



FUNDACIÓN  
UNIVERSITARIA  
DE POPAYÁN

REGLAS PROCESALES PARA EL DECRETO OFICIOSO DE MEDIDAS DE  
ASEGURAMIENTO POR PARTE DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS  
DIFERENTES A LAS SOLICITADAS POR LA FISCALÍA.

DERECHO PROCESAL

MARIA NATALIA DAVID MORALES



FUNDACION UNIVERSITARIA DE POPAYAN  
FACULTAD DE DERECHO  
ESPECIALIZACION EN DERECHO PROCESAL  
POPAYAN, CAUCA

2021



FUNDACIÓN  
UNIVERSITARIA  
DE POPAYÁN

REGLAS PROCESALES QUE DEBEN SER TENIDAS EN CUENTA PARA EL DECRETO  
OFICIOSO DE MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO POR PARTE DEL JUEZ DE CONTROL  
DE GARANTÍAS QUE RESULTEN DIFERENTES A LAS SOLICITADAS POR LA  
FISCALÍA.

MARIA NATALIA DAVID MORALES

TRABAJO DE GRADO PRESENTADO COMO REQUISITO PARA OPTAR EL TÍTULO DE  
ESPECIALISTA EN DERECHO PROCESAL

Asesor Seminario II

WILLIAM HENZCER GOMEZ GOMEZ

Director Postgrados Derecho

VICTOR JULIÁN JÁCOME MOSQUERA

FUNDACION UNIVERSITARIA DE POPAYAN  
FACULTAD DE DERECHO  
ESPECIALIZACION EN DERECHO PROCESAL  
POPAYAN, CAUCA

2021





<b>PROGRAMA</b>	ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PROCESAL	<b>CÓDIGO CURSO / NCR</b>	
<b>SEMESTRE</b>		<b>PERIODO ACADÉMICO</b>	2021-1
<b>DIRECTOR</b>	VICTOR JULIÁN JÁCOME MOSQUERA	<b>PERFIL DE ESTUDIOS</b>	Esp.
<b>NOMBRES Y APELLIDOS ESTUDIANTE(S)</b>		<b>CODIGO</b>	<b>CEDULA</b>
MARIA NATALIA DAVID MORALES		86211011	1.061.764.602
REVISIÓN DOCUMENTAL JURISPRUDENCIAL			
Proyecto	<p>REGLAS PROCESALES QUE DEBEN SER TENIDAS EN CUENTA PARA EL DECRETO OFICIOSO DE MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO POR PARTE DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS QUE RESULTEN DIFERENTES A LAS SOLICITADAS POR LA FISCALÍA.</p>		
Enfoque temático	DERECHO PROCESAL		



## RESUMEN

Por Medio del estudio jurisprudencial, y siguiendo cada uno de los lineamientos establecido en la ley 906 de 2004, se podrá identificar si el juez con función de control de garantías podrá decretar de manera oficiosa una medida de aseguramiento diferente a la solicitada por la fiscalía. Se considerará si podrá realizarlo cuando crea pertinente apartarse de la adecuación típica realizada por la fiscalía en la audiencia de formulación de imputación, luego del estudio de los elementos materiales probatorios presentados para su sustento; o si deberá limitarse a lo pedido en su momento, sin poder decretarla de oficio.

Con esta investigación se ayudará al respeto de la constitución, la ley y la protección de los derechos fundamentales y el ordenamiento jurídico.

## ABSTRACT

Through the jurisprudential study, and following each one of the established guidelines in Law 906 of 2004, it will be possible to identify if the judge with guarantees control function, will be able to decree on an informal basis detention order different from the one requested by the prosecutor's office. It will be considered whether he will be able to do it, when he believes it is relevant to depart from the typical adequacy carried out by the prosecutor's office, in the imputation formulation audience, after the material evidence study presented for his support; or if it should be limited to what was requested at the time, without being able to decree it ex officio.

This research will help to respect the constitution, the law, the protection of fundamental rights and the legal system.

**PALABRAS CLAVE:** Medidas de aseguramiento, requisitos, decreto de oficio, adecuación típica, Juez de control de garantías.

## INTRODUCCIÓN

Conforme a lo que respecta a si un juez con función de control de garantías puede en algún momento apartarse de lo solicitado por la fiscalía y decretar una medida de aseguramiento diferente, existen diferentes pronunciamientos, encontrando algunas discrepancias en ellos. Algunos pronunciamientos jurisprudenciales han indicado que el juez con función de control de garantías no puede pronunciarse de manera oficiosa y por lo tanto debe basarse en lo solicitado por el ente acusador o por la víctima para así resolver si decreta o no la medida solicitada. Contrario sensu, en pronunciamientos más recientes, establecen que el juez de garantías, con el estudio profundo de los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, podrá apartarse y realizar una tipificación diferente a la realizada por el fiscal del caso; lo que no generará una vulneración del



principio de congruencia pues este solo se predica de los hechos facticos relevantes que se predicán de la imputación.

En el presente trabajo, se pretende analizar bajo qué circunstancias el juez de control de garantías puede decretar de oficio una medida de aseguramiento diferente a la que le es solicitada por la fiscalía o por la víctima.

Para lograr tener una visión más clara sobre el respecto, se ha analizado una serie de pronunciamientos tanto de la Corte Suprema de Justicia, como de la Corte Constitucional. Estos pronunciamientos encuentran posiciones encontradas, por cuanto en unos casos se establece que el juez constitucional, no se puede apartar de lo solicitado por la fiscalía; solo deberá realizar un análisis de los elementos probatorios presentado que sustenten la solicitud y considerar si decreta la medida o no. No podrá decidir de oficio la imposición de una medida de aseguramiento. En contraposición, se encuentran pronunciamientos que indican que el juez de control de garantías podrá distanciarse de la adecuación típica que ha realizado el ente acusador, y decretar la medida que considere necesaria y adecuada para el caso en concreto. Esto no generara una vulneración al principio de congruencia. ¿Puede entonces el Juez de con función de control de garantías decretar una medida diferente la solicitada por la fiscalía? Para poder aclarar este tema, se debe tener en cuenta cual es el procedimiento adecuado que debe realizarse dentro del trámite de una audiencia de medida de aseguramiento, y por lo tanto se deberá identificar en qué circunstancias el juez podrá realizar este decreto oficioso. Igualmente se debe identificar que es una medida de aseguramiento, cuales son los tipos de medida que existen; se deberá determinar cuáles son los criterios para solicitar e interponer una medida y analizar cuáles son las finalidades de esta.

Para garantizar los derechos fundamentales, el juez debe realizar un estudio significativo de los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida. Podrá distanciarse de los fundamentos jurídicos presentados por la fiscalía para decretar la medida de aseguramiento que considere más idónea.

Es así como se realizará un análisis adecuado de la jurisprudencia existente, para estructurar como el juez debe actuar dentro del trámite de la audiencia de medida de aseguramiento, e identificar si este puede decretar una medida de aseguramiento diferente a la solicitada, en caso de que considere que no es la más adecuada.

Para lograr un mejor desarrollo de lo mencionado con anterioridad, en una primera instancia se estudiará todo lo concerniente a la medida de aseguramiento, tal como su naturaleza jurídica, los tipos de medidas y cada uno de los requisitos que deben tenerse en cuenta para que una medida pueda impuesta. Posteriormente se realizará un análisis de la estructura formal y material de la medida de aseguramiento; y por último se entrará a determinar si el juez con función de control de garantías debe o no decretar una medida de oficio siempre y cuando considere que la solicitada por la fiscalía no es idónea.



## 1.- MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO

### Naturaleza jurídica

Las medidas de aseguramiento tienen su fundamento en la Constitución Política de Colombia en su artículo 250 el cual fue modificado por Acto Legislativo 03 de 2002 artículo 2. En esta norma se le atribuyen funciones a la Fiscalía General de la Nación dentro de la cual se encuentra la de solicitar medidas de aseguramiento necesarias que aseguren la comparecencia del imputado al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, especialmente a las víctimas.

Además, se debe tener en cuenta que las medidas de aseguramiento constituyen actos jurisdiccionales de naturaleza preventiva, con el propósito de mantener las cosas en un estado similar al que se encontraban al momento de iniciar el proceso penal, con el fin de encontrar el cumplimiento a cabalidad de una providencia y evitando que los perjuicios que se puedan ocasionar por causa del tiempo que transcurre en finalizar un proceso, se hagan más gravosos<sup>1</sup>.

Para contrarrestar los efectos gravosos que pudiera haber ocasionado la posible comisión de una conducta punible, se deben tomar medidas para garantizar la reparación, restablecimiento, restauración o restitución y así minimizar el menoscabo de uno o varios derechos. Además de este estado de necesidad que adquiere la medida de aseguramiento, se convierte en una medida urgente “por cuanto la dimensión de riesgo es alta o media por lo cual resulta que debe ser impuesta de manera inmediata”<sup>2</sup>

La medida de aseguramiento, persigue únicamente a la persona que haya sido responsable de la conducta punible. Los propósitos de estas medidas que tienden a limitar la libertad personal son la de restringir la libertad del sujeto penable para evitar detrimentos a la sociedad, a la víctima y al normal desarrollo del proceso penal<sup>3</sup>. La Fiscalía General de la Nación, según atribuida por la Carta Política, es la parte facultada dentro del proceso penal para solicitar una medida de aseguramiento que considere necesaria y proporcional para garantizar el cumplimiento de una sentencia. Excepcionalmente de acuerdo a la facultad que establece la ley 1453 de 2011, se le otorga a la víctima la posibilidad de solicitar una medida de aseguramiento cuando la fiscalía no lo haya realizado. La solicitud de esta medida debe ir conforme a los presupuestos facticos y jurídicos realizados al momento de la imputación. “Los fines de la prisión preventiva sólo pueden ser fines de aseguramiento del proceso y de la ejecución, porque la legitimación de la prisión preventiva se deriva exclusivamente de tales intereses de aseguramiento; luchar contra la criminalidad prematuramente, o sea usando la detención preventiva como arma para tal fin, implica no respetar la presunción de

<sup>1</sup> Sent. C - 634 de 2000. C. Const.

<sup>2</sup> Segunda edición. Cesar Augusto Londoño Ayala. Medidas de aseguramiento, análisis constitucional. 58 (Bogotá: Ediciones nueva jurídica. 2019)

<sup>3</sup> (Id.).



inocencia, quitarle valor al procedimiento y lesionar a la persona del imputado sin fundamento jurídico”<sup>4</sup>

El órgano de control competente para realizar el análisis de los requisitos determinar si se impone una medida de aseguramiento o no, es el juez con función de control de garantías. Este deberá realizar en profundidad el estudio de cada uno de los requisitos y deberá tener en cuenta que el derecho a la libertad no es absoluto<sup>5</sup>. No se puede dejar a un lado que se deberá realizar por parte del juez constitucional la verificación del cumplimiento de los requisitos formales y sustanciales para su imposición<sup>6</sup>

### **Tipos de medida de aseguramiento**

El artículo 307 de la ley 906 del 2004, menciona los tipos de medidas de aseguramiento, identificándolas como medidas privativas de la libertad y no privativas de la libertad. El juez con función de control de garantías, identificando su necesidad, podrá determinar cuál es la más indicada a imponer en un caso en concreto para la protección de los derechos que se pretendan garantizar.

Dentro de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad se encuentran: “(i) la detención preventiva en establecimiento de reclusión y (ii) la detención preventiva en la residencia señalada por el imputado, siempre que esa ubicación no obstaculice el juzgamiento. Las medidas de aseguramiento que restringen otros derechos y libertades corresponden a la obligación de someterse a (i) un mecanismo de vigilancia electrónica; (ii) la vigilancia de una persona o institución determinada; (iii) presentarse periódicamente o cuando sea requerido ante el juez o ante la autoridad que él designe; (iv) observar buena conducta individual, familiar y social, con especificación de la misma y su relación con el hecho. Igualmente, comprende prohibiciones como: (v) salir del país, del lugar de residencia o del ámbito territorial que fije el juez; (vi) concurrir a determinadas reuniones o lugares; (vii) comunicarse con determinadas personas o con las víctimas, siempre que no se afecte el derecho a la defensa; y/o (viii) salir del lugar de habitación entre las 6:00 p.m. y las 6:00 a.m. A su vez, el juez también puede ordenar que el indiciado o acusado (ix) preste una caución real adecuada, por sí 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, salvo que se trate de una persona de notoria insolvencia”<sup>7</sup>. en todo caso, el juez debe de escuchar los argumentos de las partes y del ministerio público, para determinar la necesidad y urgencia de la medida solicitada.

<sup>4</sup> Winfried Hassemer. Crítica al derecho penal de hoy. 110 (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998)

<sup>5</sup> Sent. C - 456 de 2006. C. Const.

<sup>6</sup> Segunda edición. Cesar Augusto Londoño Ayala. Medidas de aseguramiento, análisis constitucional. 59 (Bogotá: Ediciones nueva jurídica. 2019)

<sup>7</sup> Sent. C - 695 de 2013. C. Const.



## Requisitos para la imposición de una medida de aseguramiento

Debido a que las medidas de aseguramiento traen consigo la restricción de uno o varios derechos, al momento de su imposición se deben analizar una serie de circunstancias y requisitos que permitan que el juez de control de garantías las decreta. Es así como lo establece la ley 906 del 2004 cuando menciona 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 con 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 participe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando cumpla con los siguientes requisitos: (i) que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia, (ii) que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima y (iii) que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá con la sentencia.”<sup>8</sup>

El juez constitucional debe realizar un análisis estricto de los elementos que le son presentados al momento de la solicitud de la medida de aseguramiento para poder determinar su necesidad. No se puede dejar atrás que cada uno de estos requisitos contempla también una serie de precisiones las cuales también deben de ser tenidas en cuenta, puesto que es muy importante garantizar la protección de cada uno de los derechos fundamentales bien sea del procesado o de la víctima. No se puede dejar de lado la presunción de inocencia al momento de su imposición, realizando un análisis muy objetivo de cada una de las circunstancias que dieron lugar a la apertura del proceso penal.

En el caso de la obstrucción de justicia “se entenderá que la medida de aseguramiento es indispensable, cuando existan motivos graves y fundados que permitan inferir que el imputado podrá destruir, modificar, dirigir, impedir, ocultar o falsificar elementos de prueba; o se considere que, a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente; o cuando impida o dificulte la realización de las diligencias o la labor de los funcionarios o demás intervinientes en la actuación”<sup>9</sup>.

Para determinar si el imputado configura un peligro para la víctima o para la comunidad, será suficiente la gravedad y modalidad de la conducta punible, además del cumplimiento de los fines constitucionales de la detención preventiva<sup>10</sup>. Además, el juez podrá valorar unas circunstancias agregadas según el caso en concreto. Estas circunstancias pueden ser: (i) la continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales, (ii) el número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos, (iii) estar disfrutando de un mecanismo sustitutivo de la libertad por delito doloso o preterintencional, (iv) la existencia de sentencias condenatorias vigentes por delitos dolosos o preterintencionales, (v) cuando para la comisión del delito haya utilizado armas de fuego o armas blancas, (vi) cuando se utilicen medios motorizados para la comisión del delito o su perfeccionamiento, salvo en accidentes de tránsito, (vii) cuando el punible

<sup>8</sup> Cód. Proc. Penal, art. 308

<sup>9</sup> Cód. Proc. Penal, art. 309

<sup>10</sup> Cód. Proc. Penal, art. 310. Modificado. Ley 1142 de 2007, artículo 24. Modificado. Ley 1453 de 2011, artículo 65.





sea abuso sexual con menor de 14 años, (viii) cuando hagan parte o pertenezcan a un grupo de delincuencia organizada<sup>11</sup>.

Los elementos materiales probatorios o evidencia física que son presentados al momento de solicitar la medida de aseguramiento, son de gran importancia para el análisis que debe realizar el juez. Con ellos también se puede llegar a fundar un criterio razonable sobre la existencia de un peligro para la víctima. De igual manera de esos elementos se podrá inferir que el imputado podrá atacar contra la víctima, su familia o sus bienes<sup>12</sup>.

En caso de que exista un indicio de que el imputado no va a comparecer al proceso se deberá analizar el tipo penal, la gravedad con la que se cometió del delito, la modalidad en que lo realizó y la pena que se le impondría en caso de condena. Se deberán tener en cuenta también los siguientes factores: (i) la falta de arraigo a la comunidad, determinado por el domicilio, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo, y las facilidades que tenga para abandonar el país o permanecer en el oculto, (ii) la gravedad del daño causado y la actitud que el imputado asuma frente a este, (iii) el comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro anterior, del que se pueda determinar su falta de voluntad para sujetarse a la investigación, a la persecución penal y al cumplimiento de la pena<sup>13</sup>.

Finalmente, se indicará que de acuerdo con el artículo 313 de la ley 906 del 2004. Modificado por la ley 1453 de 2011, artículo 60. Cuando se hayan reunidos todos los requisitos señalados con anterioridad, procederá la detención preventiva en establecimiento carcelario solo en los siguientes casos: (i) en los delitos de competencia de los jueces penales del circuito especializado, (ii) en los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea de o exceda de 4 años, (iii) en los delitos que se refiere Título VIII del Libro II del Código Penal, cuando la defraudación sobrepase la cuantía de 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes, (iv) cuando la persona haya sido capturada por conducta constitutiva de delito o contravención, dentro del lapso de los tres años anteriores, contados a partir de la nueva captura o imputación, siempre que no se haya producido la preclusión o absolución en el caso de precedente.

Luego del análisis de cada uno de los requisitos tanto objetivos como subjetivos, en algún momento se puede llegar a pensar que se está vulnerando el principio de presunción de inocencia. La Corte Constitucional sostiene que la presunción consiste en un juicio lógico del constituyente o el legislador, que permite considerar como cierto un hecho con fundamento en las reglas o máximas de la experiencia que indican el modo normal como el mismo sucede. Este juicio lógico implica, a su vez, que existe una guía para valorar las pruebas, que deberán estar encaminadas a demostrar la incertidumbre en el hecho presunto.<sup>14</sup> De igual manera se entiende que *estos razonamientos se traducen en las siguientes reglas jurisprudenciales: a) corresponde al Estado la carga de desvirtuar la inocencia, a través de la prueba de los elementos de la responsabilidad, incluida la culpabilidad; b) solo son admisibles los medios probatorios que respeten el debido proceso y la dignidad humana;*

<sup>11</sup> (Id.).

<sup>12</sup> Cód. Proc. Penal, art. 311

<sup>13</sup> Cód. Proc. Penal, art. 312. Modificado. Ley 1142 de 2007, artículo 25.

<sup>14</sup> Sent. C - 567 de 2019. C. Const.



c) nadie puede ser obligado a contribuir para que la presunción de inocencia que lo ampara sea desvirtuada; d) la prueba para demostrar la culpabilidad debe tener suficiente fuerza demostrativa, más allá de toda duda razonable, y, en caso de existir dicha duda, deberá resolverse mediante la presunción de inocencia, y; e) durante el desarrollo del proceso, la persona tiene derecho a ser tratada como inocente<sup>15</sup>.

En conclusión, dentro del proceso de solicitud y decreto de una medida de aseguramiento, se actuará con el respeto del debido proceso, teniendo siempre presente que se propende con esta medida, una reparación integral para la víctima o para la comunidad por las afectaciones generadas con la comisión de un delito. Se protegerán los derechos fundamentales tanto de la víctima como del procesado.

## **2.- ESTRUCTURA FORMAL Y MATERIAL DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO**

La medida de aseguramiento, para que no carezca de legalidad, debe estar conformada de una estructura tanto formal como material. Tanto el juez como las partes debe llevar un lineamiento en su argumentación o estudio de la posibilidad de limitar el derecho a la libertad; la cual, debe tener un fundamento estructurado. No es conveniente que se aparten de estas reglas, por cuanto corren el riesgo de vulnerar la constitucionalidad que se pretende en todo momento proteger.

### **Estructura formal**

La estructura formal de la medida de aseguramiento, está conformada por unos principios los cuales son el de legalidad, racionalidad y razonabilidad<sup>16</sup>

#### **2.1.1. Legalidad**

La Constitución Política de Colombia, en el inciso 2 del artículo 29, hace referencia al principio de legalidad estableciendo lo siguiente: “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”. La Corte Constitucional<sup>17</sup> ha expresado: “consiste en que la administración está sujeta en el desarrollo de sus actividades, al ordenamiento jurídico, razón por la cual todos los actos y las decisiones que profiera, así como las actuaciones que realice, deben ajustarse a lo dispuesto en la Constitución y la ley.”

Las medidas de aseguramiento, se debe regir por el principio de legalidad. Se deben solicitar o decretar conforme a las leyes preexistentes. Estos parámetros normativos de la norma procesal penal

<sup>15</sup> (Id.).

<sup>16</sup> Segunda edición. Cesar Augusto Londoño Ayala. Medidas de aseguramiento, análisis constitucional. 231 (Bogotá: Ediciones nueva jurídica. 2019)

<sup>17</sup> Sent. C-740 de 1999. C. Const.



exigen que sea<sup>18</sup>: *“(i) Producido por un ente encargado constitucionalmente de la construcción de las normas de Derecho penal, (ii) preciso y riguroso en cuanto a las condiciones normativas y fácticas para que pueda producir consecuencias jurídicas, es decir, se ha de concretar su concepto, finalidades, procedimiento, órgano solicitante, ente aplicador, intervención de la sociedad, de las víctimas, clases de medidas, presentación de la pretensión, etc.; (iii) taxativo, dado que ha de observar los criterios de claridad, escritura, determinación, contextualización y exhaustividad, para evitar el ejercicio de hermenéuticas analógicas, extensivas y deductivas, para así garantizar solamente la interpretación restrictiva o literal, esto porque las normas de aseguramiento tienen por objeto la libertad fundamental del sujeto penable y (iv) compatible con el principio trilogico de limitación al ejercicio de la actividad del Estado que prescribe el respeto por los postulados de la legitimidad, validez y eficacia de la norma”.*

Referente al principio de legalidad penal la Corte También se ha pronunciado al respecto y ha indicado que *“Como principio rector del ejercicio del poder se entiende que no existe facultad, función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté prescrito, definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en la ley. Este principio exige que todos los funcionarios del Estado actúen siempre sujetándose al ordenamiento jurídico que establece la Constitución y lo desarrollan las demás reglas jurídicas. La consagración constitucional del principio de legalidad se relaciona con dos aspectos básicos y fundamentales del Estado de derecho: con el principio de división de poderes en el que el legislador ostenta la condición de representante de la sociedad como foro político al que concurren las diferentes fuerzas sociales para el debate y definición de las leyes que han de regir a la comunidad. Y de otro lado, define la relación entre el individuo y el Estado al prescribir que el uso del poder de coerción será legítimo solamente si está previamente autorizado por la ley. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa.”*<sup>19</sup> De igual manera en otro pronunciamiento ha indicado que *“De acuerdo con nuestro ordenamiento constitucional sólo el legislador puede establecer hechos punibles y señalar las sanciones a que se hacen acreedores quienes incurran en ellos. Un hecho no puede considerarse delito ni ser objeto de sanción si no existe una ley que así lo señale. Ley, que ineludiblemente debe ser anterior al hecho o comportamiento punible, es decir, previa o preexistente.”*<sup>20</sup>

La rigurosidad del tipo normativo del Derecho procesal de la medida de aseguramiento es irreductible, inextensible e indeducible, por lo que estos presupuestos han de ser estudiados detenidamente por el aplicador y las partes e intervinientes de la medida de aseguramiento procesal<sup>21</sup>.

Es importante reiterar que las normas de Derecho procesal están creadas para que al aplicarlas se generen ciertas garantías para todos los intervinientes dentro del proceso. Las normas respecto de las

<sup>18</sup> Raúl Eugenio Zaffaroni. Alejandro Alagia. Alejandro Slokar. Derecho penal. Parte General. 111-112. (Buenos Aires Argentina. Ediar- sociedad anónima editora, comercial, industrial y financiera. 2005)

<sup>19</sup> Sent.C-710 de 2001. C. Const.

<sup>20</sup> Sent. C-739 de 2000. C. Const.

<sup>21</sup> Segunda edición. Cesar Augusto Londoño Ayala. Medidas de aseguramiento, análisis constitucional. 232 (Bogotá: Ediciones nueva jurídica. 2019)



medidas de aseguramiento deben ser cumplidas y entendidas de la manera en la cual el legislador las ha proferido, y dentro de las cuales se le ha hecho una interpretación adecuada para que no sean objeto de duda. Con esto, se brinda la protección al ordenamiento jurídico, a los derechos de las víctimas, derechos del procesado y a la comunidad en general.

### 2.1.2. Racionalidad

En las medidas de aseguramiento la racionalidad teórica, se convierte en una estructura discursiva, en tanto esta racionalidad explica como un discurso jurídico debe ser sustentado. Las medidas de aseguramiento deben ser solicitadas, discutidas y decididas acatando los principios, las reglas, medios y procedimientos; con el fin de estructurar de una manera correcta los argumentos. Esta identifica los argumentos importantes para solicitar la medida, la cual debe ir conforme al respeto del debido proceso, dándole al proceso la garantía de su eficacia, celeridad economía y eficiencia<sup>22</sup>.

En cuanto al respeto a la Constitución, se trata simplemente de que el legislador se atenga a las exigencias comunicacionales y procedimentales previstas en la Ley Fundamental que, sin embargo, deberían reformularse en una ley perteneciente al bloque de la constitucionalidad para obtener un panorama más claro y riguroso. En todo caso, una ley superaría el control de constitucionalidad si se comprueba que en su elaboración se ha producido una adecuada participación ciudadana y se han averiguado cuáles sean las opiniones sociales (racionalidad ética); si se verifica que se han realizado los correspondientes estudios previos sobre la realidad social a incidir, los objetivos a perseguir, los medios de que se dispone y las posibles consecuencias de la decisión legislativa (racionalidad teleológica y pragmática); y si se observa su «coherencia con el resto del ordenamiento jurídico (racionalidad lógico-formal)<sup>23</sup>

Al respecto la Corte Constitucional indica que *“la racionalidad y proporcionalidad en materia penal implica que deben ponderarse las finalidades de prevención y represión del delito con derechos fundamentales de las personas como el derecho a la libertad y al debido proceso”*<sup>24</sup>.

### 2.1.3. Razonabilidad

la determinación de la pena a imponer por la realización de una conducta delictiva, hace parte de un conjunto de valoraciones que debe realizar el legislador, en el marco de una determinada política criminal, teniendo como límites los principios de razonabilidad y proporcionalidad<sup>25</sup>

En el mismo sentido, la Corte<sup>26</sup> ha señalado que el legislador, al momento de ejercer su margen de configuración normativa en materia de tipificación de delitos, debe ponderar las finalidades de prevención y sanción del delito, con el respecto por los derechos fundamentales, en especial, la

<sup>22</sup> (Id.) 246

<sup>23</sup> Jesús María Silva Sánchez. Revista de Derecho penal y criminología. 2ª época No 16. Uned. 382. (2005)

<sup>24</sup> Sent. C – 108 de 2017. C. Const.

<sup>25</sup> Al respecto, véase las sentencias C-038 de 1995; C-070 de 1996; C-013 de 1997; C-551 de 2001, C-121 de 2012. C. Const.

<sup>26</sup> Sent C- 203 de 2016. C.Const.



libertad individual y el derecho al debido proceso. El principio de razonabilidad penal también ha sido tomado en consideración al momento de examinar si determinados tratamientos punitivos diferenciados se ajustan a la Constitución. Lo anterior, por cuanto no basta con comparar las penas atribuidas a varios delitos, para concluir la existencia de una medida irrazonable o desproporcionada.<sup>27</sup>

## **Estructura material**

### **Imputación penal**

La imputación penal es una reflexión que consiste en la atribución de un efecto jurídico a una situación fáctica que tiene alcance mediante su regulación en el supuesto de hecho de una norma jurídica de derecho<sup>28</sup>. En esta imputación penal, debe ser realizada en la audiencia de formulación de imputación, en la cual le debe ser informado al indiciado, de los hechos y el delito por el cual está siendo investigado. Esta información debe ser clara y concisa, con palabras de fácil entendimiento. Esta imputación, debe estar sujeta a cada uno de los parámetros legal.

La formulación de imputación se centra en el principio de exactitud, mediante la cual el sujeto penable se plasma en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que dispone en el artículo 14, inciso 3, literal a), que toda persona vinculada a un proceso penal tendrá derecho a ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada acerca de las causas y naturaleza del comportamiento típico por el cual se le investiga o acusa<sup>29</sup>.

Esta imputación fáctica y jurídica, va a ser tenida en cuenta al momento de realizar una solicitud de medida de aseguramiento por parte de la fiscalía o de la víctima. El juez de control de garantías realizará el estudio de la solicitud y podrá cambiar la adecuación jurídica; conforme a lo que se encuentra probado mediante los respectivos elementos de prueba, pero jamás podrá variar la imputación fáctica que ha sido realizada por el ente acusador.

### **Individualización e identificación**

En el proceso penal, la individualización e identificación del sujeto que está siendo investigado como autor o participe de una conducta punible, tiene como objeto encontrar la certeza sobre este y así garantizar el desarrollo y culminación hasta el fallo condenatorio o absolutorio. Es importante en la actuación penal, no solamente tener claro los supuestos facticos; si no también la identificación de los causantes del injusto penal<sup>30</sup>

<sup>27</sup> Sent. C- 070 de 1996. C. Const.

<sup>28</sup> Manuel Osorio. Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales. Buenos Aires- Argentina. Editorial Heliasta. 2006

<sup>29</sup> Segunda edición. Cesar Augusto Londoño Ayala. Medidas de aseguramiento, análisis constitucional. 291 (Bogotá: Ediciones nueva jurídica. 2019)

<sup>30</sup> (Id.). 304



La individualización, se refiere a aquellos aspectos físicos, socioculturales o civiles que facilitar la identificación de un individuo<sup>31</sup>. La individualización apunta a la especificidad de una persona vista desde las particularidades de su integración e interacción social. Alude al sujeto como fenómeno social que tiene un rol normativo en la sociedad que lo hace inconfundible frente a los demás individuos normativos pertenecientes a su especie.<sup>32</sup> Se puede individualizar a un sujeto por cada uno de sus rasgos físicos. La forma de su cara, de sus ojos, color de cabello, color de piel, estatura, contextura, tatuajes, cicatrices entre otros; son rasgos específicos q ayudan con la plena individualización. Con todo el análisis de estas características se puede llegar a tener pleno reconocimiento del sujeto a investigar.

La identificación, es el procedimiento que define los rasgos de un sujeto desde la perspectiva de documentos públicos o privados y análisis físicos y/o biológicos. En este sentido la identificación será legal, técnica o científica<sup>33</sup>

El tribunal superior de Medellín, en concordancia con lo que ha señalado la Corte Suprema de Justicia, considera que *“no debe confundirse individualización con identificación, conceptos definidos suficientemente en criminalística. El artículo 114 del Código de Procedimiento Penal, cuando alude a identidad física, se refiere a la individualización, o lo que es lo mismo, a “quién o quiénes son autores o partícipes de la infracción” del programa mínimo investigativo del artículo 334, numeral 2. La operación de individualización consiste en determinar a una persona, una integridad sicofísica aislada. La operación de individualizar, respecto a una persona, concreta la afirmación: “Este y no otro”. En cambio, la operación de identificación, agrega a esa individualización, el nombre, apellido, edad, lugar de nacimiento, residencia actual, estado, profesión, etc. La no identificación no retarda ni suspende la instrucción, el juicio o la ejecución de la sentencia. La nulidad a que se refiere el numeral 5 del artículo 210, no se contrae al error en cuanto a nombres o apellidos del imputado o sea a la identidad sino a la individualización. Tal numeral se refiere a una confusión de tal magnitud que coloque a la justicia ante la posibilidad de condenar a un inocente”*.<sup>34</sup>

### **Motivo razonablemente fundado**

Para la imposición de una medida de aseguramiento, el estado debe haber vinculado a un sujeto con el fin de ser investigado. Con los elementos materiales de prueba que son allegados al proceso, la individualización e identificación del sujeto, se debe llegar a la certeza de que es la persona indicada que ha sido el autor o participe de una conducta punible. el juez debe tener un motivo razonado fundado en esos hechos y pruebas para poder limitar el derecho a la libertad, sin que esto deje de lado la presunción de inocencia del procesado. Los motivos fundados razonadamente sirven como

<sup>31</sup> Mario León Artunduaga. Cartilla de morfología judicial aplicada y arte forense. 8. (Medellín, Colombia. Librería Ediciones Flama. 2007)

<sup>32</sup> Segunda edición. Cesar Augusto Londoño Ayala. Medidas de aseguramiento, análisis constitucional. 309 (Bogotá: Ediciones nueva jurídica. 2019)

<sup>33</sup> Segunda edición. Cesar Augusto Londoño Ayala. Medidas de aseguramiento, análisis constitucional. 306 (Bogotá: Ediciones nueva jurídica. 2019)

<sup>34</sup> Individualización e identificación del sindicado. Eafit. <https://publicaciones.eafit.edu.co>



limite al exceso o arbitrariedad de la actuación que pueda eventualmente provenir del ejercicio del poder<sup>35</sup>.

Los motivos fundados son hechos o situaciones fácticas que deben ser suficientemente claros y urgentes para justificar cualquier decisión antes o dentro de la realización del proceso penal. Es un conjunto articulado de hechos que permiten inferir de manera objetiva que un sujeto de derecho es probablemente autor de una infracción o participe de ella<sup>36</sup>. Estos motivos deberán ser claros, suficientes fundados, urgentes, articulados, reales, ciertos, objetivos, justificados, etc.<sup>37</sup> para que se pueda limitar el derecho a la libertad con el decreto de la medida de aseguramiento.

### **Criterios subjetivos**

Cuando el juez con función de control de garantías pretende decretar la imposición de una medida de aseguramiento, debe analizar los criterios que establece la ley objetivamente y conjuntamente los criterios subjetivos que se presenten en cada caso. Esta hace parte del juicio de proporcionalidad que ha de adelantar para el ejercicio del control constitucional que definirá la conveniencia o no de la medida<sup>38</sup>.

La ley 906 de 2004, en los artículos 309 a 312, establece los criterios subjetivos que deben ser tenidos en cuenta para la procedencia de una medida de aseguramiento. El juez debe identificar si existe un peligro para la comunidad o para la víctima, si está en riesgo la comparecencia del imputado al proceso, no se puede garantizar la conservación de la prueba o de alguna manera pueda haber una obstrucción a la justicia.

cada uno de estos criterios debe estar debidamente sustentado y demostrado, y así el juez pueda edificar su criterio para la medida de aseguramiento<sup>39</sup>. Es necesario que haya claridad en cada uno de los criterios subjetivos, para no entrar en la esfera de la ilegalidad, el irrespeto por el debido proceso y la transgresión al principio de presunción de inocencia. Es por esto que no pueden ser objeto de menosprecio por el Estado penal, visualizándolos como recursos retóricos, dilatorios o insuficientes<sup>40</sup>. Es decir que están al mismo nivel de la valoración de los criterios objetivos, son importantes para la decisión final y la elección de cuál de las medidas es la adecuada a imponer al caso concreto.

<sup>35</sup> Segunda edición. Cesar Augusto Londoño Ayala. Medidas de aseguramiento, análisis constitucional. 373 (Bogotá: Ediciones nueva jurídica. 2019)

<sup>36</sup> (Id.) 375

<sup>37</sup> Sent. C – 024 de 1994

<sup>38</sup> Segunda edición. Cesar Augusto Londoño Ayala. Medidas de aseguramiento, análisis constitucional. 402 (Bogotá: Ediciones nueva jurídica. 2019)

<sup>39</sup> (Id)

<sup>40</sup> (Id) 403



## Principios

### 2.2.6.1. Proporcionalidad

El concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: la *adecuación* de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la *necesidad* de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la *proporcionalidad en sentido estricto* entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes<sup>41</sup>.

Este principio es un criterio esencial para la definición de la solicitud e imposición de una medida de aseguramiento. La medida que se pretenda imponer debe pasar por un juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido que determinaran si la medida que se pretende imponer es o no proporcional<sup>42</sup>.

Para cumplir con el respeto del principio de proporcionalidad, se deben hacer una serie de juicios, como lo son el juicio de adecuación, el juicio de necesidad y el juicio de proporcionalidad en estricto sentido. El juicio de adecuación es el instrumento a través del cual se busca lograr la concreción material de objetivos plasmados en la Constitución, limitando o reafirmando las garantías sustanciales constitucionales; sus objetivos son decretar cualitativamente el ajuste de los objetivos de la medida con los objetivos de la Norma Fundamental, determinar si la medida propuesta sigue los lineamientos constitucionales y definir si existe un nexo de causalidad adecuado entre la relación medio - fin<sup>43</sup>. El juicio de necesidad, también es conocido como de intervención mínima, de la alternativa menos gravosa o de subsidiariedad<sup>44</sup>; *“la necesidad como subprincipio, busca la mínima interferencia al ejercicio de los derechos, es decir, que debe acreditarse que no existe otra medida que obteniendo términos semejantes a la finalidad perseguida, resulte menos gravosa o restrictiva. Lo que significa que, si la satisfacción de un bien constitucional puede alcanzarse a través de una pluralidad de medidas o actuaciones, resulta exigible escoger aquella que menos perjuicios cause”*<sup>45</sup>. Por último, el juicio de proporcionalidad en estricto sentido, tiene como objetivos obtener mayores márgenes de racionalidad en la aplicación del Derecho, dimensionar cual es el nivel de afectación que sufre cada una de las garantías comprometidas con la medida elegida, ponderar argumentativamente la tensión entre los principios involucrados para la elección del componente normativo con mayor relevancia en el conflicto, hacer un análisis sistemático de los contenidos

<sup>41</sup> Sent. C -022 de 1996. C. Const.

<sup>42</sup> Segunda edición. Cesar Augusto Londoño Ayala. Medidas de aseguramiento, análisis constitucional. 414 (Bogotá: Ediciones nueva jurídica. 2019)

<sup>43</sup> (Id) 414-421

<sup>44</sup> (Id) 153

<sup>45</sup> Luis Prieto Sanchís. El juicio de ponderación constitucional. En: El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional. 130-131. Bogotá. D.C. Universidad Externado de Colombia. Primera edición. Coordinador Miguel Carbonell. 2007





constitucionales que vislumbren una respuesta al conflicto jurídico y resumir el análisis argumentativo de los presupuestos de la adecuación y la necesidad<sup>46</sup>.

#### 2.2.6.2. Razonabilidad

La Corte Constitucional<sup>47</sup> mostró cómo el concepto de razonabilidad puede ser aplicado satisfactoriamente sólo si se concreta en otro más específico, el de proporcionalidad. El concepto de proporcionalidad sirve como punto de apoyo de la ponderación entre principios constitucionales: cuando dos principios entran en colisión, porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación de otro, corresponde al juez constitucional determinar si esa reducción es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado.

Este principio, concreta su aplicación por medio de una metodología denominada test de razonabilidad o juicio de igual. En la evaluación de la justificación de un trato desigual, la lógica predominante es la de la razonabilidad, fundada en la ponderación y sopesación de los valores y no simplemente en la confrontación lógica de los mismos<sup>48</sup>. En pronunciamientos de la Corte<sup>49</sup>, estableció los lineamientos que deben ser aplicados al momento de hacer uso del test de razonabilidad; *“Una vez se ha determinado la existencia fáctica de un tratamiento desigual y la materia sobre la que él recae, el análisis del criterio de diferenciación se desarrolla en tres etapas, que componen el test de razonabilidad y que intentan determinar: a. La existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual. b. La validez de ese objetivo a la luz de la Constitución. c. La razonabilidad del trato desigual, es decir, la relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido. El orden de estas etapas corresponde a necesidades no sólo lógicas sino también metodológicas: el test del trato desigual pasa a una etapa subsiguiente sólo si dicho trato sorteó con éxito la inmediatamente anterior. El primer paso no reviste mayor dificultad, como quiera que puede llevarse a cabo a partir del solo examen de los hechos sometidos a la decisión del juez constitucional; se trata únicamente de la determinación del fin buscado por el trato desigual. El segundo paso, por el contrario, requiere una confrontación de los hechos con el texto constitucional, para establecer la validez del fin a la luz de los valores, principios y derechos consignados en éste. Si el trato desigual persigue un objetivo, y éste es constitucionalmente válido, el juez constitucional debe proceder al último paso del test, que examina la razonabilidad del trato diferenciado. Este es el punto más complejo de la evaluación, y su comprensión y aplicación satisfactoria dependen de un análisis de su contenido”*.

Debido a que los jueces, anteriormente estaban realizando la aplicación del test de razonabilidad según su propio criterio o metodología, la Corte determinó el procedimiento en tres pasos para aplicar así: *“Alcanzar un fin constitucionalmente válido; (ii) el trato diferente es o no “necesario” o*

<sup>46</sup> Segunda edición. Cesar Augusto Londoño Ayala. Medidas de aseguramiento, análisis constitucional. 480 – 489 (Bogotá: Ediciones nueva jurídica. 2019)

<sup>47</sup> Sent C- 022 de 1996. C.Const.

<sup>48</sup> Sent. T-230 de 1994. C. Const.

<sup>49</sup> Sent C- 022 de 1996. C.Const



“indispensable”, (iii) análisis de proporcionalidad determinando si el trato desigual no sacrifica valores y principios constitucionales que tengan mayor relevancia que los alcanzados con la medida diferencial”<sup>50</sup>. Es entonces como se determina que el test de razonabilidad tiene estrecha relación con la igualdad constitucional, por lo que se indica que el juez constitucional debe ser riguroso al momento de decretar la medida, por lo cual debe seguir los pasos que le ha indicado la Corte, para evitar la transgresión de cualquier derecho fundamental.

### 2.2.6.3. Gradualidad

Este principio está previsto como una exigencia en el artículo 337 inciso fila del Código de Procedimiento Penal. busca principalmente que el administrador de justicia palique una tasación a la pena impuesta, con el daño al bien jurídicamente tutelado. Se ha identificado que la gradualidad es un criterio que debe ser seguido por el juez constitucional al determinar y seleccionar una medida de aseguramiento. “la postura jurídica de la gradualidad tiene por objeto la ubicación de la medida restrictiva, limitadora o afectadora de los derechos fundamentales u ordinarios del sujeto asegurable, que resulte más idónea y menos gravosa para las posiciones jurídicas en que se encuentren y para la del proceso penal, fijados en el aseguramiento de la comparecencia del imputado, de la prueba o de la protección de la comunidad y de la víctima.”<sup>51</sup>

La Corte Constitucional ha indicado que “Al lado de la naturaleza excepcional de la detención preventiva y de su vinculación a fines, se ha desarrollado el principio de gradualidad de las medidas de aseguramiento (Art.307). Es el propio legislador quien lo introduce 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. Este sistema de gradualidad de las medidas de aseguramiento enfatiza la necesidad de intervención del juez en las valoraciones que preceden a la selección e imposición de aquella que resulte más adecuada para el cumplimiento de los fines que les son propios, atendidas las particularidades del caso concreto y determinadas circunstancias relevantes de la condición personal del imputado o acusado como la vida personal, laboral, familiar o social”<sup>52</sup>.

Lo anterior, tomándolo como la obligación que tiene el juez de control de garantías de realizar todo el análisis correspondiente y adecuado al momento de la imposición de una medida de aseguramiento. Esto se debe hacer con el respeto de la Constitución y siguiendo los parámetros que

<sup>50</sup> Sent. C – 093 de 2001. C. Const

<sup>51</sup> Segunda edición. Cesar Augusto Londoño Ayala. Medidas de aseguramiento, análisis constitucional. 480 – 489 (Bogotá: Ediciones nueva jurídica. 2019)

<sup>52</sup> Sent. C – 318 de 2008. C. Const



ha establecido la Corte. Se pretende cumplir con el objetivo de las medidas, imponiendo la menos gravosa de acuerdo a los principios establecidos.

### **3.- EL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS DEBE DECRETAR UNA MEDIDA DE OFICIO SIEMPRE QUE CONSIDERE QUE LA SOLICITADA POR LA FISCALÍA NO ES IDÓNEA.**

#### **Adecuación típica diferente a la realizada por la fiscalía, conforme al estudio de los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida**

Para la imposición de una medida de aseguramiento, la cual debe ser solicitada por el delegado de la Fiscalía General de la Nación, o por la víctima; el juez constitucional debe entrar a analizar una serie de elementos presentados en el momento procesal oportuno. Se debe tener en cuenta para su decreto, los fundamentos facticos y jurídicos presentados en dicha solicitud, para lograr tener más claridad respecto a su necesidad.

En algunos casos, la fiscalía como parte persecutora dentro del trámite del proceso penal, tiene la obligación de sustentar a cabalidad la necesidad e idoneidad de la medida de aseguramiento, la cual debe ir sustentada con los hechos ocurridos en el caso en concreto y con cada uno de los elementos probatorios suficientes para demostrarlo.

En pronunciamiento jurisprudenciales, se ha evidenciado que existen contraposiciones en cuanto si el juez con función de control de garantías, por cualquier razón puede distanciarse de los solicitado por la fiscalía o la víctima, y decretar una medida de aseguramiento diferente.

Por una parte la Corte Constitucional<sup>53</sup> se ha pronunciado al respecto y ha establecido que *“Teniendo en cuenta que la medida de aseguramiento comprende la afectación de derechos fundamentales, el papel que le corresponde cumplir al Juez de Control de Garantías dentro de tal audiencia encuentra sustento en el artículo 250 Núm. 1 constitucional y está íntimamente ligado con la verificación, entre otros requisitos, la necesidad y la finalidad de la medida, al igual que prever su adecuada sustentación y la oportunidad de ser controvertida, aún más cuando dicha medida puede comprometer la libertad del procesado. Es el juez de control de garantías el competente para pronunciarse sobre las condiciones fácticas y jurídicas que sustentan la solicitud del Fiscal, y determinar si tal solicitud resulta razonable, adecuada, necesaria y proporcional y en caso de que así sea, autorizar la medida de aseguramiento como lo establece el artículo 250 de la Constitución. De tal suerte que el juez de control de garantías examinará si las medidas de intervención en el ejercicio de los derechos fundamentales, practicas por la Fiscalía General de la Nación, no sólo se adecuan a la ley, sino si además son o no proporcionales, es decir, si la medida de intervención en el ejercicio del derecho fundamental (i) es adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo; (ii) si es necesaria por ser la más benigna entre otras posibles para*

<sup>53</sup> Sent. T- 293 de 2019, C. Const



alcanzar el fin; y (iii) si el objetivo perseguido con la intervención compensa los sacrificios que esta comporta para los titulares del derecho y la sociedad.” Es así como deja claro que el juez con función de control de garantías solo puede pronunciarse, verificando cada uno de los requisitos establecidos en el artículo 308 del código de procedimiento penal. También debe evaluar la pertinencia, conducencia y necesidad de la medida de aseguramiento, así como velar por que se cumpla con el respeto al principio de proporcionalidad; únicamente cuando sea solicitado por la fiscalía o por la víctima en caso tal de que el ente acusador no realice dicha petición. Posteriormente procederá o no a imponer la respectiva medida, teniendo claro que, de llegar a imponer una medida distinta a la solicitada por cualquiera de las partes, se transformarían o modificarían las acusaciones que inicialmente habría realizado la fiscalía.

En igual sentido, la Corte Suprema de Justicia<sup>54</sup> se ha pronunciado respecto a las decisiones que pueden adoptar los jueces en audiencia de imposición de una medida de aseguramiento. “*el juez con función de control de garantías debe pronunciarse sobre la imposición de la medida de aseguramiento solo a solicitud sustentada por la fiscalía o por la víctima, no de manera oficiosa, en cuya labor le compete verificar el cumplimiento de la ley y la salvaguarda de los derechos fundamentales frente a las pretensiones del ente acusador o de quien funge como víctima. En virtud de esta función de contención, le corresponde denegar la solicitud cuando quiera que no haya sido legalmente sustentada o su justificación no satisface criterios de razonabilidad o proporcionalidad de la limitación de derechos afectados con la medida en relación con el cumplimiento de los fines constitucionales aducidos, o decretarla motivadamente.*”

Contrario a estos pronunciamientos, la Corte Suprema de Justicia ha indicado que “*el juez no está facultado para discutir el nomen iuris que la fiscalía ha dado a los hechos por los cuales se realiza la formulación de imputación, situación distinta que se predica de la solicitud de medida de aseguramiento en donde el juez competente en aplicación del artículo 308 del código de procedimiento penal debe verificar los elementos materiales probatorios y evidencia física donde se infiere que el imputado puede ser autor o participe de una conducta punible, y de manera adicional comprobar una correcta tipificación*”. Además, menciona “*la posibilidad que tiene el juez con funciones de control de garantías de variar la tipificación no puede tenerse como vulneración del principio de congruencia dado que este se predica únicamente de los hechos relevantes los cuales deben ser concordantes con la imputación, el escrito de acusación, los alegatos de conclusión y el fallo, contrario a la denominación jurídica la cual puede variar al transcurrir el debate probatorio. En conclusión, hace parte de las posibilidades del juez de garantías imponer medida de aseguramiento por la descripción legal que considere tipificada, aun distanciándose de la identificación típica realizada por la fiscalía, eso sí, sin salirse de la imputación fáctica*”<sup>55</sup>.

Criterio semejante estableció, cuando estableció que “*la calificación jurídica que de la conducta que, para este momento procesal se asume, para fines de la imposición de la medida de*

<sup>54</sup> Sent. Rad. 54938 de 2020. Sala de Casación Penal de la C.S.J., Sent. Rad. 53976 de 2019. Sala de Casación Penal de la C.S.J., Sent. Rad. 53888 de 2019. Sala de Casación Penal de la C.S.J.

<sup>55</sup> Sent. Rad. 36163 de 2011. Sala de Casación Penal de la C.S.J.



*aseguramiento, no tiene el carácter de definitiva, pues, con los medios de convicción que se alleguen para el momento en que la Fiscalía ante la instancia de Conocimiento entre a legalizar la formulación de cargos, teniendo ya dilucidadas las particularidades del suceso, puede hacer la calificación que se avenga conforme con la realidad probatoria, además indico que puede no decretarse la medida comoquiera que no se ofrece elemento alguno que respalde la inferencia razonable de que el imputado es autor o partícipe de las mencionadas conductas punibles, ya que no se explicó y menos, soportó la sindicación que se hizo en tal sentido.*”<sup>56</sup>

Se puede encontrar que, en los pronunciamientos jurisprudenciales identificados con anterioridad, la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, sentaron posiciones sobre la facultad que tiene el juez de control de garantías al momento de la imposición de la medida de aseguramiento. Por una parte, se establece que este juez constitucional, no puede distanciarse de lo solicitado por la fiscalía general de la nación, por cuanto solo se debe limitar a analizar la solicitud presentada por esta, debiendo estar debidamente sustentada, justificada su necesidad e idoneidad; y de no ser decretada se podría poner en riesgo a la comunidad o a la víctima, la prueba o el desarrollo normal del proceso. Con esta fundamentación, el juez debe limitarse a decretarla también razonadamente o denegarla en caso de que considere que no cumple con los requisitos legales. Todo para proteger los derechos fundamentales y del ordenamiento jurídico.

En pronunciamientos más recientes, y tomando una posición contraria; la Corte Suprema de Justicia ha mencionado que el juez debe realizar un análisis riguroso de los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida. Conjuntamente debe realizar un estudio del sustento realizado por la parte que solicita la medida y determinar con su propio criterio si es la más idónea. Además, el juez con función de control de garantías, puede después de este estudio, distanciarse de la adecuación típica que ha realizado la fiscalía. Esta adecuación puede ir variando con el transcurso del proceso. En ningún momento se puede apartar de los fundamentos de hecho, los que son identificados por la fiscalía al realizar la imputación al procesado, reconociendo por qué le está siendo investigado; pero estos continuaran siendo los mismos dentro del trámite del proceso penal, y durante las instancias de la audiencia de acusación, preparatoria hasta el juicio oral.

Es importante identificar que, durante el desarrollo del proceso penal, más específicamente dentro de la audiencia de solicitud de medida de aseguramiento que debe ser precedida por un juez constitucional, se deben garantizar todos los derechos fundamentales de las partes intervinientes dentro del proceso. Es menester de la fiscalía presentar la respectiva solicitud debidamente sustentada, con todos los fundamentos de hecho y de derecho. El juez con función de control de garantías deberá realizar un estudio adecuado de esa solicitud, además del estudio de los elementos materiales probatorios que han sido allegados al proceso para sustentarla. Es entonces cuando determinara su necesidad, decidiendo si la decreta o no.

Es importante mencionar que los hechos ocurridos dentro del proceso, los cuales son relacionados por el fiscal al momento de realizar la imputación, no pueden variar dentro de todo el desarrollo del

<sup>56</sup> Sent. Rad. 58457 de 2021. Sala de Casación Penal de la C.S.J.



proceso penal, es decir que tampoco variarían en la imposición de la medida de aseguramiento. Caso contrario sucede con la adecuación típica que es realizada por el fiscal al procesado. El juez, puede llegar a determinar que los elementos materiales probatorios demuestran una adecuación diferente a la presentada, por lo que puede regirse por este criterio para interponer la medida que considere necesaria en ese evento.

No hay que olvidar que, para decretar una medida de aseguramiento, se debe realizar un juicio de adecuación, juicio de necesidad y un juicio de proporcionalidad, ayudando a determinar cuál es la más indicada. Se debe analizar, que se debe decretar la menos gravosa, con el fin de darle la mayor protección a los derechos fundamentales con el respeto del ordenamiento jurídico.

En ningún momento se puede decir que, si el juez se distancia de la adecuación típica realizada por la fiscalía, está transgrediendo el principio de congruencia, pues esto solo se predica de los hechos facticos identificados dentro del trámite procesal.

¿Puede el juez con función de control de garantías decretar una medida de aseguramiento diferente a la solicitada?

<p>Sí, puede distanciarse de la adecuación típica que hace el fiscal de acuerdo al estudio de los elementos materiales probatorios. Puede decretar la que considere más idónea.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicación 36163 de 2011. Magistrado Ponente. Dr. Alfredo Gómez Quintero</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● Corte Constitucional. Sentencia T – 293 de 2019. Magistrado Ponente Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez</li> </ul>	<p>No, debe limitarse al estudio de lo solicitado y determinar si la decreta o denegarla en caso de considerar que no se encuentra bien sustentada. No decreto de oficio.</p>
---	---	---	---



<p>Sí, puede distanciarse de la adecuación típica que hace el fiscal de acuerdo al estudio de los elementos materiales probatorios. Puede decretar la que considere más idónea.</p>	<ul style="list-style-type: none"><li>● Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicación 53976 de 2019. Magistrada Ponente. Dra. Patricia Salazar Cuellar.</li><li>● Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicación 53888 de 2019. Magistrada Ponente. Dra. Patricia Salazar Cuellar.</li><li>● Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicación 54938 de 2020. Magistrada Ponente. Dra. Patricia Salazar Cuellar.</li><li>● Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicación 58457 de 2021. Magistrado Ponente. Dr. Gerson Chaverra</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>●</li><li>●</li><li>●</li></ul>	<p>No, debe limitarse al estudio de lo solicitado y determinar si la decreta o denegarla en caso de considerar que no se encuentra bien sustentada. No decreto de oficio.</p>	
---	--	---	---	--



## CONCLUSIONES

Durante el desarrollo de este trabajo investigativo, y analizando criterios establecidos por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, se ha podido llegar a las siguientes conclusiones.

- Estamos en desarrollo de un sistema penal con tendencia acusatoria, dentro del cual se han expedido normas sustanciales y procesales que deben ir conforme a la Constitución Nacional.
- Las actuaciones que se realizan dentro del proceso penal, siempre van con el cuidado del respeto de los derechos fundamentales de cada uno de los intervinientes.
- Durante el trámite de la audiencia de solicitud e imposición de una medida de aseguramiento, se deben tener en cuenta los lineamientos establecidos por la ley.
- La solicitud de la medida de aseguramiento, puede ser realizada por la fiscalía o por la víctima, pero en todo caso debe ir debidamente sustentada conforme a su necesidad e idoneidad.
- La medida de aseguramiento que se pretenda decretar debe ser la menos gravosa, por cuanto se pretende limitar un derecho fundamental como lo es el de la libertad personal.
- La aplicación de una medida de aseguramiento debe ajustarse a los criterios establecidos en el bloque de constitucionalidad.
- Los requisitos que se deben cumplir al momento de la solicitud e imposición de la medida de aseguramiento, deben estar de acuerdo con el respeto de los principios de legalidad, racionalidad y razonabilidad.
- Para la imposición de una medida de aseguramiento, se deben realizar el juicio de adecuación, juicio de necesidad y juicio de proporcionalidad.
- El sujeto penable al cual se le va a imponer una medida de aseguramiento, debe estar plenamente identificado e individualizado.
- El juez de control de garantías, debe sentar una posición firme y verificar estrictamente la situación, por ser el garante de los derechos fundamentales.
- Las medidas de aseguramiento, tienen como fin restringir algunos derechos del sujeto penable. Limita posibles obstáculos que se puedan generar en el transcurso del proceso penal.
- Jurisprudencialmente, se puede ver que han venido cambiando las posiciones frente a si el juez de control de garantías, puede decretar o no una medida de oficio diferente a la que le es solicitada en el momento procesal oportuno. Inicialmente se entendía que la Corte no estaba de acuerdo con que se apartara de los límites presentados en dicha solicitud. Debía limitarse al estudio de lo propio y decidir si la decreta o no. Contrariamente en nuevos pronunciamientos, ha indicado la Corte que puede distanciarse de la adecuación típica realizada por la fiscalía, y de considerarlo necesario, realizarla adecuadamente con fundamento en los elementos que sustenten la solicitud.
- En ninguna instancia procesal, se puede cambiar la adecuación fáctica presentada al momento de la formulación de imputación. Deberá ser la misma tanto en audiencia de acusación, preparatoria, alegatos de conclusión y en audiencia de juicio oral.





- La medida de aseguramiento, se solicita como excepción y como última alternativa, en caso de que se considere que existe un peligro para la comunidad o la víctima, la prueba o el desarrollo normal del proceso penal.
- El juez constitucional, propenderá por el buen desarrollo del proceso. Deberá tener en cuenta los pronunciamientos jurisprudenciales para tomar una decisión conforme a Derecho. De considerar vulnerado algún derecho, podrá hacer adecuaciones que contribuyan a su protección.
- Teniendo en cuenta algunos pronunciamientos jurisprudenciales, se puede indicar que el Juez de con Función de Control de Garantías debe tener en claro su papel Constitucional, debido a que debe realizar una valoración tanto a los hechos facticos como jurídicos para poder decretar una medida de aseguramiento. En todo caso no se podrá distanciar de las solicitudes realizadas para tal efecto, que en el momento oportuno sustente la fiscalía o la víctima, dándole fuerza a dicha solicitud en cada uno de los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida en la etapa de indagación.
- Se pueden encontrar criterios jurisprudenciales diferentes, debido a que la Corte Suprema de Justicia en sus más reciente pronunciamientos indican que los jueces constitucionales con Función de Control de Garantías, teniendo como fundamento lo evidenciado en los Elementos Materiales Probatorios y el respeto de los derechos fundamentales y los principios generales del derecho, se podrá apartar de cualquier solicitud de interposición de una medida de aseguramiento, bien sea realizada por la fiscalía o por la víctima, cuando se crea que la misma no es la adecuada para garantizar la seguridad de la comunidad o que se encuentra en peligro la prueba o en riesgo de fuga del investigado. Siempre se debe garantizar el respeto de la Constitución como norma de normas.
- La jurisprudencia ha venido cambiando, siempre dependiendo de las necesidades que vayan surgiendo en la sociedad. El respeto de los derechos fundamentales, siempre está por encima de cualquier circunstancia que los pueda llegar a afectar. En toda ocasión hay que propender por el respeto del derecho sustancial, por encima del derecho procesal.

### **BIBLIOGRAFIA**

Corte Constitucional. Sentencia C - 634 de 2000. Magistrado ponente. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional. Sentencia C - 456 de 2006. Magistrado Ponente. Dr. Alfredo Beltrán Sierra

Corte Constitucional. Sentencia. C - 695 de 2013. Magistrado Ponente. Dr. Nilson Pinilla Pinilla

Corte Constitucional Sentencia C - 567 de 2019. Magistrado Ponente Dr. Alberto Rojas Ríos

Corte Constitucional. Sentencia C-740 de 1999. Magistrado Ponente. Dr. Álvaro Tafur Galvis



Corte Constitucional Sentencia C - 710 de 2001. Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño

Corte Constitucional Sentencia C - 739 de 2000. Magistrado Ponente Dr. Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional Sentencia C – 108 de 2017. Magistrado Ponente Dr. Luis Ernesto Vargas Silva

Corte Constitucional Sentencia C – 039 de 1995. Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo

Corte Constitucional Sentencia C – 070 de 1996. Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

Corte Constitucional Sentencia C – 013 de 1997. Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo

Corte Constitucional Sentencia C – 551 de 2001. Magistrado Ponente Dr. Álvaro Tafur Galvis

Corte Constitucional Sentencia C – 121 de 2012. Magistrado Ponente Dr. Luis Ernesto Vargas Silva

Corte Constitucional Sentencia C – 203 de 2016. Magistrado Ponente Dr. Alberto Rojas Ríos

Corte Constitucional Sentencia C – 024 de 1994. Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero

Corte Constitucional Sentencia C – 022 de 1996. Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz

Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-230 de 1994. Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

Corte Constitucional. Sentencia C – 093 de 2001. Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero

Corte Constitucional. Sentencia C – 318 de 2008. Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño

Corte Constitucional. Sentencia T – 293 de 2019. Magistrado Ponente Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicación 54938 de 2020. Magistrada Ponente. Dra. Patricia Salazar Cuellar.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicación 53976 de 2019. Magistrada Ponente. Dra. Patricia Salazar Cuellar.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicación 53888 de 2019. Magistrada Ponente. Dra. Patricia Salazar Cuellar.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicación 36163 de 2011. Magistrado Ponente. Dr. Alfredo Gómez Quintero.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicación 58457 de 2021. Magistrado Ponente. Dr. Gerson Chaverra Castro.



Londoño Ayala. Cesar Augusto. Segunda edición. Medidas de aseguramiento, análisis constitucional. Bogotá: Ediciones nueva jurídica. 2019

Hassemer. Winfried. Crítica al derecho penal de hoy. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998

Zaffaroni, Raúl Eugenio. Alagia, Alejandro. Slokar, Alejandro. Derecho penal. Parte General. Buenos Aires Argentina. Ediar- sociedad anónima editora, comercial, industrial y financiera. 2005.

Sanchis, Luis Prieto. El juicio se ponderación constitucional. En: El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional. Bogotá. D.C. Universidad Externado de Colombia. Primera edición. Coordinador Miguel Carbonell. 2007

Sánchez Silva, Jesús Maria. Revista de Derecho penal y criminología. 2ª época No 16. Uned. (2005)

Osorio, Manuel. Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales. Buenos Aires- Argentina. Editorial Heliasta. 2006

Artunduaga, Mario León. Cartilla de morfología judicial aplicada y arte forense. Medellín, Colombia. Librería Ediciones Flama. 2007

Individualización e identificación del sindicado. Eafit. <https://publicaciones.eafit.edu.co>

Cód. Proc. Penal. Art. 308

Cód. Proc. Penal. Art. 309

Cód. Proc. Penal, art. 310. Modificado. Ley 1142 de 2007, artículo 24. Modificado. Ley 1453 de 2011, artículo 65

Cód. Proc. Penal, art. 311

Cód. Proc. Penal, art. 312. Modificado. Ley 1142 de 2007, artículo 25.

## LISTA DE REFERENCIAS



FUNDACIÓN  
UNIVERSITARIA  
DE POPAYÁN

<b>Webgrafía</b>		
<b>Infografía</b>		

