que no se tiene como raigambre los derechos humanos y se encontraron retóricas peligrosas y de derecho penal de enemigo entre los diferentes intervinientes incluyendo también al juez de control de garantías que pareciere un absurdo.

Aunado a ello, se recomienda un trabajo mancomunado por parte de la sociedad civil y las organizaciones de base que protegen los derechos humanos, con el fin de empezar a lograr políticas que incidan directamente en el goce efectivo de los derechos humanos al debido proceso enfocado en el sistema penal acusatorio con el apoyo de los diferentes organismos internacionales.

Por último, la sugerencia principal que se presenta en este trabajo es que posterior a la capacitación que se propone, debería tenerse como lineamiento base un protocolo como el

propuesto en este informe final, lo anterior con el propósito de que sirva de eje rector de la protección de las garantías mínimas que deben respetarse para una persona encausada por delitos sexuales contra infantes y adolescentes en la etapa de indagación e investigación, primeramente.

Desde la anterior consideración, la recomendación es sustentar cualquiera medida restrictiva de la libertad a favor o en contra de un encausado en esta clase de delitos bajo el rasero del derecho humano al debido proceso y las garantías mínimas expuestas en este trabajo que lo compondrían, y desde donde debe indefectiblemente respaldarse las decisiones judiciales para evitar eventuales responsabilidades de los funcionarios Estatales de tipo político, económico, social y de cara a la dignidad del ser humano como eje transversal del Estado Social y democrático de derecho.

8. Conclusiones

La primera conclusión que arroja el trabajo y que se constituyó en el eje de la presente investigación es poner en evidencia ante la opinión pública que en la actualidad no se configura un goce efectivo de los derechos humanos en el Circuito Judicial de Bucaramanga, en cuanto a las garantías *mínimas* que componen el debido proceso como concepto abstracto al momento de la imposición de la detención preventiva, puesto que en los tres casos abordados se resquebrajo la aplicación del estándar de derechos propuestos en el protocolo para tal fin como se pudo avizorar en el capítulo inmediatamente anterior.

La segunda conclusión es que desde la perspectiva de los diferentes sujetos procesales participantes en el trabajo de campo, todos sin excepción dejaron de lado en al menos una de las

veces la protección de las garantías del encausado al momento de la imposición de la detención preventiva; el juez en específico apelo a una serie de formalidades procesales, olvidando el sustrato característico que compone un proceso justo, desde ahí se tiene que en ningún proceso utilizado como muestra, salió avante ni siquiera la protección irrestricta que debería realizarse por parte del Juez de Control de Garantías que se estatuyo con tal fin desde la constitucionalización del derecho procesal penal.

La tercera conclusión que se permite extraer es que pese a que el problema planteado en el trabajo aquí realizado ha sido reconocido por el Sistema Interamericano desde el siglo pasado en las Américas, así como que se han establecido múltiples convenciones no sólo en el sistema Interamericano e internacional, sino que nuestra propia Constitución y en el derecho procesal penal, no obstante, se pudo concluir que hace falta incorporar en la administración de justicia un enfoque de derechos humanos arraigado a la práctica judicial, pues se cuenta con un marco de derechos de protección amplísimo y con múltiples progresos, sin embargo, en la actualidad frente a los encausados por delitos sexuales contra infantes y adolescentes de la región no es posible aseverar que se presenta la efectivización de las garantías en el marco judicial.

Por último, se puede afirmar que existe una carencia de un ejercicio de diálogo procesal en el desarrollo de la etapa de indagación e investigación enfocada al momento de imposición de la detención preventiva, en donde se escuchen más a las personas directamente afectadas (los imputados por delitos contra infantes y adolescentes), ya que en ninguno de los casos se les permitió su intervención, por la misma dinámica del proceso, así como los demás sujetos parecen prestar menos atención a esta consideración, no obstante, sólo así se podría decir que en el Circuito Judicial de Bucaramanga se respeta el derecho humano al debido proceso y no la consagración de tipo legal y formal de este como se puede deducir del trabajo de campo.

Referencias

- Álvarez-Gayou, J. (2003). *Cómo hacer investigación cualitativa: Fundamentos y Metodología*. México, Paidós.
- Arboleda Vallejo, M., & Ruiz, J. (2016). *Manual de Derecho Penal Especial*. Bogotá: Leyer Ediciones.
- Avella Franco, P. O. (2007). *Estructura del proceso penal acusatorio*. 176. Bogotá: Fiscalía General de la Nación. Escuela de Estudios e Investigaciones Criminalísticas y Ciencias Forenses.
- Bula, A., & Bula, E. (s.f.). *Críticas a la constitucionalidad de la detención preventiva en Colombia*. Revista Actualidad Jurídica, pp. 9-14. Revista Actualidad Jurídica, pp.9-14.
- Calamandri, & Ubertis. (1996). Citados por Díaz Cabiale, José Antonio. *Principios de Aportación de Parte y Acusatorio: la imparcialidad del juez*. Granada: Editorial Comares.
- Castaño Tierno, P. (2014). *¿Otra política penal es posible? Un estudio sobre la viabilidad de una política criminal alternativa al populismo punitivo*. Revista Estudios Penales y Criminológicos, 34.
- Chero Medina, F. (s.f.). *Prisión Preventiva en el Perú ¿Eficacia Procesal o Juicio Mediático?* Obtenido de [www.monografias.com](https://www.monografias.com/trabajos107/prision-preventiva-peru-eficacia-procesal-o-juicio-mediatico/prision-preventiva-peru-eficacia-procesal-o-juicio-mediatico2.shtml): <https://www.monografias.com/trabajos107/prision-preventiva-peru-eficacia-procesal-o-juicio-mediatico/prision-preventiva-peru-eficacia-procesal-o-juicio-mediatico2.shtml>
- CIDH [Comisión Interamericana de Derechos Humanos]. (1987). *El Hábeas Corpus bajo suspensión de garantías*. (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A N° 8, párr. 26.
- CIDH [Comisión Interamericana de Derechos Humanos]. (2000). *Informe N° 50700. Caso 11.298. Venezuela: Fondo Reinaldo Figueredo Planchart*.

- CIDH [Comisión Interamericana de Derechos Humanos]. (2001). Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay. Cap. IV, párr. 33.
- CIDH [Comisión Interamericana de Derechos Humanos]. (2008). Caso Yvon Neptune vs. Haití. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180, párr. 38.
- CIDH [Comisión Interamericana de Derechos Humanos]. (2011). Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas. párr- 66 y ss.
- CIDH [Comisión Interamericana de Derechos Humanos]. (2013). Comunicado de Prensa 23/13 - CIDH culmina 147° período ordinario de sesiones. Obtenido de www.derechos.org: http://www.derechos.org/nizkor/arg/doc/carceles27.html#N_7_
- CIDH [Comisión Interamericana de Derechos Humanos]. (2013). Informe sobre el uso de la detención preventiva en Las Américas. Obtenido de <https://es.slideshare.net/benavifer/informe-prision-preventiva-2013-cidh>
- CIDH [Comisión Interamericana de Derechos Humanos]. (s.f.). Quinto informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala. Cap. VII, párr. 32.
- Cifuentes Muñoz, E. (s.f.). Acceso a la justicia y debido proceso en Colombia. (Síntesis de la doctrina constitucional).
- CIJP [Comisión Inter Eclesial de Justicia y Paz]. (s.f.). Manual autoformativa sobre el acceso a la justicia y derechos humanos en Honduras. Obtenido de www.corteidh.or.cr: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r27255.pdf>
- Congreso de la República de Colombia. Ley 1142. (2007). Por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 793. (2002). Por la cual se deroga la Ley 333 de 1996 y se establecen las reglas que gobiernan la extinción de dominio.

Congreso de la República de Colombia. Ley 906. (2004). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.

Constitución Política de Colombia. (1991).

Convención Americana sobre Derechos Humanos. (s.f.). Artículo 1. Numeral 2.

Corte Consitucional. Sentencia C-738. (2008). M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional . Sentencia C-1194. (2005). M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional. C-Sentencia 496. (2015). M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional. Sentencia 121. (2012). M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional. Sentencia 845. (2001). M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional. Sentencia C-003. (2017). M. P. Aquiles Arrieta Gómez.

Corte Constitucional. Sentencia C-024. (1994). M.S. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. Sentencia C-034. (2014). M.P. María Victoria Calle.

Corte Constitucional. Sentencia C-083. (2015). M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Constitucional. Sentencia C-1154. (2005). M.P. Manuel Josè Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional. Sentencia C-1194. (2005). M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional. Sentencia C-1198. (2008). M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Constitucional. Sentencia C-1512. (2000). M:P. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional. Sentencia C-154. (2004). M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional. Sentencia C-209. (2007). M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional. Sentencia C-214. (1994). M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional. Sentencia C-217. (1996). M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional. Sentencia C-248. (2013). M.P. Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional. Sentencia C-271. (2003). M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional. Sentencia C-318. (2008). M. P. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional. Sentencia C-331. (2012). M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional. Sentencia C-339. (1996). M:P: Julio César Ortiz Gutiérrez.

Corte Constitucional. Sentencia C-383. (2005). M-P- Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional. Sentencia C-425. (2008). M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional. Sentencia C-454. (2006). M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional. Sentencia C-496. (2015). M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional. Sentencia C-591. (2005). M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional. Sentencia C-641. (2002). M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional. Sentencia C-646. (2001). M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional. Sentencia C-679. (1998). M. P Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional. Sentencia C-695. (2013-b). M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Constitucional. Sentencia C-738. (2008). M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional. Sentencia C-774. (2001). M. P. Rodrigo Escobar Bil.

Corte Constitucional. Sentencia C-799. (2005). M.P Jaime Araújo Rentería.

Corte Constitucional. Sentencia C-822. (2005). M.P Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional. Sentencia C-939. (2003). M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional. Sentencia C-980. (2010). M:P: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional. Sentencia T-039. (1996). M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional. Sentencia T-061. (2002). M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional. Sentencia T-140. (1993). M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional. Sentencia T-238. (1996). M.P. Vladimiro Naranjo mesa.

Corte Constitucional. Sentencia T-280. (1998). M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. Sentencia T-416. (1998). M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. Sentencia T-440. (2013). M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional. Sentencia T-458. (1994). M:P: Jorge Arango Mejía.

Corte Constitucional. Sentencia T-467. (1995). M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional. Sentencia T-467. (1995). M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional. Sentencia T-508. (2011). M.P. Jorge Ivan Palacio Palacio.

Corte Constitucional. Sentencia T-762. (2001). M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional. Sentencia T-762. (2015).

Corte Constitucional. Sentencia T-945. (2001). M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte IDH [Corte Interamericana de Derechos Humanos]. (1987). OC-9/87.

Corte IDH [Corte Interamericana de Derechos Humanos]. (2001). Caso Barrios Altos vs Perú.

Corte IDH [Corte Interamericana de Derechos Humanos]. (2002). Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago.

Corte IDH [Corte Interamericana de Derechos Humanos]. (2003). Caso Juan Humberto Sánchez vs Honduras.

Corte IDH [Corte Interamericana de Derechos Humanos]. (2003). Caso Myrna Mack Chang vs Guatemala.

Corte IDH [Corte Interamericana de Derechos Humanos]. (2004). Caso Baena Ricardo vs Panamá.

Corte IDH [Corte Interamericana de Derechos Humanos]. (2004). Caso Herrera Ulloa vs Costa Rica.

Corte IDH [Corte Interamericana de Derechos Humanos]. (2004). Caso Lori Berenson Mejía vs Perú.

Corte IDH [Corte Interamericana de Derechos Humanos]. (2004). Caso Tibi vs Ecuador.

Corte IDH [Corte Interamericana de Derechos Humanos]. (2005). Caso Palamara Iribarne vs Chile.

Corte IDH [Corte Interamericana de Derechos Humanos]. (2006). Corte IDH.

Corte IDH [Corte Interamericana de Derechos Humanos]. (2007). Caso Garibaldi vs Brasil.

Corte IDH [Corte Interamericana de Derechos Humanos]. (2008a). Caso Valle Jaramllo vs Colombia.

Corte IDH [Corte Interamericana de Derechos Humanos]. (2008b). Caso Heliendo Portugal vs Panamá.

Corte IDH [Corte Interamericana de Derechos Humanos]. (2010). Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs Bolivia.

Corte IDH [Corte Interamericana de Derechos Humanos]. (2011). Caso Gelman vs Uruguay.

Corte IDH [Corte Interamericana de Derechos Humanos]. (2012). Caso Mohamed vs Argentina.

Corte IDH. (2013). Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago.

Corte IDH [Corte Interamericana de Derechos Humanos]. (2013). Caso J vs Perú.

Corte IDH [Corte Interamericana de Derechos Humanos]. (2016). Caso Chinchilla Sandoval vs Guatemala.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2012). SP34661.

Corte Suprema de Justicia. Casación 21. (2007). M.P. Javier Zapata Ortiz. Radicado 25920.

Corte Suprema de Justicia. Casación 38267. (2017). M.P. José Luis Barceló Camacho.

Corte Suprema de Justicia. Radicado 21347. (2005). Sala de Casación Penal. M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

Corte Suprema de Justicia. Radicado 28288. (2007). M.P. Alfredo Gómez Quintero.

Corte Suprema de Justicia. Radicado 47862. (2017). Sala de Casación Penal. SP15490-217. M. P. José Luis Barceló Camacho.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia 34661. (2012). M. P.. Luis Guillermo Salazar.

Creswell, J. W. (1998). Investigación cualitativa y diseño de investigación: Elegir entre cinco tradiciones. Londres: Sage Publications.

Creswell, J. W., & Plano Clark, V. L. (2007). El diseño y la realización de la investigación de métodos mixtos. Mil Oaks: C. A. Sage.

Cruz, B. (2013). Fundamentos de la detención preventiva en el procedimiento penal colombiano. Revista Derecho Penal y Criminología, XXXIII (95), pp. 69-100.

Del Toro Huerta, M. I. (2015). Jueces, mundialización y derecho internacional de los derechos humanos:. (deberes, responsabilidades y posibilidades de la judicatura en el mundo contemporáneo). Madrid.

Derecho Penal Colombiano. (2014). Derecho de confrontación y estudio sobre lo elementos objetivos, objetivos, subjetivos y normativos el delito de demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años. Obtenido de [derechopenalcolombia.blogspot.com](http://derechopenalcolombia.blogspot.com/2014/12/derecho-de-confrontacion-y-estudio.html): <http://derechopenalcolombia.blogspot.com/2014/12/derecho-de-confrontacion-y-estudio.html>

Devis Echandía, H. (1981). Compendio de Derecho Procesal. Teoría General del Proceso, I, 8. Bogotá: Editorial A.B.C. .

- Fernández León, W. (2009). *Procedimiento Penal Acusatorio y Oral*. Bogotá: Ediciones del Profesional.
- Fernández Rubina, C. M. (2015). *La prisión preventiva y su vulneración al derecho de presunción de inocencia de los procesados por el delito de tráfico de drogas en el establecimiento penitenciario de Huanuco*. Tesis de grado para optar al título de Abogado. Huanuco, Perú: Universidad de Huanuco.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón, (Teoría del garantismo penal)* . Trad. P. Ibáñez A., Ruiz Miguel, J. Bayói, J. Terradillos, R. (Cntrarero). Madrid: Trotta.
- Fiscalía General de la Nación. (2007). *Módulo de Preparación para Fiscales. Estructura del Proceso Penal*.
- Fiscalía General de la Nación. (2009). *Manual de Procedimiento de la Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio*.
- García Ramírez, S., Islas de González Mariscal, O., & Peláez Ferrusca, M. (s.f.). *Criterios y jurisprudencia americana de derechos humanos: influencia y repercusión en la justicia penal*. Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3817/24.pdf>
- Gómez Velásquez, G. (2010). *Prisión Perpetua - Ley 1327 de 2009*. 114.
- Guerrero Peralta, O. (2007). *Fundamentos Teórico Constitucionales del Nuevo Proceso Penal*. 2a. ed. Bogotá: Editorial Nueva Jurídica.
- Hernández Sampieri, R. (2014). *Metodología de la investigación*. México: Mc Graw Hill.
- Hernández, R., Fernández, C., & Baptista, P. (2006). *Metodología de la Investigación*. México: Mc Graw Hill.
- Islas-Colin, A., & Díaz-Alvarado, A. (2016). *El derecho al acceso a la justicia en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos: construcción doctrinal y jurisprudencial*. (UAEM, Ed.) *Revista Prospectiva Jurídica*, Año 7(14).

- La Rosa, M. R. (s.f.). Principios fundamentales y limitativos de la prisión preventiva según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Obtenido de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/02/doctrina42898.pdf>
- Martínez, P. (2006). El método de estudio de caso: estrategia metodológica de la investigación científica. *Revista Pensamiento & Gestión* (20), pp. 165-193.
- Medina Ycochea, L. Z. (2017). La medida restrictiva de prisión preventiva y su influencia en la presunción de inocencia de los procesados en el Distrito Judicial de Lima Norte, periodo 2017. Tesis para optar el grado académico de maestra en derecho penal y procesal penal. Lima.
- Meléndez, F. (2012). Instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables a la administración de justicia. Estudio constitucional comparado, 8a. ed.
- Mertens, D. (2005). Investigación y evaluación en educación y psicología: integración de la diversidad con métodos cuantitativos, cualitativos y mixtos. . Thousand Oaks, Sage.
- Ministerio de Justicia. (s.f.). Racionalización de la detención preventiva. Obtenido de www.minjusticia.gov.co:
<https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/4detencionpreventiva.pdf>
- Misión Internacional Derechos Humanos y Situación Carcelaria. (2001). Centro de Reclusión en Colombia:. Un Estado de cosas inconstitucional y de flagrante violación a los Derechos Humanos. Bogotá: Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Oficina en Colombia.
- Muñoz, F. (2011). La generalización del derecho penal de excepción: tendencias legislativas y doctrinales: entre la tolerancia cero y el derecho penal del enemigo. *Revista Ciencia Jurídica*, Año 1, N° 1, 113-142.
- Naciones Unidas. (1990). Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio). Obtenido de <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/TokyoRules.aspx>
- OEA [Organización de Estados Americanos]. (2013). Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas. Obtenido de <http://www.derechos.org/nizkor/arg/doc/carceles27.html>

- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos humanos. (2006). Citado por Pinzón Laverde en: Detención preventiva y debido proceso en Colombia: un estudio crítico.
- OMS [Organización Mundial de la Salud]. (2007). Departamento de Salud Mental y Abuso de Sustancias. Prevención del suicidio en cárceles y prisiones, pp. 8 y 10 . Obtenido de http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/75425/1/WHO_MNH_MBD_00.7_spa.pdf.
- ONU [Organización de Naciones Unidas]. (2013). Relator especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. Informe provisional, A768/295.
- Pérez Hualde, A. (2015). Responsabilidad por daños ocasionados por la prisión preventiva. Revista Misión Jurídica. Obtenido de <https://www.revistamisionjuridica.com/responsabilidad-por-danos-ocasionados-por-la-prision-preventiva/>
- Pinzón Laverde, A. J. (2016). Detención preventiva y debido proceso en Colombia: un estudio crítico. Revista de Derecho Penal, 5-48 . Obtenido de http://legal.legis.com.co/document.legis/detencion-preventiva-y-debido-proceso-en-colombia?contexto=rpenal_d6ef1a6111cc4d77916dfd9a957f6ba7&documento=rpenal&vista=STD-PC
- Prieto Monroy, C. A. (2002). De las necesidades, de los intereses y de los instrumentos, Algunas reflexiones acerca del hombre, del Estado, del Derecho y del procedimiento. . Tesis de grado. Universidad Javeriana. Bogotá.
- Prieto Monroy, C. A. (2003). El proceso y el debido proceso. Obtenido de <https://www.redalyc.org/html/825/82510622/>
- Procuraduría General de la Nación. (2010). Código de la Infancia y Adolescencia Concordado. Obtenido de <https://myslide.es/documents/codigo-de-infancia-y-adolescencia-procuraduria.html>
- Restrepo, L. (s.f.). Breviario de definiciones relacionadas con los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales. Citado por Moreno Jaramillo & Otros en: Tocamientos corporales no consentidos: Análisis desde la perspectiva jurisprudencial en el Estado Colombiano. Tesis de grado Universidad Libre Seccional Pereira, 2012.

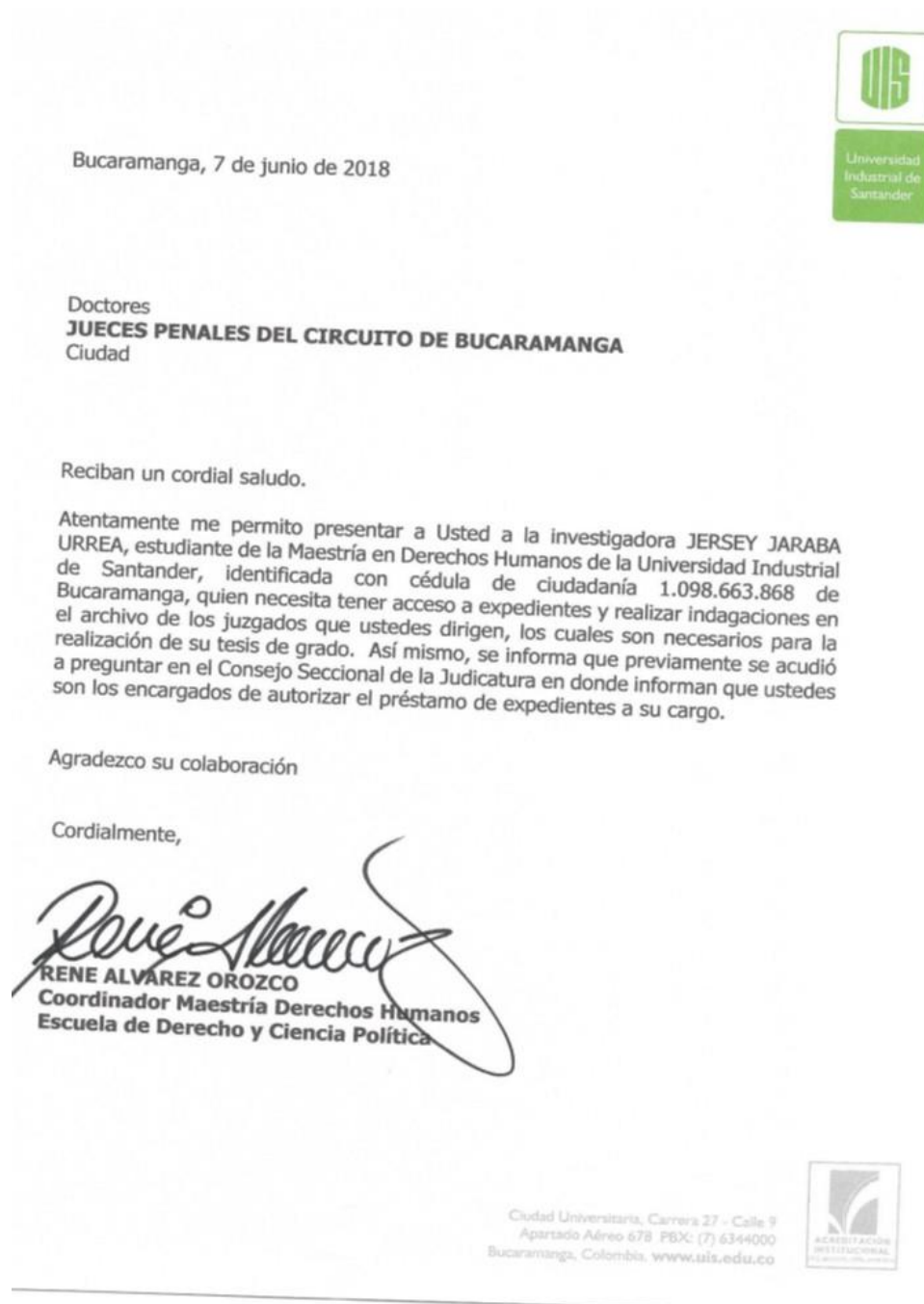
- Rodríguez Ortega, J. (2014). Metodología de la investigación. Proceso aplicado a las ciencias jurídicas. Bogotá: Leyer Editores.
- Rodríguez Recia, V. M. (s.f.). El debido proceso legal y la convención americana sobre derechos humanos. Obtenido de <https://es.scribd.com/document/300007941/El-Debido-Proceso-Legal-y-La-Convencion-Americana-de-Derechos-Humanos>
- Salmón , E., & Blanco, C. (2012). El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Sandoval Casilimas, C. (2002). Investigación Cualitativa.
- Saray, N. (2016). Procedimiento Penal Acusatorio (Imputación, acusación, preparatoria, juicio oral). Bogotá: Leyer Editores.
- Torres Ávila, J. (2017). La teoría del Garantismo: poder y constitución en el Estado contemporáneo. Revista de Derecho, 47, pp. 138-166.
- Tribunal Superior de Bogotá. (2014). Sentencia de Segunda Instancia. M.P. Alberto Poveda Perdomo.
- Van Manen, M. (1990). Investigando la experiencia vivida: la ciencia humana para una pedagogía sensible a la acción. Universidad Estatal de Nueva York.
- Van Mannen, M. (2002). Investigación cualitativa.
- Vasilachis, I. (2006). Estrategias de Investigación Cualitativa. Barcelona: Gedisa.
- Viana, R. (2018). Conceptos básicos probabilidad y estadística.
- Wray, A. (2000). El debido proceso en la Constitución. Obtenido de <http://docplayer.es/22072096-El-debido-proceso-en-la-constitucion.html>
- Zaffaroni, E. (1990). En busca de las penas perdidas. Bogotá: Editorial Temis.

Zaffaroni, E. (2014). ¿Derecho penal humano o inhumano? Revista de Derecho Penal y Criminología, Año IV (8), pp, 3-243 .

Zaffaroni, E. (2017). Derecho penal humano y poder en el siglo XXI. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.

Apéndices

Apéndice A. Carta de presentación como investigadora



Apéndice B. Guía de análisis jurisprudencia

GUÍA DE ANÁLISIS JURISPRUDENCIA

1. Magistrado o juez ponente: persona encargada de presentar la ponencia
2. Fecha providencia: día en que se emite la sentencia
3. Radicado: identificación numérica de la sentencia
4. Corporación o juzgado: quien emitió la sentencia
5. Pregunta problemática de relevancia jurídica: delimitar el interrogante jurídico planteado según la lógica de lo que se pretenda resolverse atinente a los hechos jurídicamente relevante
6. Tesis: defendida por la corporación o el juez que la emite que sirva de criterio orientador en la resolución del caso, recogerá los hechos, sujetos y normas relevantes, es decir la razón para decidir
7. Derechos vulnerados: enunciación y desarrollo de los derechos, garantías o principios en conflicto
8. Análisis: argumentos que permitan tomar una posición crítica frente a la tesis esgrimida en la sentencia bajo estudio.
9. Lineamiento base: atiende a identificar la (s) garantía (s) recogidas por la Corporación y que sirven de enfoque para poder crear el estándar normativo en base al debido proceso como derecho humano.

Apéndice C. Ficha de registro magnetofónico.

FICHA DE REGISTRO MAGNETOFÓNICO

Fecha:

Hora:

Sala audiencias:

Juzgado:

Tipo audiencia:

Partes e intervinientes

	Juez	Fiscalía	Defensa	Representante de víctimas	Procesado
Solicitud de la medida					
Argumentos que sustentan la solicitud					
Decisión de la medida					
Sustentación de la apelación de la medida					
Revocatoria de la medida					
Sustentación de apelación de revocatoria de la medida					

Apéndice D. Certificado.

