

## APROXIMACIÓN A LOS CONTENIDOS FORMALES Y MATERIALES DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO

Santiago Vásquez Betancur<sup>435</sup>

Universidad del Cauca. Popayán, Colombia

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3633-9589>

---

### Marco estructural de comprensión

En este estudio aproximativo nos enmarcaremos en una línea dialéctica y filosófica de derecho que ponga en evidencia los contenidos formales-materiales de la medida de aseguramiento, partiendo del derecho que es y así no caer en extremos como el excesivo rigorismo legal y posturas deslegitimadoras.<sup>436</sup>

---

<sup>435</sup> Santiago Vásquez Betancur, Estudiante de X semestre de derecho, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad del Cauca.  
✉ [santiagovski@hotmail.com](mailto:santiagovski@hotmail.com).

<sup>436</sup> Posada Maya Ricardo, *Temas de Derecho Penal*, Bogotá D.C, Editorial Temis S.A, 2008, pp. 338-340.

### Cita este capítulo

Vásquez Betancur, S. (2020). Aproximación a los contenidos formales y materiales de la medida de aseguramiento en el Proceso Penal Colombiano. En: Obando Cabezas, A. (eds. científico). *Filosofía práctica en Iberoamérica. Comunidad política, justicia social y derechos humanos*. (pp. 393-411). Cali, Colombia: Editorial Universidad Santiago de Cali; Asociación Iberoamericana de Filosofía Práctica. DOI: <http://dx.doi.org/10.35985/9789585147188.26>



El derecho penal concebido como aquel instrumento de última ratio de control social, está destinado a aquellas conductas que una sociedad considere de mayor connotación; el control social es el “conjunto de medios, precisamente sociales o con repercusiones de esa índole, para ordenar y regular el comportamiento humano externo en muy diversos aspectos; el control social, pues, no solo establece los límites de la libertad, sino también es un instrumento llamado a socializar a sus miembros”<sup>437</sup>; dentro de estos se encuentra el derecho e interiormente a este último el derecho penal, ejercido por el Estado mediante el poder punitivo debidamente institucionalizado, es entonces que la ley penal sustantiva y adjetiva busca salvaguardar y amparar las condiciones mínimas de convivencia por parte de los asociados dentro del Estado y en esa medida se ciñe el amparo de bienes jurídicos específicos “que responden a necesidades sociales concretas en valoración del legislador (único autorizado<sup>438</sup> para su configuración los cuales comprenden a su vez injustos penales<sup>439</sup>) como receptor y representante del consenso colectivo”<sup>440</sup>; en delitos sujetos a medida de aseguramiento, subyace la estricta limitación del ejercicio del *Ius Puniendi*, rigor que se justifica en relación a la presencia de estructuras lógico formales-materiales y en esa medida hace imperiosa una interpretación restrictiva en la imposición de la medida.<sup>441</sup>

---

<sup>437</sup> Velasquez Velasquez, Fernando, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, sexta edición, Bogotá D.C, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2014, P. 5-7.

<sup>438</sup> Beccaria, Cessare, *Tratado de los Delitos y las Penas*, Brasil, Editorial Heliasta S.R.L, 1993, “La primera consecuencia de estos principios es que sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos; y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador”, p. 61.

<sup>439</sup> Fernandez Carrasquilla, Juan, “En sentido amplio equivalente a hecho delictivo, cuando se han realizado todos los elementos – objetivos y subjetivos – de la descripción típica contenida en la primera parte de la ley incriminadora y se ha lesionado o creado el riesgo de lesionar el bien jurídico respectivo, sin justa causa y sin excusa de responsabilidad”, *Derecho Penal Parte General, teoría del delito y la pena*, Volumen I, Bogotá D.C, Grupo editorial Ibáñez, 2012.

<sup>440</sup> Pabón Parra, Pedro Alfonso, *Manual de derecho penal, Parte General*, Tomo I, novena Edición, Bogotá D.C, Ediciones doctrina y Ley LTDA, 2013, P. 93.

<sup>441</sup> Posada Maya, Ricardo, *Temas de Derecho Penal*, Bogotá D.C, Editorial Temis S.A, 2008, pp. 360-361, Respecto de la naturaleza y legitimidad de la detención preven-

El derecho penal debe ser antropológico, su único espacio ha de ser el hombre, el derecho penal es para el hombre, la búsqueda de sus particularidades, generalidades, su conocimiento y su voluntad, esto es, la acción, sus móviles, su entorno social, para determinar la construcción jurídica que incorpore aspectos subjetivos y objetivos.

La medida de aseguramiento debe entenderse como una institución política, establecida en el orden constitucional, es una figura procesal con implicaciones sustanciales que comportan la intervención de carácter judicial (principio de necesidad efectiva de protección judicial) y cuya consecuencia puede sobrellevar en el caso concreto la limitación de la libertad personal; el juez competente colombiano (Juez con función de control de garantías) es el llamado a velar por el amparo de los principios, derechos y garantías del ordenamiento jurídico; la intervención judicial no está sujeta al arbitrio judge toda vez que se cuenta con límites claros y precisos, límites que permiten “actualizar y hacer efectivos los derechos sustanciales de los hombres que conviven en comunidad<sup>442</sup>”.

La restricción del derecho de la libertad personal es una circunstancia excepcional dentro del proceso; en este orden de ideas, tenemos criterios formales limitadores como los principios de estricta legalidad y máxima taxatividad, que refieren que de manera previa existan causas, razones y un procedimiento, y el principio de necesidad efectiva de protección judicial que sería formal y material a la vez, los límites materiales como la libertad personal, presunción de inocencia, dignidad humana, primado de la ley sustancial y el juicio de proporcionalidad; las anteriores estructuras lógico-formales y lógico-materiales deben ser aprehendidas por el Juez para verificar la aplicación de la medida previa, y ponderarla con la necesidad de

---

tiva, se dice: “1) El principio de excepcionalidad, 2) Principio de razonabilidad o de verificación del mérito sustantivo; 3) El principio de necesidad teleológica; 4) El principio de proporcionalidad o de prohibición de exceso; y 5) El principio de provisionalidad”.

<sup>442</sup> Agudelo Ramirez, Martin, *Filosofía del Derecho Procesal*, Segunda Edición, Bogotá D.C., Editorial Leyer, P. 26.

limitar derechos con aras de garantizar la eficacia de la justicia (fines de la medida de aseguramiento artículo 250 constitucional); vista de esta magnitud de las cosas y la realidad que emerge, la solución hermenéutica girará en torno a que se podrá imponer la medida de aseguramiento si cumple con los requisitos formales y materiales y que a su vez este encaminada a garantizar los fines constitucionales y legales para conservar las condiciones de efectividad del proceso penal de cara a cada caso en concreto.

La medida cautelar se caracteriza por ser expedita, urgente y excepcional, requerimientos que deben ser sustentados por la Fiscalía con el debido respaldo probatorio y no en simples aseveraciones, para lograr el sistema de equilibrio constitucional; recordemos que mediante el Acto Legislativo 03 de 2002 se crea el nuevo Sistema Penal con tendencia acusatoria, acto que reformó los artículos 116, 250 y 251 de la Carta Magna; se incorpora una nueva estructura en el sistema de investigación, acusación y juzgamiento, estructura que asegura límites al Decreto de medidas de aseguramiento y da génesis a un control automático por parte del juez con función de control de garantías; dentro de la dinámica procesal, propiamente de la audiencia de medida de aseguramiento, se debe escuchar los argumentos primeramente del fiscal, quien es quien solicita la audiencia preliminar de imposición de medida de aseguramiento, los argumentos del Ministerio Público, la víctima o su apoderado y la defensa; precisemos que la presencia del defensor constituye un requisito de validez, razón que lleva a garantizar el derecho de defensa técnica del afectado (Art. 306 CPP)<sup>443</sup>.

La institución preventiva es una medida temporal, provisional y específica, no es una medida punitiva (carácter no sancionatorio)<sup>444</sup>,

---

<sup>443</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-695-13, 09 de octubre de 2013, Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla.

<sup>444</sup> Colombia, Corte Constitucional Sala Plena, Sentencia C-106-94, 10 de marzo de 1994, Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo dice: “Una cosa es detener al individuo contra el cual existen indicios graves acerca de que puede ser responsable penalmente, para que esté a disposición de la administración de justicia mientras se adelanta el proceso en su contra, y otra muy distinta

deviene así una lógica de que con el transcurso del tiempo, de consolidarse un esquema factico-jurídico de revocación, sustitución y modificación deberá optarse por estos, acogiendo la premisa de libertad como regla general dado el cimiento que la libertad constituye en la construcción política y jurídica del Estado colombiano<sup>445</sup>; la figura no pretende sancionar al procesado por la comisión de un delito, en vista de que la sanción acaece como verdad procesal de la comprobación en el juicio oral y público del injusto penal, pero advirtamos que cuando estemos en presencia de una injustificada privación de libertad personal desnaturalizamos el debido proceso de manera ostensible y se llegaría por esta vía a una verdadera efectividad de la pena, lo que haría de la medida de aseguramiento algo inútil como institución en su consagración, aplicación y efectividad, aplicabilidad que haría emerger fines preventivo generales y preventivo especiales atribuibles a la pena y no fines esencia de la medida cautelar<sup>446</sup>; se facturarían las cargas jurídicas soportables en un esquema constitucional y democrático, en consecuencia, la privación preventiva de libertad es una medida excepcional reforzada, y en su carácter preventivo no siempre debe comportar la privación efectiva de la libertad<sup>447</sup>. Con el propósito de que no se surtan efectos negativos a una institución instrumental, recordemos el indudable impacto del derecho en la vida social tanto en su formación y en la eficacia real del derecho<sup>448</sup>.

---

que, cumplidos los trámites procesales y celebrado el juicio con observancia de todas las garantías, reconocimiento y práctica del derecho de defensa, se llegue por el juez a la convicción de que en realidad existe esa responsabilidad penal y de que, por tanto, debe aplicarse la sanción contemplada en la ley”.

<sup>445</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-163-08, 20 de febrero de 2008, Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

<sup>446</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-390-14, 26 de junio de 2014, Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos.

<sup>447</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-121-12, 22 de febrero de 2012, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>448</sup> Peces Barba, Gregorio, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Quinta Edición, España, Madrid, Editorial Debate S.A, 1994, P. 66.

Zaffaroni, Alagia y Slokar precisan que la medida de aseguramiento en el proceso penal es traída del derecho civil y manifiesta que “la primera es recuperable o reparable en la misma especie, en tanto que la devolución del tiempo es imposible (sin contar con los otros males que acarrea la prisionización)”<sup>449</sup>, postura que compartimos de manera parcial, si bien es cierto reconocemos que la institución es traída del derecho civil, cuando se incorpora al derecho penal su naturaleza cambia toda vez que se introducen todos los contenidos del derecho penal (principios, garantías, normas rectoras, derechos, etc.) y solo podrá aceptarse de manera excepcional esta línea cuando se desintegren los fines de la medida de aseguramiento; por ende al Juez con función de control de garantías le es dable avizorar los efectos que generara una medida previa de restricción de la libertad del sujeto.

Finalizando la lectura del artículo 306 del CPP se destaca la frase “controversia pertinente”, esto es que a la defensa le es garantizado el debate para discutir la aplicación o no de la medida respectiva, la inferencia razonable de la forma de participación, la adecuación de la responsabilidad penal, es dable el descubrimiento probatorio en esta fase como se desprende del artículo 344 CPP<sup>450</sup>; de ahí el juez debe tomar su determinación, que puede incluso en virtud de su control material variar la adecuación típica respetando el núcleo esencial de la imputación fáctica<sup>451</sup>.

Existen límites a nivel internacional que son incorporados a nuestro ordenamiento jurídico por vía del artículo 93 constitucional, establecidos en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre del 10

---

<sup>449</sup> Posada Maya, Ricardo, *Temas de Derecho Penal*, Bogotá D.C, Editorial Temis S.A, 2008, Capítulo: Naturaleza y Legitimidad de la Detención Preventiva, P. 347.

<sup>450</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia de Constitucionalidad Número C-1194-05, 22 de noviembre de 2005, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>451</sup> Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de Casación Número 39110, 29 de agosto de 2012, Magistrado Ponente: José Luis Barceló Camacho.

de diciembre de 1948, artículo 12, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado mediante la Ley 74 de 1968, que le consagró su artículo 9º: la detención preventiva debe ser la excepción y si es ilegalmente detenida una persona esta tiene derecho a una reparación, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por la Ley 16 de 1972, la hizo suya en el artículo 7º que precisa una pauta hermenéutica<sup>452</sup>, que fija: la garantía de libertad, la existencia de causas y procedimiento, la prohibición de arbitrariedad, el informe de razones y cargos, la garantía de un juez, un juicio pronto, la detención excepcional, existencia de recursos, la prohibición de reclusión por deudas, la reparación y el tratamiento diferenciado.

En suma, el poder punitivo estatal está sujeto a límites constitucionales de derecho internacional, y legales, todos ellos en procura del orden social justo, en esa medida le asiste al juez constitucional la tarea de la contención jurídica en aras de salvaguardar los fines del Estado social y democrático de derecho.

**1. Juicio de proporcionalidad<sup>453</sup>:** Es un juicio axiológico para poner en análisis de cara a cada caso en concreto las diferentes hipótesis legítimas de responsabilidad penal y corroborar si ante una solicitud de privación previa de libertad es dable su aceptación; la afectación de la libertad es la medida más grave e intensa, se examinan los siguientes subcriterios:

**a. Legitimidad:** Informa que la medida cumpla los fines constitucionales y la facultad que tiene el juez de apreciar los efectos previsibles de la aplicación de la norma invocada<sup>454</sup>.

**b. Adecuación:** Alude a la pregunta ¿La medida se ajusta al ordenamiento jurídico? Respuesta que se orienta a que la medida

<sup>452</sup> <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/21/dtr/dtr4.pdf>.

<sup>453</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-417-09, 26 de junio de 2009, Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez.

<sup>454</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-695-13, 09 de octubre de 2013, Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla.

se acompace con el ordenamiento jurídico, esto es los eventos de imputación fáctica e imputación jurídica sean inequívocos; prohibición de excesos para hacer efectivos los principios y los derechos, de no ser así se recae en la extralimitación de funciones públicas y la desconfiguración de la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho, por lo cual sobre la conducta deben existir indicios de responsabilidad penal (tipicidad-anti-juridicidad-culpabilidad); se relaciona asimismo con el término provisional, razonable y la subsistencia de los requisitos de continuación de la detención provisional.

- c. **Necesidad:** Relativa a lograr los objetivos de cada medida cautelar, en razón al grado del delito y la vulneración a postulados constitucionales involucrados<sup>455</sup>, busca si la medida es benigna entre otras posibles; debemos hacernos las siguientes preguntas: ¿Si no se impone una medida preventiva, se lograrán los objetivos del proceso penal sin vulnerar las herramientas formales y materiales del ordenamiento jurídico?, ¿Existen medidas más benignas no privativas de libertad que se ajusten?, preguntas encaminadas a un derecho penal de contención, que establece una limitación funcional al poder punitivo; el derecho penal atiende al principio de subsidiariedad, existen otros modelos con menor grado de injerencia en los derechos como son los modelos de solución horizontal de los conflictos<sup>456</sup>; la pregunta plantea el principio de gradualidad.

## Principio gradualidad de medidas preventivas

Regulado en el artículo 307 del CPP, se establece un entramado de medidas preventivas para asegurar los fines del proceso; cada una de

---

<sup>455</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-805-02, 01 de octubre de 2002, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre.

<sup>456</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl, *“La Cuestión Criminal”*, Bogotá D.C, Editorial Ibáñez, 2013, P. 155-167.

estas tiene un alcance e intensidad de afectación de derechos fundamentales, estas son, las medidas privativas y no privativas de la libertad siendo para estas últimas imperioso revisar el artículo 315 CPP

El principio de gradualidad nos indica que se debe examinar en cada caso concreto la idoneidad de cada una de estas medidas y no imponer la medida más gravosa, todo ello valorado de acuerdo al acerbo probatorio y del juicio de proporcionalidad para asegurar los fines de la medida a imponer, examinar que ante un plexo de posibilidades se tome una decisión que resulte benigna a la finalidad que se persigue, sin que ello genere sacrificio de valores, principios o derechos de mayor entidad, así como corroborar la verosimilitud de la presunta vinculación al delito.

De manera conjunta a los fines de la medida es menester observar las circunstancias personales del imputado o acusado dadas las voces del artículo 314 del CPP, tales como la vida personal, laboral, familiar y social; debe argumentar en debida forma por qué se opta por una determinada medida, en vista que no es acorde a los lineamientos constitucionales y legales imponer de manera automática, general e indiscriminada una medida de aseguramiento toda vez que reflejaría una violación al ordenamiento jurídico por el carácter excepcional de la medida.

**d. Proporcionalidad estricta:** Se pregunta si la medida a imponer compensa los sacrificios para los titulares del derecho y la sociedad.

### **Imponer medidas de aseguramiento con solo fundamento en la gravedad y modalidad de la conducta es inconstitucional**<sup>457</sup>

La Corte Constitucional ha decantado que la gravedad y la modalidad de la conducta no son criterios prevalentes y suficientes, si ello

<sup>457</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-1198-08 (04 de diciembre de 2008) y C-695-13 (09 de octubre de 2013), Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla.

fuera así llevaría a la vulneración del principio de libertad que cobija el proceso penal; es riguroso que se consulte a la necesidad, para ser omnicomprendidos es nuestro juicio de proporcionalidad, en dicha sentencia se dijo que no existe una política criminal clara en Colombia que establezca cuales son realmente las conductas punibles graves, en razón a que el legislador en muchas ocasiones ha abarcado gran parte de supuestos de derecho penal especial subsumiendo así gran parte de los delitos contenidos en la norma y violando así la excepcionalidad de la medida y el principio general de libertad. De esta manera irrespetando principios fundantes del derecho penal como lo es el principio de limitación funcional de una respuesta no contingente, pues muchas conductas debieran revestirse no de un proceso penal sino de índole administrativa; tampoco volver oficioso ciertos delitos.

### **Imposición de la medida de aseguramiento**

La imposición de la medida de aseguramiento hace necesario examinar los requisitos generales de todas las medidas (Art. 308 CPP); estos son los criterios de obstrucción a la justicia, criterio de peligro para la comunidad o la víctima, criterio de no comparecencia, son los llamados fines constitucionales. En consecuencia la imposición de una medida debe perseguir impedirle al imputado su eventual fuga, el peligro a la comunidad y las víctimas y la continuación de su actividad delictual o labores con las cuales emprenda ocultar, destruir o deformar o desvirtuar los elementos materiales probatorios, circunstancias que deben estar regidas por hipótesis fundadas atendiendo a criterios objetivos, de verdad procesal <sup>458</sup>, de existencia de un real o potencial peligro fundado (*fumus boni juris*), respaldado por el juicio de proporcionalidad y los elementos materiales probatorios que avizoren de manera comprensiva y en su extensión la responsabilidad penal.

---

<sup>458</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-774-01, 25 de julio de 2001, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

## **Requisito *sine qua non* – indicio de responsabilidad penal – prohibición de imputación objetiva**

En el proceso penal una vez recibida la noticia criminal, el fiscal con apoyo de los funcionarios de policía judicial planea su investigación, elabora un programa metodológico (art. 207 CPP), se traza objetivos, el cronograma, evaluación, identificación y clasificación de la información y de los elementos cognoscitivos y de estos realiza hipótesis delictivas, la cual determinará la teoría del caso.

El indicio es un medio probatorio y enmarcado dentro de la medida de aseguramiento es esencial; el artículo 308 inc.1 CPP lo precisa para sustentar la medida y su urgencia, implica un proceso de conocimiento que debe arrojar seguridad y definición jurídica, lo que nos lleva de manera inescindible a no perder de vista los contenidos que subyacen a este.

La Corte Constitucional dijo años atrás<sup>459</sup> que la medida de aseguramiento no requiere un juicio previo para su imposición, señalamiento que no compartimos, pues si bien es cierto no se requiere un juicio hasta ese momento; ya que no requiere un juicio, hasta ahí, esto es, no requerimos llegar al juicio oral y público para imponer la medida de aseguramiento pues claramente alteraríamos su carácter preventivo, si es necesario un juicio previo; como ya se vio el juicio de proporcionalidad y ahora la inferencia lógico razonable a partir de los elementos se pueda inferir razonablemente la responsabilidad penal del procesado, de manera que los hechos deben ser claros, específicos y unívocos para abstenerse de cualquier tipo de generalizaciones y abstracciones<sup>460</sup>.

---

<sup>459</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-106-94, 10 de marzo de 1994, Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo, se dijo “La privación de la libertad no puede estar siempre precedida de la culminación del proceso, como quiera que comportaría la desnaturalización de su finalidad preventiva. La medida de aseguramiento no requieren de juicio previo”. (subrayado fuera de texto)”.

<sup>460</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-123-04, 17 de febrero de 2004, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Etimológicamente indicio viene del latín *indicere* que significa indicar, señalar, mostrar, revelar, dar a conocer, enseñar algo, rastro, huella, vestigio, suministrar información, dice algo sobre las cosas.

Existen posturas que consideran al indicio como objeto de prueba, pero realmente lo que es objeto de prueba es el hecho indicante, el objeto de prueba es solo una parte de la gran estructura; existe también la consideración del indicio como medio de prueba y esta gira en torno a dos posiciones, la primera como hecho y la segunda como inferencia. Sin embargo sostenemos que es una inferencia como un hecho, es una inferencia por vía lógico-formal (silogismo), con la estructura, premisa menor o hecho indicador éste puede ser una máxima de la experiencia, una ley de la lógica o una ley de la ciencia; la inferencia lógica o premisa mayor mediante la inducción (fase sensorial [experiencia o conocimiento a posteriori], fase de abstracción, fase conceptual, fase de verificación) y deducción (parte ya del conocimiento), toda vez que inducción y deducción ambos contribuyen al descubrimiento de la verdad<sup>461</sup>, y el hecho indicado o conclusión. Ahora, es un hecho o fenómeno que bajo la lógica material que revela los contenidos de la conducta punible, es un fenómeno objetivo de expresión acabada o inacabada de una conducta de autoría o de participación responsable, una figura probatoria de carácter complejo que proyecta efectos, incidencias sustanciales que impactan en la adecuación típica, adecuación de antijuricidad y de culpabilidad, la forma de intervención, y es característico de esta su existencia derivada<sup>462</sup>.

Ahora bien, para imponer una medida de aseguramiento es ineludible que existan indicios necesarios o contingentes graves (conno-

---

<sup>461</sup> Salazar Marin, Mario *Teoría del Derecho penal – Con Fundamento en la Escuela Dialéctica del Derecho Penal*, Bogotá D.C, Editorial Ibáñez, 2007, P. 110 y 111.

<sup>462</sup> Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de Casación Número 29221, 02 de septiembre de 2009, Magistrado Ponente: Yesid Ramírez Bastidas, se dijo: “Al juez no le está vedado avanzar provisionalmente en juicios valorativos sobre la antijuricidad y la culpabilidad de lo contrario caeríamos en el régimen de responsabilidad objetiva, lo cual violaría el principio de presunción de inocencia”.

tantes) que conlleven a una verdadera hipótesis de responsabilidad penal, los primeros refieren a que el hecho indicador revela en forma cierta o inequívoca la existencia de otro hecho a partir de relaciones de determinación constantes como las que se presentan en las leyes de la naturaleza; los segundos se clasifican según el grado de probabilidad que ostenten para inferir el hecho indicado: Dentro de estos están los graves (connotantes<sup>463</sup>) que apuntan al nexo que une las premisas del indicio que se establece como racional, lógico, probable, inmediato, seriamente indicativo del hecho indicado; debemos prescindir del indicio leve que precisa la Constitución de apenas una de las varias posibilidades que se presenten en el caso concreto y los indicios levísimos que no permiten avizorar la relación de responsabilidad penal, por lo cual deben dar lugar a la abstención de solicitud de imposición de medida de aseguramiento y en caso de solicitarse, abstención de imposición.

Se ha dicho que el indicio se debe diferenciar de la conjetura, de la ficción, de la presunción, de la sospecha y de la hipótesis<sup>464</sup>, postura que debe ser abandonada en cuanto al primer y último evento; claramente el indicio es diferente de la ficción en razón a que esta última refiere a un mandato legal del cual se da por entendido una consecuencia a raíz del cumplimiento de las circunstancias que el ordenamiento jurídico manifieste, también difiere del concepto presunción que indica relación que de unas determinadas circunstancias fácticas por aplicación de la ley debemos dar por establecido una determinada consecuencia, la cual puede tener prueba en contrario o no, clasificándose en presunciones de derecho y de hecho, difiere de la sospecha por cuanto ésta es una intuición, es eminentemente subjetiva, y el indicio es una estructura compleja; la postura a abandonar es la relativa a diferenciar el indicio con la conjetura y la hipótesis. Miremos que la conjetura es un supuesto lógico del hecho investigado pero que arroja

---

<sup>463</sup> Pabón Gómez, Germán, *Lógica del Indicio en Materia Criminal* Tomo II, Bogotá D.C, Tercera Edición, Ediciones Nueva Jurídica y Editorial Ibáñez, 2007.

<sup>464</sup> Arenas Salazar, Jorge, *Crítica del Indicio en materia Penal*, Bogotá D.C, segunda Edición, Ediciones Jurídicas Doctrina y Ley, P. 40 a 45.

una multiplicidad de posturas de lo que pudo ser o no ser del hecho investigado, lo es equivalente a los indicios contingente leves y levísimos o no connotantes, esto es conjetura indica indicios contingentes leves y levísimos (no connotantes); ahora bien estaremos en una hipótesis y correlativamente en un indicio grave o connotante cuando la inferencia realizada no se halle en contradicción con ningún dato de la ciencia y/o sea suficiente para explicar los hechos o hecho que motivan su formulación (hecho indicante) para arrojar el indicado; precisemos que la hipótesis es “un silogismo que se realiza sobre una conducta del individuo o ser humano y por lo mismo dicha hipótesis debe contemplar los elementos de esa posible conducta llamada tipo<sup>465</sup>”. Sin embargo debemos hacerlo más extensivo y no solo será el tipo sino la comprensión total de la responsabilidad penal, en esa medida la hipótesis en materia penal es la que dice de los elementos configurativos de la conducta punible, esto es la contentiva de los elementos configurativos de la responsabilidad penal, elementos de tipicidad, antijuridicidad y de culpabilidad; hemos hecho referencia lingüística a la palabra connotante y no connotante, acentuamos que es una mejor aproximación ya que el criterio grave, leve y levísimo en su relación de logicidad, conexidad, causalidad del hecho indicador e indicado y conllevan a<sup>466</sup> “el riesgo de ser cambiantes, inciertos y dependientes del criterio subjetivo del sujeto cognoscente (...) y cambiar su eteridad (...)”; para así librarlo de incertidumbre y de ambigüedad, se hace necesario que una “concreción semántica y conceptual, permita rigores, contrastes y puntualizaciones inequívocas”, por ello se prefiere la palabra connotante que “desde un punto de vista semántico tiene como sinónimos las expresiones: señalar, pecar, advertir, darse cuenta, apuntar ...”, son entonces “sinónimos que permiten y suministran una comprensión más precisa de la calidad del indicio”.

---

<sup>465</sup> Guadarrama Gonzales, Álvaro, *La axiología Jurídica en la Formación Integral de los Estudiantes de Derech*”, México, Segunda Edición corregida y aumentada, Editorial Porrúa, 2010, p. 3.

<sup>466</sup> Pabón Gómez, Germán, *Lógica del Indicio en Materia Criminal*, Tomos I y II, Bogotá D.C, Tercera Edición, Ediciones Nueva Jurídica y Editorial Ibáñez, 2007.

Es claro que el indicio como proceso de conocimiento se relaciona con la epistemología, “rama de la filosofía que nos da las bases para llegar al conocimiento verdadero<sup>467</sup>” da cuenta del “origen del conocimiento, su esencia y el problema de la verdad<sup>468</sup>”; de esta se derivan sus tres elementos a saber: el sujeto del conocimiento, el objeto del conocimiento y la relación de estos dos, en ese camino de encontrar la verdad, la verdad en el indicio es el indicio connotante de responsabilidad penal.

Esta operación de cara a encontrar los verdaderos contenidos del indicio en relación al conocimiento penal nos demuestra que no es una fenomenología vacía, que lleve a cualquier indicación o simples señalamientos de autoría y participación por lo cual la imputación objetiva, factual, causalística queda vedada de cara al Derecho penal y la imputación objetivo-subjetiva, como se desprende del artículo 29 constitucional y los principios rectores del derecho penal dispuestos en los artículos 9 y 12 del Código Penal que imponen “la obligación de probar los elementos que integran la conducta punible”<sup>469</sup>.

En suma, el indicio da a conocer los contenidos de una conducta punible; al derecho penal le interesan son las personas responsables, y no solamente las acciones humanas que crean un riesgo jurídicamente desaprobado<sup>470</sup>, es un claro yerro estructural inconstitucional y de irrespeto a los principios del Derecho Penal colombiano; se colige entonces en esa medida que la responsabilidad penal está regida por una estructura que deviene del artículo 29 constitucional, así como los artículos 9, 10, 11, 12 C.P, manifiestan que el indicio se sumerge en terrenos de lo típico, antijurídico y culpable; por ende la reali-

---

<sup>467</sup> Guadarrama González, Álvaro, op. cit. P. 8.

<sup>468</sup> Salazar Marín, Mario *Teoría del Derecho penal – Con Fundamento en la Escuela Dialéctica del Derecho Penal*, Bogotá DC, Editorial Ibáñez, 2007, P. 53.

<sup>469</sup> Bernal Cuellar, Jaime y Montealegre Lynett Eduardo, *El proceso penal*, tomo II, Bogotá D.C, Editorial Universidad Externado de Colombia, 2013, P. 523 a 525.

<sup>470</sup> Gómez Gómez Jesús Alberto, *La Estructura de la Conducta y la Imputación Objetiva*, Bogotá D.C, Tercera Edición, Editorial Ibáñez, 2013.

zación de hipótesis de responsabilidad<sup>471</sup> debe ceñirse a los aspectos objetivo-subjetivos, so pena de violentar los principios de legalidad, supremacía de la constitución, adecuación típica inequívoca y la expresa prohibición de responsabilidad objetiva, valorado todo en relación a los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente y lícitamente obtenida, el respeto del principio de imputación jurídica cuyo fundamento es el injusto (imputación objetiva y subjetiva) ya que “darle importancia a la imputación objetiva y desarrollarla separadamente de la imputación subjetiva lleva a la preocupante consecuencia política de imputarle objetivamente al sujeto un injusto sin comprenderlo<sup>472</sup>”; postura antidemocrática que no indaga si lo conoce, la función de la norma es valorativa y determinativa (mira al sujeto, la conducta en todo su contenido subjetivo; dolo, culpa, ánimos especiales, comprensión de injusto), “la dialéctica nos permite integrarlas y unirlas en un mismo pie de igualdad, comprendiéndolas como los dos extremos de la unidad delictiva como sistema”<sup>473</sup>.

Queremos significar imputación subjetiva como factor psicológico y antropológico que recoge los aspectos motivacionales y características particulares del sujeto que se concretan en un aporte voluntario y final, por su parte imputación objetiva como manifestación de esa voluntad en el mundo exterior.

El indicio en materia penal está atado a los contenidos de la acción, el derecho penal de acto (artículo 29 constitucional), la conducta en sus aspectos objetivos y subjetivos, al principio de ejecutividad<sup>474</sup>, el desva-

---

<sup>471</sup> Bernal Cuellar, y Montealegre Lynett Eduardo, Op. Cit. P.523.

<sup>472</sup> Salazar Marín, Mario *Teoría del Derecho penal – Con Fundamento en la Escuela Dialéctica del Derecho Penal*, Bogotá DC, Editorial Ibáñez, 2007, pp. 549-550.

<sup>473</sup> Salazar Marín, Mario, obra. Cit. P. 236.

<sup>474</sup> Salazar Marín Mario, obra. Cit. P. 549, señala: “(...) ejecutividad (no exterioridad) a fin de dejar clara la necesidad de la tentativa, como mínimo, en orden de asegurar el injusto, pues los actos preparatorios pueden constituir exterioridad mas no ejecutividad”.

lor de acto y resultado, se desprende del artículo 308 del CPP el cual dice que el indicio se relaciona con la autoría y la participación, esto es las diversas modalidades de intervención delictual consagradas en el ordenamiento, a su vez la necesaria relación al principio de necesidad de la prueba, toda vez que con los elementos obtenidos en el transcurso del proceso penal se verifica o no la responsabilidad penal.

Finalmente señalemos que no existe una tarifa legal para condenar, mas no basta la prueba indiciaria sino que se requiere de una serie de medios de conocimiento que lleven más allá de toda duda (artículo 381 CPP) sobre la responsabilidad.

## **Conclusión**

La medida de aseguramiento debe analizarse bajo la verificación de los requisitos formales y materiales, los indicios de responsabilidad penal con el fin de lograr una integral adecuación típica, antijurídica y culpable inequívoca y proceder a agotar el juicio de proporcionalidad; en suma, da una aplicación respetuosa de los postulados del Estado social y democrático de derecho e implanta la justicia social.

## **Referencias bibliográficas**

Beccaria, Cessare, *Tratado de los Delitos y las Penas*, Brasil, Editorial Helias-ta S.R.L, 1993.

Bernal Cuellar, Jaime y Montealegre Lynett Eduardo, *El proceso penal*, tomo II, Bogotá D.C, Editorial Universidad Externado de Colombia, 2013.

Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-695-13, 09 de octubre de 2013, Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla.

Colombia, Corte Constitucional Sala Plena, Sentencia C-106-94, 10 de marzo de 1994, Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-163-08, 20 de febrero de 2008, Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-390-14, 26 de junio de 2014, Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos.

Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-121-12, 22 de febrero de 2012, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia de Constitucionalidad Número C-1194-05, 22 de noviembre de 2005, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de Casación Número 39110, 29 de agosto de 2012, Magistrado Ponente: José Luis Barceló Camacho.

Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-417-09, 26 de junio de 2009, Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez.

Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-695-13, 09 de octubre de 2013, Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla.

Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-805-02, 01 de octubre de 2002, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre.

Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-1198-08 (04 de diciembre de 2008) y C-695-13 (09 de octubre de 2013), Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla.

Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-774-01, 25 de julio de 2001, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-106-94, 10 de marzo de 1994, Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-123-04, 17 de febrero de 2004, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de Casación Número 29221, 02 de septiembre de 2009, Magistrado Ponente: Yesid Ramírez Bastidas.

Fernandez Carrasquilla, Juan, *Derecho Penal Parte General, teoría del delito y la pena*, Volumen I, Bogotá D.C, Grupo editorial Ibáñez, 2012.

Gómez Gómez Jesús Alberto, *La Estructura de la Conducta y la Imputación Objetiva*, Bogotá D.C, Tercera Edición, Editorial Ibáñez, 2013.

Guadarrama Gonzales, Álvaro, *La axiología Jurídica en la Formación Integral de los Estudiantes de Derech*”, México, Segunda Edición corregida y aumentada, Editorial Porrúa, 2010.

Salazar Marin, Mario *Teoría del Derecho penal – Con Fundamento en la Escuela Dialéctica del Derecho Penal*, Bogotá D.C, Editorial Ibáñez, 2007.

Salazar Marín, Mario *Teoría del Derecho penal – Con Fundamento en la Escuela Dialéctica del Derecho Penal*, Bogotá DC, Editorial Ibáñez, 2007.

Pabón Parra, Pedro Alfonso, *Manual de derecho penal, Parte General*, Tomo I, novena Edición, Bogotá D.C, Ediciones doctrina y Ley LTDA, 2013.

Pabón Gómez, Germán, *Lógica del Indicio en Materia Criminal* Tomo II, Bogotá D.C, Tercera Edición, Ediciones Nueva Jurídica y Editorial Ibáñez, 2007.

Peces Barba, Gregorio, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Quinta Edición, España, Madrid, Editorial Debate S.A, 1994.

Posada Maya Ricardo, *Temas de Derecho Penal*, Bogotá D.C, Editorial Temis S.A, 2008.

Velasquez Velasquez, Fernando, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, sexta edición, Bogotá D.C, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2014.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, *“La Cuestión Criminal”*, Bogotá D.C, Editorial Ibáñez, 2013,