

EL CONTROL CONSTITUCIONAL DEL JUEZ DE GARANTIAS EN AUDIENCIAS  
PRELIMINARES DE IMPOSICION DE MEDIDA DE ASEGURAMIENTO.

JAIME ANDRES MAYORGA VILLANUEVA



ESPECIALIZACION DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGIA DERECHO

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA

BOGOTÁ D.C

MARZO DEL 2022

**EL CONTROL CONSTITUCIONAL DEL JUEZ DE GARANTIAS EN AUDIENCIAS  
PRELIMINARES DE IMPOSICION DE MEDIDA DE ASEGURAMIENTO.**

**Jaime Andrés Mayorga Villanueva**

**TRABAJO DE GRADO PRESENTADO COMO REQUISITO PARA OPTAR AL  
TÍTULO DE ESPECIALISTA EN DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA**

**DIRIGIDA POR:**

**FREDY HUMBERTO RODRIGUEZ BONILLA**

**CARGO**

**Profesor titular y apoyo de investigación: fundamentos epistemológicos**



**ESPECIALIZACION DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGIA DERECHO**

**UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA**

**BOGOTÁ D.C**

**MARZO DEL 2022**

**Dedicatoria**

Agradecimiento especial a mi esposa Erica Bello, quien con sus muestras de amor ha confiado en mí, poniendo siempre por delante nuestra creencia en Dios, su apoyo incondicional durante todo este proceso ha permitido que hoy pueda cumplir una nueva meta.

A mis hijos Yucel David; Andrés Felipe y Fabian Samuel a quienes hoy les dedico este nuevo triunfo, por ser esa fuente de inspiración y motivación para sacar mis proyectos adelante.

**Tabla de contenido**

Resumen.....5

Abstract.....6

Introducción.....7

    Objetivos.....8

        1.1 Objetivos general.....8

        1.2 Objetivos especificos.....8

Capítulo 1: Test de proporcionalidad y su importancia en la audiencia de control de garantías.....**¡Error! Marcador no definido.**

- 1.1 Definición del test de proporcionalidad
- 1.2 Antecedentes históricos del test de proporcionalidad
- 1.3. Funcionamiento del test de proporcionalidad desde la óptica constitucional
- 1.4. Características del test de proporcionalidad
- 1.5. Derechos constitucionales en coalición con la medida de aseguramiento privativa de la L.

Capítulo 2: Medidas de aseguramiento relevancia en el sistema penal acusatorio Ley 906 de 2004; conceptos jurisprudenciales.....**¡Error!**

**Marcador no definido.**

- 2.1 Tipos de medida de aseguramiento en la Ley 906 del 2004
- 2.2 Caracteristicas principales de las medidas de aseguramiento en Colombia
- 2.3 Porcedencia legal de las medidas de aseguramiento
- 2.4 Analisis de la autoria o participacion del sujeto activo cuando comete un delito.
- 2.5 Conceptos jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia ( Sala penal y casacion Penal).

Capitulo 3: Funciones del Juez de control de garantías, procedencia de la audiencia de imposición medida de aseguramiento Ley 906 de 2004.....	35
3.1 Juez de Control de Garantias	
3.2 Requisitos legales de las medidas de aseguramiento	
3.2.1 Obstruccion de la justicia (articulo 308 delCodigo de Procedimiento Penal)	
3.2.2 Peligro para la sociedad (articulo 310 delCodigo de Procedimiento Penal)	
3.2.3 Peligro para la victima ( articulo 311 delCodigo de Porcedimiento Penal).	
3.2.4 No comparecencia (articulo 312 delCodigo de Procedimiento Penal).	
3.3. Relevancia de los tipos de captura en materia penal	
3.4 Los peligros procesales como fundamento de la detencion preventiva Ley 906/2004	
4. Conclusiones y recomendaciones.....	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>
Lista de referencias .....	41

**Resumen**

La medida de aseguramiento ha sido reconocida como una medida preventiva en materia penal por medio del cual un sujeto activo que comete una conducta delictiva es sancionado penalmente por parte del Estado y sus autoridades competentes. Esta medida radica en su privación de la libertad pues la sanción penal respectiva se desarrolla por medio de fallo judicial dado por el juez penal el cual ordena que se cumpla en una infraestructura carcelaria. Es por esta razón, que la medida de aseguramiento va más allá del derecho penal en si y toca esferas del derecho constitucional pues la constitución del país expone que uno de los derechos fundamentales es el derecho a la libertad del individuo. Este derecho, debe ser garantizado bajo parámetros de legalidad y del debido proceso aplicable en todo tipo de delito.

**Palabras claves.**

Conducta delictiva, individuo, sistema social, ley penal, cárcel.

**Abstract**

The security measure has been recognized as a preventive measure in criminal matters through which an active subject who commits criminal conduct is criminally sanctioned by the State and its competent authorities. This measure is based on their deprivation of liberty, since the respective criminal sanction is carried out through a judicial ruling issued by the criminal judge, which orders that it be carried out in a prison infrastructure. It is for this reason that the security measure goes beyond criminal law itself and touches areas of constitutional law, since the country's constitution states that one of the fundamental rights is the right to individual freedom. This right must be guaranteed under the parameters of legality and due process applicable to all types of crimes.

**Keywords.**

Criminal behavior, individual, social system, criminal law, prison.

**Introducción.**

La presente investigación es el resultado de la revisión de literatura, búsqueda de fuentes entre otros, enfocada inicialmente en el control constitucional del juez de garantía en audiencias preliminares de medidas de aseguramiento, esta investigación, tuvo como fin crear un nuevo conocimiento al procedimiento penal más exactamente frente al sistema penal acusatorio en el país, ya que no solo se abordó el derecho penal propiamente dicho, sino que, también se abordó el ámbito del derecho constitucional y más cuando se trata de medidas de aseguramiento como privación de la libertad del reo o procesado.

Por lo tanto, en el presente trabajo de investigación se evidenció la eficacia que tiene las decisiones judiciales frente a la imposición de las medidas de aseguramiento, esto hace parte tanto del objetivo general como de la pregunta de investigación. Así las cosas, de aquí se tuvo que en la investigación se abordó y se analizó la noción general del test de proporcionalidad, sus antecedentes, principales características su igualdad y funcionamiento desde la óptica constitucional para posteriormente analizarlo y aplicarlo al ámbito penal en la audiencia de imposición de medida de aseguramiento.

Dentro de este orden de ideas, en este trabajo de investigación se analizó y se presentó los diferentes tipos de medida de aseguramiento que existen en el sistema penal acusatorio desde la normatividad vigente en el país por medio de la Ley 906 de 2004, para de este modo determinar sus principales características y correlacionarlas con conceptos jurisprudenciales dados por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, así, teniendo en cuenta estos fallos judiciales dados por la Corte, se hizo especial énfasis a la entrada en vigor de esta mencionada ley.

Esta investigación definió en un tercer orden, cual es el rol y las funciones del juez de control de garantías con su respectiva correlación y análisis con los artículos pertinentes del código de procedimiento penal para posteriormente analizar los diferentes tipos de captura y estrecha relación con las medidas de aseguramiento privativas de la libertad que se imponen en el país.

## **Objetivos**

### **Objetivo general.**

Determinar si resultan eficaces las decisiones adoptadas por parte de los jueces de control de garantías en la audiencia de imposición de medida de aseguramiento.

### **Objetivos específicos.**

- Analizar la figura del test de proporcionalidad y su funcionamiento en la audiencia de imposición de medida de aseguramiento.
- Presentar los tipos de medida de aseguramiento en el ordenamiento jurídico colombiano.
- Definir el rol y las funciones del juez de control de garantías en la audiencia de imposición de garantías.

**Pregunta de investigación**

¿Resultan eficaces las decisiones adoptadas por parte de los jueces de control de garantías en la audiencia de imposición de medida de aseguramiento?

**Hipótesis de investigación**

Colombia como Estado Social de derecho, cuya formula política es que gobernantes y gobernados están sometidos al imperio de la ley con primacía de los derechos fundamentales y derechos humanos, debe ser garantista de estos derechos y más cuando a una persona se le está imponiendo una medida de aseguramiento por parte del Juez de control de garantías. Teniendo en cuenta lo anterior, se tiene la siguiente pregunta de investigación y respectiva hipótesis.

¿Resultan eficaces las decisiones adoptadas por parte de los jueces de control de garantías en la audiencia de imposición de medida de aseguramiento?

El artículo 29 de la carta política de 1991, expone la importancia del debido proceso, siendo este en primer lugar la base fundamental hacia el respeto de las garantías judiciales y administrativas de toda persona a lo largo del territorio nacional. Partiendo de este punto, se tiene el análisis desde el ámbito penal y en concordancia con este artículo constitucional que la ley penal y sus respectivas sanciones privativas de la libertad se aplica a las personas sin consideraciones diferentes, es decir con trato igualitario para todos. Por lo tanto, es deber del juez aplicar dicha norma de forma consecuente y acorde a las circunstancias de todos y cada uno de los individuos.

Así las cosas, se tiene que, en cuanto a lo concerniente del test de proporcionalidad, este test es aplicable para evaluar o ponderar si cuando se restringe el derecho (como es el derecho a la libertad para este caso) dicha restricción es equivalente a los beneficios de la restricción, con esto lo que se pretende observar es si una sanción penal es desproporcionada o no al derecho fundamental que se ataca.

Del mismo modo, se pretende analizar que si bien es cierto la sanción penal va directamente contra el derecho fundamental de la libertad, esta privación del derecho debe estar sujeta al marco de la legalidad y debido control penal- constitucional.

De otro lado, se tiene que las medidas de aseguramiento están definidas en el código de procedimiento penal (Ley 906 de 2004) más exactamente en el artículo 307 en donde el legislador penal expone estas medidas se clasifican en dos grupos: el primero conocido como medidas de aseguramiento privativas de la libertad: las cuales radican en:

- Detención preventiva en establecimiento de reclusión
- Detención preventiva en la residencia señalada por el imputado

En cuanto al segundo grupo este es conocido como medidas no preventivas de la libertad, las cuales no si bien se mencionaran en este trabajo de investigación, no se profundizarán pues el eje central de la investigación está en las medidas de aseguramiento con fin preventivo de la libertad.

Por consiguiente, cabe destacarse que, las medidas de aseguramiento se dan según el tipo penal o delito cometido, pues la conducta delictiva a sancionarse penalmente con una medida privativa de la libertad debe tener unas características que desde la observancia de persona o ciudadano deben ser sancionadas de manera ejemplar para la no incurrancia del delito ante la sociedad.

Por último, es de tenerse en cuenta que el juez de control y garantía en materia penal es el que expide las órdenes de captura, este consagrado en el artículo 297 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) en donde se estipula que la orden de captura por orden judicial queda a cargo del juez de control de garantías a petición del fiscal quien hace la solicitud en primer orden.

Por ende, las 3 audiencias preliminares que más se practican son las de legalización de captura, la imputación y la solicitud de imposición de medida de aseguramiento todas están se abordarán en el trabajo de investigación.

### **Test de proporcionalidad y su importancia en la audiencia de control de garantías**

A continuación, se abordará todo lo relacionado al test de proporcionalidad, el cual es considerado una herramienta jurídica para determinar qué principio o derecho está en equivalencia con una sanción respectiva (esto aplicado desde la óptica penal como se expondrá en este trabajo de investigación) se abordará el análisis sobre el test de proporcionalidad, su igualdad y funcionamiento desde la óptica constitucional para posteriormente analizarlo y aplicarlo al ámbito penal. Es decir, de aquí se analizará la noción general del test de proporcionalidad, sus antecedentes y las principales características del test de proporcionalidad para relacionarlo y dar posible análisis frente a su aplicación en la audiencia de imposición de medida de aseguramiento.

#### **Definición del test de proporcionalidad.**

El test de proporcionalidad consiste:

Como método de interpretación y control judicial de las restricciones a los derechos fundamentales Este método ha sido implementado por las altas cortes más exactamente por la Corte Constitucional, en donde su uso se frecuenta por medio de situaciones fácticas por la restricción y coalición de varios derechos fundamentales (Ariza,2018)

Así las cosas, este método ha sido implementado por las altas cortes más exactamente por la Corte Constitucional, en donde su uso se frecuenta por medio de situaciones fácticas por la restricción y coalición de varios derechos fundamentales. Por otro lado, este juicio de proporcionalidad se puede usar como método de interpretación ya que no solo se busca o se pretende interpretar uno o varios derechos fundamentales, sino que; también busca dar solución a la existencia de choque entre principios constitucionales.

Por lo tanto, es importante tener presente que Colombia como Estado social de derecho en donde existe prevalencia de los derechos fundamentales de todos y cada uno de los individuos, su fórmula política con dicha prevalencia se ve plasmada en la constitución política de 1991 en donde esta Carta expone un catálogo de derechos fundamentales los cuales son origen de la corriente neo-constitucional.

Así las cosas, se afirma que: “estos derechos constitucionalizados no son de protección absoluta, sino que, cada derecho se enfrenta a la realidad de ser limitado” (Carbonell 2008) Esta afirmación dada por el doctrinante es lógica, puesto que cada uno de los derechos fundamentales que posiblemente pueden ser discutidos por la coalición que exista entre ellos bajo cualquier escenario puede verse limitado y esta limitación puede ser dada tanto por el Estado en si (cuando por ejemplo una persona no es atendida oportunamente por entidades de salud públicas o privadas negándoles de este modo su acceso a la seguridad social artículo 49 de la constitución que si bien no es un derecho fundamental pero si es conexo con el derecho fundamental a la vida artículo 11 constitucional).

De otro lado, puede existir limitación por parte de la sociedad misma por ejemplo cuando se le niega a un joven recibir educación en su institución educativa por tener el cabello largo entro otras caracterizaciones propias e inherentes a su personalidad pues para el resto de los compañeros, padres y sociedad en general no es bien visto tal situación. En la situación descrita, se evidenciaría la vulneración y desprotección del derecho fundamental en primer lugar al libre desarrollo de la personalidad consagrado en el artículo 16 de la Carta política de 1991 y de otro lado al derecho a la educación también contemplado en la carta.

Lo anteriormente descrito son situaciones o escenarios cotidianos en donde el test de proporcionalidad es utilizado para analizar por qué se restringe un derecho u otro y dar solución equitativa y justa para el individuo.

*Antecedentes históricos del test de proporcionalidad.*

Los antecedentes del principio de proporcionalidad, y por ende del test de proporcionalidad provienen de “Prusia (Alemania) en donde se caracterizaba, en principio, por tener una aplicación en ámbitos policivos, marcando por parámetros de limitación a las actuaciones de la administración (...)” (Vivas,2012)

De lo anterior, se puede analizar que el principio de proporcionalidad y el test de proporcionalidad en la antigüedad tenía una aplicación en áreas específicas o que requerían sanción policial – penal para conductas que fueran en contravía con los parámetros del Estado; entendiéndose este como actividades administrativas o de gobierno.

De otro lado, se reafirma lo dicho en el párrafo anterior, en donde se exponía que el usar el test de proporcionalidad principio de proporcionalidad se daba para analizar conductas que si bien pueden ser delictivas en donde interviene el derecho penal en sí, también era necesario la intervención de derecho administrativo relacionado para la época como intervención estatal. Por lo tanto y teniendo en cuenta esto:

“El principio de proporcionalidad en Alemania inicia en a mitad del siglo XIX, pues para la época existían desacuerdos para ejercer la actividad policial” Montealegre, Bautista y Vergara (2014)

Asimismo, Montealegre et.al (2014) afirman que: “los jueces administrativos efectuaban cierto control denominado control de exceso, con el cual se determinaba si las medidas tomadas por la policía se ceñían estrictamente al cumplimiento del fin de mantener la seguridad y el orden generales”

Lo anterior puede entenderse desde el punto de vista que bajo la competencia de los jueces administrativos se podía juzgar si había extralimitación en el actuar policial y si el actuar en general se enmarcaba en la legalidad, pues no solo en esa época sino también en la actualidad se presenta irregularidades en las actuaciones de la policía, por lo que es necesario que exista un debido control y vigilancia respecto a este asunto.

*Funcionamiento del test de proporcionalidad desde la óptica constitucional.*

Para abordar el test de proporcionalidad desde la óptica constitucional se expondrán a continuación dos sentencias de la Corte Constitucional en donde se evidencia la importancia del test para la toma de decisiones judiciales. Para esto en primer lugar, se tiene que el test de proporcionalidad:

La prohibición de exceso y la prohibición de defecto. El primero tiene que ver principalmente con la limitación del uso del poder público de cara a las libertades fundamentales. El segundo se aplica por lo general respecto de los deberes positivos del Estado y la protección de los derechos que comprenden la actuación de las autoridades para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado. (C.C., Sentencia C-916/02, Colom.).

De lo anterior se analiza que, tal cual como se evidencio en el acápite anterior que se refería a los antecedentes históricos del test de proporcionalidad en Alemania, este juicio hermenéutico y judicial que es usado para emitir fallos y ponderar que derecho o principio prima más que otro, es usado en Colombia para determinar si existe extralimitación de funciones y por ende de actividades estatales las cuales dichas extralimitaciones pueden afectar y vulnerar derechos de individuos y de colectividades.

Así las cosas, por otro lado, se tiene la segunda sentencia de la Corte Constitucional que se investigó y analizó en lo concerniente a la proporcionalidad y la ponderación a saber:

(...) La proporcionalidad se refiere entonces a la comparación de dos variables relativas, cuyos alcances se precisan en la situación concreta, y no a la ponderación entre una variable constante o absoluta, y otras que no lo son. La delimitación proporcional de los bienes jurídicos en conflicto, mediante su armonización en la situación concreta, se hace necesaria cuando se toma en serio la finalidad social del Estado de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y se pretende impedir que, por

la vía de la restricción injustificada de los derechos, termine por socavarse el contenido de uno o varios de ellos. (C.C., Sentencia T-425/95, Colom).

Con lo anterior, se puede entender que: de un lado la proporcionalidad requiere de dos variables relativas y la ponderación de una sola variable, es decir, la proporcionalidad siempre tendrá como base dos principios o derechos constitucionalizados que coalicionen en cambio la ponderación solo un derecho o principio.

*Características principales del test de proporcionalidad.*

A continuación, se expondrá las características principales del juicio de proporcionalidad:

- El juicio de proporcionalidad tiene relación con la ponderación
- El test de proporcionalidad busca o pretende sopesar derechos fundamentales y principios constitucionales.
- El principio de proporcionalidad guarda relación directa con el juicio de proporcionalidad ya que lo que se busca es respetar derechos ajenos y tener uso correcto de los derechos propios.
- El test de proporcionalidad pondera la restricción a los derechos fundamentales
- Es relevante hacer diferencia entre principios y reglas constitucionales para dar aplicación al test de proporcionalidad.
- Los principios según Robert Alexy son: mandatos de optimización, normas que ordenan que algo se realizado en la mayor medida posible (Alexy,1993, p.86).
- Las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y en ese sentido pueden ser cumplidas o no.
- La diferencia entre principio y regla es cualitativa y no de grado. Toda norma es o un bien una regla o principio (Alexy,1993, p.87).l test de proporcionalidad es una herramienta argumentativa judicial.

## **Derechos constitucionales en coalición con las medidas de aseguramiento privativas de la libertad**

En este trabajo de investigación, hay coalición de derechos fundamentales los cuales se pueden ver afectados de manera directa cuando el Juez de control de garantías decide imponer medidas de aseguramiento privativas de la libertad. Entre estos derechos en primer lugar está el derecho fundamental a la libertad personal consagrado en la Carta Política:

Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley (Const., 1991, art.28)

Así las cosas, este artículo constitucional expone que nadie podrá ser reducido a prisión o arresto ni detenido siempre y cuando el documento de detención sea escrito por autoridad competente en la materia esto indica que toda orden de medida de aseguramiento entre otros documentos pertinentes en materia penal debe estar debidamente motivadas y bajo el marco de legalidad tanto constitucional- penal requerido.

Otro derecho que si bien puede ser considerado como principio que entra en discusión con las medidas de aseguramiento en penal es la dignidad humana entendida esta de manera multifuncional, pues tanto la dignidad humana como el derecho a la libertad y a la igualdad se pueden considerar como derechos fundamentales autónomos.

Por otro lado, la misma honorable Corte hace unas pautas para tratar de entender la dignidad humana de un individuo partiendo de los siguientes puntos a saber:

Se reitera 3 lineamientos claros y diferenciados que la jurisprudencia a mantenido (I) la dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La

dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones) (C.C., Sentencia T-881/02,Colom.).

Se trae a colación estos planteamientos que da la Corte Constitucional frente a la dignidad, puesto que para el tema de investigación que nos ocupa uno de los pilares que más se verían afectados con una pena privativa de la libertad es en cuanto a las condiciones materiales concretas de existencia de un individuo ( vivir bien) ya que si el juez decide imponer medida de aseguramiento y que la persona pague su condena en cárcel, las condiciones infraestructurales, carcelarias y de salubridad deben tratar en lo posible de hacer llevadera su estancia carcelaria.

### **Medidas de aseguramiento relevancia en el sistema penal acusatorio Ley 906 de 2004; conceptos jurisprudenciales**

En esta investigación se analizará y presentará los diferentes tipos de medida de aseguramiento que existen en el sistema penal acusatorio desde la normatividad vigente en el país por medio de la Ley 906 de 2004, para de este modo determinar sus principales características y correlacionarlas con conceptos jurisprudenciales dados por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, pues teniendo en cuenta estos fallos judiciales dados por la Corte se analizará las medidas de aseguramiento esto teniendo como eje central la protección de derechos fundamentales inherentes al condenado.

#### **Tipos de medida de aseguramiento en la Ley 906 del 2004.**

Las medidas de aseguramiento son solicitadas por la Fiscalía mediante audiencia judicial ante el juez de control de Garantías, esto se hace con el fin de proteger y garantizar fines y/o derechos constitucionales los cuales pueden ser provocados por el condenado a la sociedad pues el victimario o condenado en un proceso penal con su comportamiento social delictivo puede no solo causar daños a la sociedad sino también a una víctima, puede dilatar la investigación que se

inicie en contra de él, dañar el material probatorio y no comparecer a las demás audiencias penales a las que se le citen con posterioridad.

Por lo tanto, la Ley 906 del 2004 expone que existen dos tipos de medida de aseguramiento, de un lado existen medidas de aseguramiento privativas de la libertad y por otro lado medidas de aseguramiento no privativas de la libertad. En cuanto a las primeras: medidas privativas de la libertad están consisten en restringir la libertad del individuo que en materia penal es el procesado.

Es de aclararse y tenerse en cuenta que para que se de aplicación a estas medidas de aseguramiento privativas de la libertad el delito o tipo penal debe consagrar una sanción penal mayor a 4 año. Para determinar este tiempo se debe observar los diversos delitos y/o tipos penales consagrados en la parte especial del Código penal vigente en el país Ley 599 del 2000.

Teniendo en cuenta esto, entre las medidas no privativas de la libertad esta refiere que, si bien se restringe el derecho a la libertad, esta restricción es menor pues la persona debe cumplir con unos requisitos impuestos judicialmente como: brazaletes electrónicos, estar bajo vigilancia de una determinada institución o autoridad, visitas periódicas ante el juez, proscripción de salir del territorio colombiano entre otros.

A continuación, se enunciará las medidas de aseguramiento las cuales se encuentran en el capítulo III artículo 306 titulado como Medidas de aseguramiento del código vigente en el país:

Solicitud de imposición de medida de aseguramiento: El fiscal solicitará al Juez de Control de Garantías imponer medida de aseguramiento, indicando la persona, el delito, los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, los cuales se evaluarán en audiencia permitiendo a la defensa la controversia pertinente. Escuchados los argumentos del fiscal, el ministerio público, la víctima o su apoderado y la defensa, el juez emitirá su decisión. La presencia del defensor constituye requisito de validez de la respectiva audiencia. La víctima o su apoderado podrán solicitar al Juez de Control de Garantías, la imposición de la medida de aseguramiento, en los eventos en que esta no sea

solicitada por el fiscal. En dicho caso, el Juez valorará los motivos que sustentan la no solicitud de la medida por parte del Fiscal, para determinar la viabilidad de su imposición. (Código de procedimiento penal, 2006)

De otro lado, el artículo 307 expone las medidas de aseguramiento que son vigentes en el país, aclarándose que en primer lugar están las privativas de la libertad:

- 1. Detención preventiva en establecimiento de reclusión.**
- 2. Detención preventiva en la residencia señalada por el imputado, siempre que esa ubicación no obstaculice el juzgamiento; negrillas nuestras** (Código de procedimiento penal, 2006)

Asimismo, el código vigente en el mismo artículo decide agrupar unas segundas medidas de aseguramiento titulándolas como medidas no privativas de la libertad a saber:

1. La obligación de someterse a un mecanismo de vigilancia electrónica.
2. La obligación de someterse a la vigilancia de una persona o institución determinada.
3. La obligación de presentarse periódicamente o cuando sea requerido ante el juez o ante la autoridad que él designe.
4. La obligación de observar buena conducta individual, familiar y social, con especificación de la misma y su relación con el hecho.
5. La prohibición de salir del país, del lugar en el cual reside o del ámbito territorial que fije el juez.
6. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o lugares.
7. La prohibición de comunicarse con determinadas personas o con las víctimas, siempre que no se afecte el derecho a la defensa.
8. La prestación de una caución real adecuada, por el propio imputado o por otra

persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda\* o hipoteca, entrega de bienes o la fianza de una o más personas idóneas.

9. La prohibición de salir del lugar de habitación entre las 6:00 p.m. y las 6:00 a.m. (Código de procedimiento penal, 2006)

Teniendo en cuenta esto, se reafirma lo esbozado en los primeros párrafos de este acápite en donde se expone que no todas las medidas de aseguramiento involucran la pena privativa de la libertad mediante cárcel por un periodo de tiempo prolongado, sino que, también pueden ser medidas que involucren otras alternativas de restricción a la movilidad del individuo.

De acuerdo con lo anterior, se considera de vital importancia que las partes involucradas en esta relación social-delictiva tengan conocimiento de sus derechos y deberes, debido a que las personas que están siendo procesadas en materia penal cometen conductas delictivas que pueden generar daños a la sociedad en las cuales la consecuencia puede ser la privación de la libertad, pero aquí para que la sanción penal recaiga en el delincuente primero debe hacerse una total garantía constitucional del debido proceso al individuo.

### *Características principales de las medidas de aseguramiento en Colombia.*

- Las medidas de aseguramiento pueden ser de dos clases; en el primer grupo están las medidas privativas de la libertad las cuales pueden ser aplicadas en la cárcel
- Otra medida privativa de la libertad puede ser aplicada desde el lugar de domicilio de la persona condenada.
- En el segundo grupo de medidas de aseguramiento están las medidas no privativas de la libertad en las cuales el condenado debe usar un mecanismo de vigilancia electrónica.
- Una persona o una entidad respectiva puede vigilarlo.
- Dentro de las medidas de aseguramiento no preventivas la persona puede presentarse periódicamente ante el juez o autoridades competentes dando fe que está cumpliendo su sanción penal a cabalidad.
- A parte de restringir su derecho fundamental a la libertad personal, también se le puede limitar la comunicación con ciertas personas.

- Puede limitarse las salidas en ciertos horarios específicos.
- Puede limitarse a reunirse en ciertos lugares o a ciertos eventos.

*Procedencia legal de las medidas de aseguramiento.*

En este trabajo de investigación se hace estudio en las medidas de aseguramiento en materia penal, las cuales chocan directamente con el derecho fundamental de la libertad de un individuo; según lo expuesto:

Ha considerado el legislador como presupuestos eminentemente formales (no sustanciales, los cuales se examinan en el tema de la necesidad), la naturaleza del comportamiento, la gravedad y la reincidencia como criterios legales para predicar la medida de aseguramiento privativa del derecho a la libertad, sin que ello signifique de ninguna manera que no sea necesario examinar el tema de la proporcionalidad de la medida de aseguramiento, es decir, las finalidades sustanciales o constitucionales de la detención (Prieto 2013)

Cuando el legislador penal a través de su norma positiva expuso que un individuo el cual comete una conducta delictiva debe ser sancionado con una medida de aseguramiento, tanto el legislador, como la sociedad y las víctimas de la conducta delictiva analizan la actividad o delito que sujeto activo ha cometido esta actividad puede ser entendida como un tipo penal tanto de acción como de omisión y este es el reflejo latente del comportamiento de la persona conforme a sus creencias y porque no decirlo crianza del individuo. den

Se debe observar también que aparte del análisis que se le da a el comportamiento del sujeto activo de la conducta delictiva se debe observar la gravedad del daño que ocasiona en la sociedad y si esta conducta puede con el tiempo volverse a cometer pues estos pilares pueden considerarse como los criterios legales para que se aplique una medida de aseguramiento.

### **Análisis sobre la autoría o participación del sujeto activo cuando comete delito y por ende se instaure medida de aseguramiento**

En los acápites anteriores se expuso la relevancia de existe en los tipos penales cuando estos cuentan con extremos punitivos (es decir meses e incluso años de privación de la libertad la cual se paga en cárcel). Si bien es cierto, para que se pueda imponer una medida de aseguramiento el tiempo de sanción penal que tiene cada delito es importante también lo es la calidad con la que actúa el sujeto activo cuando comete delito.

Para analizar esto, el legislador penal ha dejado expuesto que la autoría en materia penal se da cuando una persona realiza la conducta por si mismo y lo divide en un grupo considerado como autoría material, dicha autoría se subdivide en mediato y coautor: en cuanto al primero es decir autor mediato este consiste en que una persona utiliza a otro como instrumento y este instrumento- persona no sabe que lo que realiza es delito por lo tanto al no tener conocimiento que su actuar ya sea en acción u omisión es sancionable no respondería penalmente ya que este instrumento hace el delito por coacción ajena.

De otro lado esta, que el coautor consiste en que la persona divide el trabajo delictivo con acuerdo de voluntades entre las partes que tiene o cumplen un rol específico para la comisión del tipo penal pues cada persona hace un aporte importante.

Teniendo en cuenta esto y aplicado al tema que se ocupa en este trabajo de investigación se tiene que el artículo 308 del código de procedimiento penal es decir Ley 906 del 2004 (el cual se abordara posteriormente) deja claro que para dictar medida de aseguramiento la fiscalía tiene una carga de sustentación pues es esta es la que se encarga de indicarle al juez la persona que cometió el delito y por ende el tipo penal o conducta que realizo el cual es sancionable penalmente.

Esta actuación del fiscal de indicarle al juez tanto el sujeto activo como la conducta delictiva realizada debe estar sustentada por medio del material probatorio recolectado en etapas de investigación esto lo deja expuesto en el artículo 306 del código de procedimiento penal ya que el material probatorio recolectado posteriormente, debe someterse a controversia todo esto con el

fin de determinarse de manera definitiva si la conducta cometida genera daño irreparable en la sociedad y por ende debe ser castigada de manera ejemplar.

### **Conceptos jurisprudenciales Corte Suprema de Justicia Sala Penal y Sala Casación penal frente a las medidas de aseguramiento**

En primer lugar, se investigó un autointerlocutorio en donde se afirma que:

(...) la medida de aseguramiento debe estar acompañada de los elementos de conocimiento necesarios para sustentarla y demostrar la urgencia de su imposición (artículo 306 ídem). (...) Esta afirmación supone que la detención preventiva, en tratándose de delitos cuya pena mínima es igual o superior a 4 años, tiene lugar con la sola existencia de elementos de convicción que permiten inferir que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga. Sin embargo, como viene de verse, ello no es suficiente, pues también se requiere fundamentación probatoria que permita demostrar la necesidad de la medida de aseguramiento para la satisfacción de alguno de sus fines constitucionales (...) (C.S.J., Auto interlocutorio Radicado 16148-2016,Colom.).

De lo anterior se analiza que, una medida de aseguramiento siempre debe estar legalmente motivada pues el restringirle a otra persona su derecho a la libertad dicha decisión judicial debe estar basada en argumentos que se enmarquen dentro de la legalidad y debido proceso judicial pues en fin de cuentas todo individuo que comete una conducta socialmente delictiva y reprochable el Estado está en la obligación de imponerle una sanción penal justa, proporcional y que sirva de ejemplo jurídico para que no se vuelva a repetir.

Por otro lado, se tiene que, como bien se expuso en el acápite anterior; la detención preventiva debe fijarse para los tipos penales en donde la pena mínima es igual o superior a 4 años pues se analiza y se entiende que en los delitos que tienen una pena de este tiempo son conductas delictivas que si bien dejan daños a la sociedad no pueden volverse a cometer.

Teniendo en cuenta esto se debe especificar también la imposición de medida de aseguramiento se debe tener en cuenta también por la calidad en la que actúa el sujeto activo de la conducta (acción u omisión) es decir: al imputado o sujeto activo se le debe analizar si este fue autor o participe de la conducta y por supuesto el material probatorio que se reúna en la etapa de investigación pues todo esto influye en su pena privativa de la libertad.

Así las cosas, este mismo auto interlocutorio deja expuesto que para el caso en concreto que se discutía:

(...) la medida de aseguramiento resultaba “proporcional”, “porque si colocamos en una balanza el derecho fundamental a la libertad de un ciudadano a los derechos de la comunidad (sic), (...) la libertad al no ser un derecho absoluto se debe restringir (...) Para que esto no ocurra el examen o juicio de proporcionalidad abstracto o concreto, requiere: (i) previamente verificar que tanto el medio como el fin en sí mismos sean constitucionales, es decir que la elección del primero y fijación del segundo estén dentro del margen de acción que proporciona el Ordenamiento a la autoridad competente para su imposición, y (ii) adelantar el test a través de tres subprincipios: idoneidad, necesidad y ponderación – o proporcionalidad en sentido estricto-. (C.S.J., Auto interlocutorio Radicado 16148-2016,Colom.).

Es por esta razón que, durante este trabajo de investigación se hace énfasis en la importancia que tiene el test de proporcionalidad pues no solo es relevante en el derecho constitucional, sino que, también lo es para el derecho penal ya que el test de proporcionalidad puede ser vista como una balanza jurídica en donde se sopesa el derecho fundamental a la libertad de un individuo frente a los derechos a proteger de una comunidad que ha sido agravada por un hecho social-delictivo.

Por consiguiente, cuando se impone una medida de aseguramiento privativa de la libertad tanto la orden como su actuación en si deben ser constitucionales ya que esto pende de que exista un debido proceso al condenado y que además de esto también exista unas garantías judiciales las cuales constan en tratados internacionales como lo es la Convención Americana de Derechos

Humanos por sus siglas (CADH), lo anterior consta en el artículo 7 de la convención cuando se aborda todo lo relacionado a la libertad personal.

De este modo, el mismo auto interlocutorio es claro y específico cuando aborda las medidas de aseguramiento pues el que esta medida restrinja la libertad personal de un individuo esta medida penal debe ser:

(...) (i) idónea para la satisfacción de alguno de los fines constitucionales que la justifican –seguridad de la sociedad y las víctimas, efectividad de la administración de justicia y comparecencia del implicado-; (ii) necesaria para ese mismo efecto en los términos atrás explicados, y (iii) ponderada, es decir, que la gravedad de su restricción sea de menor o igual entidad en comparación con la satisfacción del principio o los principios que se pretenden beneficiar con los fines fijados (...) (C.S.J., Auto interlocutorio Radicado 16148-2016,Colom.).

Aquí se hace hincapié en que los fines o derechos constitucionales que deben ser garantizados en primer orden por parte del Estado colombiano son los derechos de una colectividad pues en esto radica la armonía y la convivencia entre individuos. En segundo lugar, para las víctimas de una conducta delictiva debe resarcirse el daño causado, este resarcimiento puede ser entendido desde el aspecto económico, hasta la pena impuesta al sujeto activo de la conducta.

Esta pena impuesta al victimario es la muestra evidente de una buena y eficaz acceso a la administración de justicia, pues solo de este modo los delitos cometidos no quedan impunes. Por último, se enfatiza que toda medida de seguridad impuesta debe ser ponderada pues la restricción a aplicar debe ser igual o menor grado si se contrasta con la satisfacción de los principios y derechos fundamentales que fueron vulnerados.

**Por otro lado, en este trabajo de investigación, se investigó y analizó una sentencia la cual servirá como estudio de caso del tema en cuestión de medida de aseguramiento en donde el señor Santiago Uribe Vélez le imponen medida de aseguramiento por los delitos de homicidio agravado y concierto para delinquir agravado. Para este caso en concreto la situación procesal penal discutida se da debido a que:**

El 27 de julio de 2017, el defensor de SANTIAGO URIBE VÉLEZ solicitó al juzgado la sustitución de la medida de aseguramiento impuesta a su defendido, por alguna no privativa de la libertad. Fundó su petición en lo dispuesto por el art. 1º de la Ley 1786 de 2016, norma que, resalta, es aplicable a procesos penales regidos por la Ley 600 de 2000, pero el juzgado negó la petición y prorrogó la medida de aseguramiento (...) SANTIAGO URIBE VÉLEZ interpone acción de tutela. Tras afirmar el cumplimiento de los presupuestos genéricos de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales, denuncia la vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso e, indirectamente, a la libertad personal. (C.S.J., Sentencia STP16906-2017, Colom.).

De lo anterior, se analiza y discute lo siguiente: se le impone medida de aseguramiento al sujeto activo de la conducta delictiva por delito de homicidio agravado y concierto para delinquir, en cuanto al delito de homicidio agravado según la Ley 599 del 2000 este tipo penal tiene una pena privativa de la libertad que supera los 4 años de pena ya que los extremos punitivos para este tipo penal discutido van desde 208 meses hasta 450 meses de privación de la libertad lo cual es un aproximado a 37 años y medio aproximadamente.

De otro lado al verse negada la solicitud de sustitución de medida de aseguramiento impuesta al defendido el señor Santiago Uribe Vélez interpone acción de tutela para que le sea protegido sus derechos fundamentales al debido proceso y por ende a la libertad personal, lo cual es lógico en cierta parte, debido a que si bien es cierto el debido proceso del defendido no ha sido vulnerado ya que anterior al fallo en donde le interponen medida de aseguramiento hubo unas etapas procesales que fueron debatidas por todas las partes intervinientes de este proceso penal.

Teniendo en cuenta esto, si se analiza el otro derecho presuntamente vulnerado hacia el defendido este alega que se vulnera el derecho fundamental a la libertad personal aquí la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación penal expone que la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) precisa que:

Los artículos 29 de la Constitución y 9º del Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles prohíben, que se insista en la dilatación de la aprehensión de una persona después de un cierto periodo que, además de ninguna forma puede sincronizarse con el término de la pena, logrando desviar la finalidad evidentemente cautelar de la detención preventiva (CADH,1978).

Con esto, se hace referencia a que el extender el tiempo de aprehensión de un individuo es una clara muestra de vulneración de derechos fundamentales y humanos ya que no se le estaría garantizado el derecho constitucional al debido proceso y a las garantías judiciales pues en fin de cuentas, toda actuación procesal debe estar debidamente motivada y sustentada bajo marcos legales tanto del derecho constitucional como del derecho penal.

Por otro lado, en esta sentencia la Corte decide analizar que debe existir una fijación legal de un plazo máximo de vigencia de la detención preventiva pues:

Mediante el art. 1º de la Ley 1760 del 6 de julio de 2015, el legislador estableció un *término máximo de vigencia de la medida de aseguramiento de detención preventiva*. Dicha norma, que nunca entró en vigor porque fue subrogada por el art. 1º de la Ley 1786 del 1º de julio de 2016, disponía que, salvo lo previsto en los párrafos 2º y 3º del art. 317 de la Ley 906 de 2004, *el término de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad no podrá exceder de un año, prorrogable por un año más en determinados casos*. Con la entrada en vigor de *los términos* previstos en el art. 1º de la Ley 1786 de 2016, a partir del 1º de julio de 2017 (según el art. 5º *ídem*), es dable afirmar que, en Colombia, salvo lo previsto en los párrafos 2º y 3º del art. 317 de la Ley 906 de 2004, “el término de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad no podrá exceder de un año. (C.S.J., Sentencia STP16906-2017, Colom.).

De lo anterior se analiza que, cuando exista exceso de la pena privativa de la libertad la cual por mandamiento legal tiene un periodo de tiempo prorrogable de un año, se debe acudir primero a un análisis sustantivo de la norma ya que es lógico que si se trata de un tipo penal específico como lo es un delito de homicidio agravado es evidente que es una conducta delictiva la cual pone en peligro varios derechos fundamentales de varios individuos que conforman una sociedad ya establecida. Por lo tanto, no se puede pedir ante tribunales que se desista de una medida de aseguramiento ya que el daño que se causó a través de una conducta como esta no puede quedar impune y no puede volverse a cometer. En cuanto a la prórroga no debería prorrogarse pues la norma es clara en decir que no da a lugar, pero si debería mantenerse fijo la medida de aseguramiento impuesta.

De suerte que, por las anteriores razones, el párrafo 1° del art. 307 de la Ley 906 de 2004, modificado por el art. 1° de la Ley 1786 de 2016, es del todo aplicable a procesos regidos por la Ley 600 de 2000. Por tratarse de un derecho fundamental de toda persona investigada o juzgada penalmente con privación de su libertad personal, *los plazos* establecidos en la norma rigen para ambos procedimientos. (C.S.J., Sentencia STP16906-2017, Colom.).

Por último, se tiene que, al verse afectado el derecho fundamental a la libertad personal, los plazos dados por la norma rigen tanto para el procedimiento penal de la Ley 906 de 2004 como para la ley 600.

### **Funciones del Juez de control de garantías, procedencia de la imposición medida de aseguramiento Ley 906 de 2004**

En este capítulo se definirá en su tercer capítulo cual es el rol y las funciones del juez de control de garantías cuando procede la audiencia de imposición de medida de aseguramiento. Aquí se observará si es posible cuales pueden ser los diferentes tipos de captura y su correlación con las medidas de aseguramiento privativas de la libertad.

#### **Juez de control de Garantías Ley 906 de 2004.**

El actual código de procedimiento penal es decir (Ley 906 de 2004) en el capítulo III concerniente a las medidas de aseguramiento, más exactamente en su artículo 308; expone que el juez de control de garantías a petición del fiscal general de la nación decretara la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogida (entendiéndose esto en conjunto como carga probatoria) se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o participe de la conducta delictiva que se investiga.

Aunando a lo anterior, el mismo artículo en mención expresa que para que se configuren estas medidas de aseguramiento estas deben cumplir unos requisitos legales y especiales a saber:

Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia. 2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima. 3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia. (Ley 906, 2004, art. 308).

Se reafirma con esto, lo que se ha planteado en el transcurso de este trabajo de investigación, ya que las medidas de aseguramiento en primer lugar buscan o pretenden que haya un eficaz acceso a la administración de justicia y este acceso a la justicia es impartido tanto para las víctimas de un tipo penal como para la sociedad misma pues el que se falle en derecho y en protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados.

Por otro lado, se busca que con el fallo judicial que impone la medida de aseguramiento al imputado se evidencie ante la sociedad que la persona que cometió la conducta delictiva es vista y puede ser considerada como un peligro para la sociedad por lo tanto al imponer la medida de aseguramiento el cual será aplicada y penada en cárcel se proteja a la sociedad y a la víctima de futuros actos delictivos impidiendo la reincidencia.

#### ***Requisitos legales de la medida de aseguramiento.***

En el acápite anterior se expuso que el artículo 308 del Código Procedimiento Penal expone 3 requisitos legales para que se pueda configurar las medidas de aseguramiento privativas de la libertad a continuación se explicará cada una de ellas teniendo en cuenta la doctrinante Laura Matiz Monroy de la universidad de los Andes.

***Obstrucción a la justicia artículo 308 del Código de Procedimiento Penal.***

Así las cosas, se tiene que:

La primera causal que corresponde a la obstrucción de la justicia, la medida de aseguramiento privativa de la libertad se hace con el fin de proteger el proceso judicial que se lleve a cabo hasta el momento pues cada etapa procesal requirió anteriormente una recolección de datos (o pruebas) se pudo haber necesitado de ciertos funcionarios públicos es decir peritos entre otros para esta recolección. Es por lo que por medio de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad el Estado Colombiano ejerce su máxima autoridad para prevenir que se altere o se dilate las etapas procesales previas y ya concluidas. (Matiz, 2013).

Pues es el Estado colombiano el único legitimado para investigar y sancionar a quienes han cometido un delito y por ende han causado daño irreparable a las víctimas y a la sociedad en si, por lo tanto, se tiene y se entiende que el Estado colombiano es el titular de la acción penal del país, ya que al proteger estas etapas procesales se va encaminado poco a poco hacia el esclarecimiento de la verdad ante los hechos delictivos cometidos.

***Peligro para la sociedad artículo 310 del Código de Procedimiento Penal.***

Por otro lado, esta misma doctrinante decide analizar el artículo 310 de la C.P.P en donde este se refiere al peligro en el que se puede ver sometido la sociedad: ante esto la Corte Constitucional expuso que:

El consejo de estado ha manifestado como concepto de la proporcionalidad en derecho penal lo siguiente: En el derecho penal, la proporcionalidad regula las relaciones entre diversas instituciones, como entre la gravedad de la conducta punible y la sanción penal a imponer por su comisión, entre las causales de justificación y la posible eximente de punibilidad, entre las causales de agravación o atenuación y la graduación de la pena, o entre la magnitud del daño antijurídico causado y la sanción pecuniaria correspondiente a fijar por el juez (...) (C.C., Sentencia C-1198/08, Colom.).

De lo anterior, se induce que el test de proporcionalidad como bien se expuso en los capítulos anteriores a parte de cumplir a cabalidad en el terreno constitucional este es una herramienta muy útil cuando se aplica en el derecho penal ya que lo que se pretende es regular las relaciones existentes entre diferentes autoridades e instituciones que son partícipes de imponer sanciones penales.

***Peligro para la víctima artículo 311 del Código de Procedimiento Penal.***

Según Aponte (s,f) “ se entenderá que la seguridad de la víctima, se encuentra en peligro por la libertad del imputado, cuando existan, motivos infundados que permitan inferir que podrá intentar contra ella, su familia o sus bienes”.

De lo anterior, se analiza y se entiende que, solo a través de la medida de aseguramiento privativa de la libertad para con el sujeto activo que comete un delito se protege a la víctima en su integridad tanto personal como jurídicamente pues al estar una persona pagando su pena en cárcel se le puede dar garantía a la víctima y por ende a sus familiares que el victimario no puede volver a cometer delito hacia ellos.

Un ejemplo de este tipo de situaciones se da cuando existe una víctima por lesiones personales, por esto el juez puede discernir que con el solo hecho de dejar al victimario con pena privativa de la libertad, dejaría a salvo la integridad física, psicológica y moral de la víctima y de su familia como víctima secundaria ya que el sujeto activo de la conducta puede tomar represalias en contra de la familia de la víctima.

***No comparecencia 312 del Código de Procedimiento Penal.***

Una de las finalidades constitucionalmente consideradas para la imposición de medidas de aseguramiento, consiste en evitar la no comparecencia del procesado, esta comparecencia o no ante las estancias judiciales está consagrado en la Carta política de 1991 en donde se expone que:

Entre las atribuciones que tiene la fiscalía general de la nación está la de asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal adoptando las medidas de aseguramiento pues la detención persigue impedirle al imputado que este se de a la fuga continuando de esta forma su actividad delictual o las labores que ayuden a ocultar

destruir o deformar elementos probatorios que ya habían sido recolectados con anterioridad en las etapas procesales previas (Const., 1991, art 250).

De lo anterior se puede analizar varias cosas: en primer lugar, la medida de aseguramiento con privación de la libertad además de realizar la corrección de conducta pertinente en el sujeto activo que comete el delito ayuda a prevenir que el sujeto activo evada su respectiva responsabilidad penal pues el que no se presente presencialmente a las diligencias procesales que lo requieren puede ser una muestra clara de no responder penalmente por sus actos y posteriormente consecuencias. Así las cosas, es el mismo Código de procedimiento penal

Artículo 312. No comparecencia: Para decidir acerca de la eventual no comparecencia del imputado, se tendrá en cuenta, en especial, la gravedad y modalidad de la conducta y la pena imponible, además de los siguientes factores:

1. La falta de arraigo en la comunidad, determinado por el domicilio, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades que tenga para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto
2. La gravedad del daño causado y la actitud que el imputado asuma frente a este.
3. El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro anterior, del que se pueda inferir razonablemente su falta de voluntad para sujetarse a la investigación, a la persecución penal y al cumplimiento de la pena. (Ley 906,2004,art 312).

De lo anterior, se hace énfasis en el segundo numeral en donde se menciona la gravedad del daño causado y la actitud del imputado frente a esta conducta, pues como bien se ha evidenciado en este trabajo de investigación el test de proporcionalidad tanto en materia constitucional como en materia penal lo que busca es sopesar que se proteja un derecho que está siendo vulnerado o coalicionado con otro pero que también no exista daño o vulneración de otros derechos constitucionales que le son inherentes a una sociedad ya establecida.

Esta gravedad del daño causado también desde nuestra óptica personal debería ser ponderada por medio del test de proporcionalidad cuando se quiera aplicar una sanción penal para corregir de manera legal lo acontecido pues si la conducta genera un daño grande e irreparable a una víctima y a la sociedad en si se debe dar un castigo proporcional y justo de manera que sirva como ejemplo licito para que no vuelva a ocurrir este tipo de hechos.

### **Relevancia de los tipos de capturas en materia penal frente a las medidas de aseguramiento**

Para abordar el tema discutido de las medidas de aseguramiento las cuales son privativas de la libertad a continuación se expondrá la relevancia jurídica que tienen las capturas en materia penal. En primer lugar, esta 1. En flagrancia; figura jurídica consagrada en el artículo 301 ( 5 numeral) del Código de procedimiento penal Ley 906 de 2004; 2. Mediante orden judicial; 3. Captura excepcional ( aquí esta orden la pide el Fiscal).

En primer orden esta la Captura por orden judicial la cual está consagrada en el artículo 297 del Código de Procedimiento penal esta es expedida por el Juez de control de garantías a petición del fiscal quien la solicita con fundamento en la información pertinente que se le presenta a la policía judicial; 2. Captura en flagrancia consagrado en el artículo 301 y 302 de la Ley 906 del 2004.

En cuanto a la captura por flagrancia este figura jurídica y penal se comprende por 3 clases a saber: cuando una persona es sorprendida en el momento de cometer el delito, bien se encuentre sorprendida en la fase ejecutiva del delito o en el consumatorio; cuando el delito ya se realizó y la persona es sorprendida o individualizada al momento de cometerlo y es aprehendida inmediatamente después por persecución o voces de auxilio de quien presencia el hecho.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia expone que “el delincuente sorprendido en flagrancia podrá ser aprehendido y llevado ante el juez por cualquier persona”. (destaca la Corte). (C.S.J., P-36107, Colom.). En ese caso, si quien efectuó la aprehensión fue un particular, el aprehendido deberá ser llevado de manera inmediata ante la autoridad.

Por último, en este acápite sobre las capturas es importante destacar que el capturado cuenta con unos derechos a proteger los cuales se diferencian cuando este capturado es mayor y menor de edad. teniendo en cuenta esto, cuando el capturado es mayor de edad este tiene los siguientes derechos a proteger:

- Conocimiento del delito: Debe haber motivación judicial del porque se le captura y se le asume un delito en específico.
- Se le debe indicar a la persona porque esta aprehendido
- Debe guardar silencio y no debe autoincriminarse.
- Se le debe asignar un abogado defensor.

Estos derechos del capturado se amplían cuando es un menor de edad puesto que al menor se le debe dar una asistencia de un defensor de menores.

### **Los peligros procesales como fundamento de la detención preventiva en la ley 906 de 2004 Código de Procedimiento Penal**

Así las cosas, se tiene que en materia tanto constitucional como penal:

El concepto de principio viene del latín proviene del latín principium y suele ser definido de manera general como "... aquello de lo cual algo proviene de una determinada manera... como el punto es principio de la línea o la causa principio del efecto". (Yarce, s.f)

Se trae a colación esta definición latina de principio pues se quiere abordar que: en primer lugar, toda conducta humana proviene de unas costumbres arraigadas al ser humano el cual le hace discernir conforme a su moralidad si tal conducta o no puede ser considerada como buena o mala.

En segundo lugar, se quiere evidenciar que toda conducta humana es regida por unos principios éticos los cuales pueden estar relacionadas y consagradas en normatividades constitucionales las cuales giran en torno no solo a la protección de derechos fundamentales de un individuo en específico sino también de los derechos inherentes a una sociedad establecida.

Así las cosas, teniendo en cuenta esta breve conceptualización de principios, si se aplica al derecho penal quedaría de la siguiente forma:

Los principios generales de derecho penal son aquellos axiomas fundamentales forjados por el hombre desde tiempo inmemorial que, convertidos en patrimonio

común de los pueblos civilizados, permiten orientar y encauzar el derecho represivo por senderos de justicia y seguridad (Velasquez, s,f)

Es decir, los principios en materia penal buscan y pretenden alcanzar una justicia y seguridad para todos y cada uno de los individuos de un Estado, pues solo de esta forma se lograría una convivencia optima entre pares y no habría lugar a sanciones penales a causa de actos o conductas delictivas. De ahí que se recuerde lo esbozado en los primeros apartados de este trabajo de investigación en donde también se analizaba el acceso eficaz y oportuno a la administración de justicia logrando de esta forma que la sociedad en general confié en el poder estatal y de las autoridades policiales y penales para prevenir o contrarrestar actos ilícitos que vulneren derechos constitucionales. De otro lado se tiene que:

Las reglas, por el contrario, son normas bien determinadas, provistas de una estructura condicional hipotética compuesta de supuesto de hecho y sanción, cuyo ejemplo más claro son las normas de prohibición del Código Penal; es decir, son especies de normas aplicables por completo o no aplicables en absoluto para la solución de un caso. (Prieto, 2013)

Con lo anterior, se podría analizar que el código penal vigente en el país consta de que cada tipo penal o delito plantea un hecho o comportamiento humano que puede ser por acción u omisión el cual dicho actuar del individuo es considerado delito con sanción penal pues atenta y vulnera derechos ajenos de otras personas.

Teniendo en cuenta lo anterior, la distinción entre regla y principio es importante retomar de nuevo, para que se tome una decisión sobre medida de aseguramiento privativa de la libertad el juez de control de garantías debe hacer uso del test de proporcionalidad herramienta argumentativa la cual le ayudara a ponderar derechos y sanciones que se contraponen. Al Respecto, se afirma que:

Tanto los artículos de la Constitución como los de la ley procesal penal, que establecen limitaciones a la restricción de la libertad, fundamentadas en el principio de proporcionalidad o de necesidad de la medida de aseguramiento, son verdaderos principios y su metodología constitucional de aplicación para resolver

los conflictos en el proceso penal, es la ponderación, de manera que no es posible utilizar un método ya superado, como lo es la mecánica del positivismo jurídico denominada subsunción para fundamentar una decisión de un juez constitucional, como el juez de garantías (...) El legislador incluso se ha valido de criterios orientadores que ayudan al juez de control de garantías en la tarea de resolver los casos que no revisten enfrentamiento de derechos y por ende no es necesario en todos los casos agotar en toda su extensión el test de proporcionalidad. (Prieto, 2013)

Estos criterios orientadores que el legislador le da al juez de control de garantías para decidir respecto a las medidas de aseguramiento privativas de la libertad de un individuo se encuentran consagrados en el código de procedimiento penal vigente en el país ( Ley 906 de 2004) estos son: artículos: 2º, 295, 296, 308 ( este último explicado anteriormente en el capítulo segundo). A continuación, se explicará cada uno de estos criterios orientadores. De un lado, se tiene que el artículo 2 del Código de Procedimiento Penal expone en su primer párrafo lo mismo que el artículo constitucional:

Toda persona tiene derecho a que le respete su libertad (...) posteriormente expone que el Juez de control de garantías previa solicitud del fiscal general de la nación ordenara la restricción de la libertad del imputado cuando resulte necesaria para garantizar la comparecencia o la preservación de la prueba o la protección de la comunidad. También se aclara que es ante este mismo de Juez de control de garantías que se solicita el control de legalidad de la captura. (Ley 906,2004, art 2).

Del mismo modo, los artículos 295 y 296 del C.P.P exponen que:

1. Afirmación de la libertad: Las disposiciones de este código que autorizan preventivamente la privación o restricción de la libertad del imputado tienen carácter excepcional; solo podrán ser interpretadas restrictivamente y su aplicación debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales. (Ley 906,2004, art 295).

2. Artículo 296. finalidad de la restricción de la libertad. La libertad personal podrá ser afectada dentro de la actuación cuando sea necesaria para evitar la obstrucción de la justicia, o para asegurar la comparecencia del imputado al proceso, la protección de la comunidad y de las víctimas, o para el cumplimiento de la pena. (Ley 906,2004, art 296).

En cuanto al primer articulado, se obtiene que la afirmación de la libertad siempre girara en torno a los preceptos constitucionales y que la restricción de la libertad de un individuo se da solo de carácter excepcional, con esto se entiende que el privar de la libertad a una persona se da solo en los casos cuando esta persona haya cometido un delito que haya dejado un daño grave e irreparable tanto para la víctima como para la sociedad.

Por otro lado, en cuanto al artículo 296 este hace afirmación a que con la privación de la libertad de una persona se busca además de imponer una sanción penal ejemplar a la sociedad, también se evita la obstrucción de la justicia y de las etapas procesales agotadas con anterioridad en donde se ha recolectado material probatorio entre otros.

Por último, en este acápite se abordará, como es actualmente la aplicación de penas según el código penal colombiano para solo de esta forma correlacionar la importancia de aplicar una pena hacia el individuo y cuál sería el efecto posterior de esta aplicación. Es aquí que el Código vigente en el país establece que:

Funciones de la pena. La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado. La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión. (Ley 906,2004, art 4).

De aquí se partiría en el ideal (que tienen los individuos pertenecientes a un sistema social ya establecido) consistente en que las sanciones penales no tengan un nivel de dureza con las clases sociales bajas ya que estos al pertenecer a este nivel socioeconómico no pueden pagar y estar debidamente representados y defendidos por un abogado. Es decir, la imposición de justicia y por ende de las medidas de aseguramiento debe aplicarse de manera justa e igualitaria para todos los presuntos sujetos activos que con el tiempo puedan cometer conductas delictivas.

## Conclusiones

En la investigación se obtuvo que si bien es cierto en el derecho la eficacia hace alusión al cumplimiento de la norma este cumplimiento de la norma (penal para el caso que se abordó en el trabajo de investigación), esta eficacia se ve limitada por el ámbito constitucional pues es en esta área específica en donde se resguardan unos derechos fundamentales que también le son inherentes a la persona que cometió el delito y que actúa en calidad de sujeto activo ya sea por autoría o por complicidad en el tipo penal. No se puede determinar a ciencia cierta la eficacia total de las decisiones de un juez de garantías frente a la imposición de las medidas de aseguramiento más exactamente de las privativas de la libertad pues esto depende de múltiples factores como los analizados en el trabajo de investigación: de un lado del test de proporcionalidad el cual sirve como herramienta argumentativa y hermenéutica para que el juez pondere que derechos fundamentales se colisionan y posteriormente, determine que sanción penal debe imponer para que no vuelva cometerse una conducta delictiva y por el otro lado sobre la sanción penal a aplicar esta de manera proporcional.

Se concluye que si bien la herramienta jurídica del test de proporcionalidad fue usada desde época atrás cuando en Alemania esta misma herramienta es utilizada y sigue siendo vigente en Colombia, pero desde un enfoque diferente ya que ahora no se utiliza con fines policiales sino con fines garantistas de derechos fundamentales y con fines proporcionales y justos en cuanto a sanciones penales para aplicar. Pero, tanto la figura del test de proporcionalidad y su debido funcionamiento en la audiencia de imposición de medida de aseguramiento se ven reflejadas a través de las decisiones adoptadas por parte de los jueces de control de garantías, las cuales deben estar dentro del marco de la legalidad tanto constitucional como penal ya que su decisión debe estar acorde y basarse gracias a la argumentación y sopeso tanto de derechos como de penas privativas a imponer y esto solo lo logra el juez a través de los test de proporcionalidad.

Se concluye que al presentar los tipos de medida de aseguramiento en el ordenamiento jurídico colombiano se tuvo en cuenta en primer lugar la fuente normativa es decir el código de procedimiento penal vigente en el país: Ley 906 del 2004 en donde se evidenció que en el artículo 307 las medidas de aseguramiento las cuales se dan en dos clases de medidas a saber: las

primeras que consisten en las medidas de aseguramiento privativas de la libertad las cuales restringen la libertad del individuo pues el reo debe cumplirlas en la cárcel, y en segundo orden las medidas de aseguramiento no privativas de la libertad las cuales; según el Código de Procedimiento dan unas pautas de restricción parcial de la libertad del reo como por ejemplo que este no puede salir a ciertas reuniones, debe regresar a horas acordadas, utilización de mecanismos o brazalete electrónico entre otros.

Por último, se parte del punto que la labor del juez de Control de garantías al decidir sobre la imposición de una medida de aseguramiento privativa de la libertad no es una tarea judicial fácil y rápida de aplicar pues, como se evidenció en el trabajo de investigación el discernimiento del juez debe involucrarse en varios escenarios: la protección de derechos fundamentales para las víctimas, para la sociedad en sí; debe ponderar si los derechos fundamentales y la sanción penal a aplicar es proporcional a los derechos protegidos hacia el reo y también vulnerados hacia las víctimas. De lo anterior se obtiene que, el rol de este juez debe ser garantista de los derechos fundamentales del reo, pues el condenado tiene derecho a que se le respete su debido proceso, su libertad personal y las etapas procesales que ya han transcurrido las cuales ayudaron a recolectar material probatorio entre otros.

**Lista de referencias**

- Ariza Armenta (2019) *El test de proporcionalidad su uso y aplicación en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana*. DOI <https://doi.org/10.18041/0121-3474/verbaiuris.41.4663>
- Calderón Ramírez (2016) *Test de proporcionalidad un recurso indispensable para los operadores judiciales* ( Tesis de pregrado Universidad la Gran Colombia sede Bogotá). Recuperado de [https://repository.ugc.edu.co/bitstream/handle/11396/2820/Test\\_proporcionalidad\\_recurso.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repository.ugc.edu.co/bitstream/handle/11396/2820/Test_proporcionalidad_recurso.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Congreso de Colombia. (24 julio 2000) Código Penal. [Ley 599 de 2000]. DO: 44.097
- Congreso de Colombia. (1 septiembre 2004) Código de Procedimiento Penal. [Ley 906 de 2004]. DO: 45.658
- Constitución política de Colombia [Const.] (1991).2da Ed. Legis
- Corte Constitucional, (29 octubre 2002) Sentencia C-916/02, expediente D-4020, 2002. [MP Manuel Cepeda ]. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-916-02.htm>
- Corte Constitucional (26 septiembre 1995) Sentencia T-425 de 1995, [MP Eduardo Muñoz]. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-425-95.htm>
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (6 septiembre 2019) Sentencia SP 3702-2019 [MP Patricia Salazar]. Recuperado de [https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1dic2019/SP3702-2019\(53976\).PDF](https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1dic2019/SP3702-2019(53976).PDF)
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal ( 8 octubre 2018) Proceso 36107 [MP José Bustos].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal ( 10 octubre 2016) Proceso Radicado 16148 [MP Patricia Cuellar].

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal (12 octubre 2016) Auto interlocutorio Radicado 46148

AP7109-2016 Recuperado de <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/spa/FINES%20Y%20PRINCIPIOS.pdf>

López Rodríguez (2020) *La valoración de los elementos de prueba para desvirtuar la inferencia razonable en la revocatoria de la medida de aseguramiento* (Tesis de pregrado,

Universidad de cooperativa de Cali) Recuperado de

[https://repository.ucc.edu.co/bitstream/20.500.12494/33761/3/2020\\_medida\\_aseguramiento.pdf](https://repository.ucc.edu.co/bitstream/20.500.12494/33761/3/2020_medida_aseguramiento.pdf)

Matiz Monroy (1992) *Las medidas de aseguramiento en el ordenamiento jurídico colombiano* (

Tesis de pregrado, Universidad de los Andes) Recuperado de

<https://repositorio.uniandes.edu.co/bitstream/handle/1992/24890/u619328.pdf?sequence=1>

Prieto Vera (2013) *los límites constitucionales al peligro procesal como fundamento de la*

*detención preventiva en el proceso penal colombiano* (Tesis de investigación maestría,

Universidad de Santo Tomas de Colombia y Universidad de Salamanca España)

Recuperado de <https://repository.usta.edu.co/handle/11634/3517>

Rozo Jaimes (2019) *test de proporcionalidad y su praxis en la ponderación del libre desarrollo de la personalidad y corrección moderada* (Tesis de pregrado en Derecho Universidad

Católica de Colombia) Recuperado de

<https://repository.ucatolica.edu.co/handle/10983/22965>