

Edwin Rodríguez Peña\*\*

# **Justificación y alcance de las medidas de aseguramiento, acciones de control frente al delito: una mirada desde el control de legalidad\***

## **Justification and scope of the measures of insurance, actions of control opposite to the crime: a look from the control of legality**

*Recibido: 12 de agosto de 2011 / Aceptado: 18 de octubre de 2011*

### **Palabras clave:**

Garantismo, Debido proceso,  
Control de legalidad,  
Medidas de aseguramiento.

### **Resumen**

El presente artículo de revisión tiene como finalidad argumentar desde una postura teórico-conceptual, el alcance de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad como ejercicio de control punitivo del Estado, a partir de los principios de justicia, proporcionalidad y legalidad de las actuaciones del operador de justicia y posibles violaciones al principio de inocencia y de libertad. Se parte de los antecedentes de las medidas de seguridad frente a las penas y sus distintas modalidades para luego establecer las relaciones y concesiones entre la sentencia de condena y las medidas impuestas durante la etapa de sindicación e imputación. De igual forma, se analizará el ejercicio del mismo y su carácter garantista frente a la víctima y la sociedad. Por último, se observará el carácter holista de los prejuicios y situaciones de tensión que se presentan al momento de poner de manifiesto la vulneración de derechos fundamentales.

### **Key words:**

Guaranteeing, Legal process,  
Control of legality,  
Measures of insurance.

### **Abstract**

The present article of review has as purpose argue from a theoretical - conceptual position, the scope of the exclusive measures of insurance of the freedom as exercise of punitive control of the State, from the beginning of justice, proportionality and legality of the actions of the operator of justice and possible violations initially of innocence and of freedom. It splits of the precedents of the safety measures opposite to sorrow and his different modalities then to establish the relations and concessions between the judgment of sentence and the measures imposed during the stage of unionization and imputation. Also the exercise of the same one was analyzed and his character garantista stops to the victim and the company. Finally, the character was observed holista of the prejudices and tension situations that they present to the moment to reveal the violation of fundamental rights.

\* El presente artículo de investigación se deriva del proyecto titulado: "Aspectos Constitucionales de la medida de aseguramiento", adelantado dentro del grupo de investigación: Violencia, Criminalidad y Familia en la Costa Caribe Colombiana de la Universidad Simón Bolívar.

\*\* Abogado de la Universidad Simón Bolívar, Especialista en Derecho Penal y Criminología Universidad Libre de Colombia. Magíster (C) en Derecho Procesal. Docente-Investigador, vinculado al grupo de investigación Violencia, Criminalidad y Familia en la Costa Caribe Colombiana escalafonado en categoría B de Colciencias. edwhyngs79-@hotmail.com

## INTRODUCCIÓN

Uno de los hechos que más preocupa a las partes e intervinientes en un proceso penal, entendido desde la lógica las acciones, reacciones y análisis del hecho criminal, implica la incurción de medidas propias de Estados Absolutos de Derecho, en donde los ciudadanos se encuentran condicionados por la dogmática jurídico-penal, estimulando situaciones de tensión entre la operación judicial y la idea de justicia (debatida entre víctima y victimario). De tal suerte que un análisis epistemológico orientado desde las relaciones y conexiones entre las medidas de aseguramiento, las acciones de control y la legalidad de las acciones proporcionará elementos suficientes para el análisis de esta problemática. No obstante, la implementación de una metodología de examen de fuentes primarias y triangulación con estructuras jurisprudenciales, comporta un estudio diagnóstico de la situación del debido proceso en contexto; toda vez que, los actores, sus roles y consecuencias lógico-jurídicas dentro del proceso, permiten su acción ciudadana y contribuyen a la salvaguarda del orden jurídico social imperante dentro del Estado Social y Democrático de Derecho, a pesar de que el debate se centre en su violación irrestricta y su incipiente fundamento teórico conceptual frente al derecho a la libertad y a la dignidad del sindicado y/o imputado dentro del proceso penal. En consecuencia, la incurción de elementos de juicio suficientes al momento de establecer la responsabilidad penal permitirá la correcta ejecución de las penas y de las medidas de seguridad, así como de su extensión como pena

privativa de libertad o la reivindicación de su carácter resocializante.

## RESULTADOS DE INVESTIGACIÓN

### I. Qué son las medidas de aseguramiento

#### *Antecedentes, teleología, epistemología*

Desde la construcción del sistema penal y de corrección de conductas punibles, soportado en el sistema constitucional colombiano (Art. 28 CN), hasta la configuración de las garantías del imputado dentro y fuera del proceso penal (Art. 29 CN)<sup>1</sup>, se demuestra su compatibilidad, la cual responde a un carácter preventivo, no sancionatorio. Sin embargo, la seguridad ciudadana y del sindicado sustenta la calidad y eficiencia del aparato judicial frente a la acción estatal en virtud del principio de consecución de justicia. Es entonces el ejercicio del *ius puniendi*, lo que legitima la acción de control del ejercicio de las libertades del ciudadano y su concreción en la naturaleza cautelar de estas medidas, erigidas con un carácter principialista cuyo soporte es el delito<sup>2</sup>.

Por otra parte, los límites a los derechos ciudadanos, específicamente a la libertad del sujeto, implica la vulneración de este, en tanto que solo es posible la garantía mediante la presunción de inocencia, siendo esta desdibujada por la medida cautelar detención preventiva, so pretexto de

1. Declaración Universal de los Derechos Humanos en su Artículo 11. Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, ratificado por Colombia a través de la Ley 16 de 1974.
2. "El delito, como ente jurídico, como hecho o supuesto fáctico, supone la transgresión de un valor o interés socialmente relevante." Ver. Bustillos, Lorenzo *et al.* (2006). *Medidas de aseguramiento en el proceso penal venezolano*. [Springer] Recuperado de [www.bibliotecapenal.com](http://www.bibliotecapenal.com), p. 6

la búsqueda del orden jurídico y del interés general, no retributivo y anti-principalista (Corte Constitucional. Colombiana. Sentencia C-106 de 1994. M.P. José Gregorio Hernández Galindo). Así las cosas, la confusión entre detención preventiva y su carácter de pena, resulta ser inconducente al momento de valorar el resultado de la acción del proceso penal, en donde la existencia de responsabilidad penal solo es posible mediante un juicio con todas las garantías que integran el debido proceso y el control de legalidad (Corte Constitucional. Colombiana. Sentencia C-327 de 1997. Fabio Morón Díaz). De tal manera que, la pena se configura como un modelo de inhibición en donde los ciudadanos encuentran la respuesta a su necesidad de autorregulación y control de sus actuaciones frente a la ley (Feuerbach, 1989, p. 13).

Sin embargo, la motivación real de la nación frente a la pena y sus consecuencias (éticas, morales, económicas, entre otras) (Roxin, 1976), supone la no inclusión de un punto de equilibrio entre la limitación de la pena y su función preventiva (Jakobs, 2008, p. 43) de donde se desprende la necesidad de una vigencia normativa acorde con las exigencias de la convivencia social, la confianza en el sistema normativo del Estado, teniendo en cuenta siempre la vigencia de estas medidas y su grado de confianza respecto a la garantía de la víctima y del sindicado, toda vez que, todo contenido restrictivo de bienes al sujeto es proporcional a la medida que se promueve, en el sentido de los bienes jurídicos que se protegen y constriñen, la culpabilidad del

sujeto comisor y a la prevención en favor a la víctima y al sistema social<sup>3</sup>.

Este juego de roles sociales de la pena, el sujeto comisor, la víctima y el sistema de derecho genera un escenario de análisis de la política criminal, en cuanto al favorecimiento de uno u otro actor frente a la función preventiva de la pena y de las medidas de seguridad privativas de la libertad. Sin embargo, el restablecimiento de la vigencia de la norma jurídica (constitucional o legal) funciona en la medida en que este restablecimiento se dé a través de estados de justicia y garantía propias de la legitimación de las medidas preventivas de privación de libertad, en las circunstancias que la ley determina, bajo el respeto de la dignidad del ciudadano y la no generación de indicadores administrativos a costa del sujeto procesal (sindicado). Es entonces esa “compensación” (Jescheck, H. 1993, p. 10-11) la causante de la desarticulación del sistema en torno a la puesta en riesgo de la seguridad jurídica del bien jurídico tutelado, por tanto este fenómeno causal y modal, solo adquiere su significación y alcance en la medida en que su resultado sea conducente hacia la solución o no de un problema jurídico y de una garantía social.

Empero, esta construcción positivista, contradictoriamente empírica, muestra una “tendencia hacia la construcción de exposiciones

3. Al respecto la Corte Constitucional ha dicho: “La proporcionalidad, implica, además, un juicio de idoneidad del tipo penal. Así, ante la existencia de bienes jurídicos constitucionales, el legislador tiene la obligación de definir el tipo penal de manera tal que en realidad proteja dicho bien constitucional (...)” Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-417 de 2009. M.P. Juan Carlos Henao; Cfr. Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-939 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Linett.

holistas de funcionamiento y control penal” (Gómez, 2006, p. 52). De tal suerte que, la imposibilidad de configuración clara de un sistema de valoración de la pena y sus medidas sustitutivas y preventivas (pre-cautelativas), en donde las conductas desviadas están sometidas al imperio de la ley y son promovidas como factores de control social desde su grado de peligrosidad y no ajustamiento al sistema social y jurídico imperante. Este cúmulo de actuaciones solo es posible en la medida del control constitucional que hace el juez al momento de la calificación de la misma frente al delito (Adato, 2006, p. 38ss), razón por la cual algunos fallos de libertad condicionada resultan ser convenientes al momento de establecer los grados de responsabilidad del sujeto sindicado y las responsabilidades que se derivan de la administración ineficiente de justicia (ver. Responsabilidad del Estado por falla en la administración de justicia).

### ***Deber ser de las medidas preventivas***

Uno de los elementos más importantes al momento de establecer las relaciones y conexiones entre la acción estatal de control, producto de la comisión de un delito, es el análisis de la pena como producto con independencia, en donde la afectación de la libertad y su patrimonio perturba los bienes jurídicos tutelados más importantes de un ciudadano. Es entonces cuando la libertad, entendida como la capacidad del sujeto “de dirigir su vida moral y física según las ideas de la razón” (Ahrens, H., 1941, p. 121), en donde la conciencia y la moralidad se confunden en un grupo de acciones producto del interés del

sujeto, de sus pasiones o de su lógica comportamental, so pena de incurrir en el nepotismo de las conductas que van en contra del sistema de libertades. Todo este cúmulo de principios y aportes teóricos se resume en la necesidad de urgencia en la resolución de los conflictos entre los comportamientos dañosos para el sistema y se visibilizarían frente a futuras conductas peligrosas (Chiovenda, 1949).

No obstante, la peligrosidad latente del sujeto comisor del delito imprime un carácter garantista a la medida de aseguramiento, de donde se desprende la prevención especial que orientan la seguridad del orden jurídico imperante y la protección de la sociedad. Así las cosas, y consecuentes con las derivaciones teórico-conceptuales de la ONU y la CPI, vemos cómo estas medidas buscan la reeducación y reinserción social de los sentenciados y sindicados “sin perjuicio de que, al margen de la propia actuación penitenciaria, las penas conserven las finalidades de advertencia e intimidación que la prevención general demanda” (Ayuso, 2003, p. 35). Sin embargo, existe un antagonismo paradójico entre la validación de la norma y la pena, en tanto que esta última no es la consecuencia lógica del derecho mismo y el cumplimiento de este no es consecuencia práctica de la pena, de ahí su naturaleza preventiva y represiva simultánea, dada su condición de “poder” (Zaffaroni, E., 1989, pp. 207-210); esta constante evolución se desliga del contexto histórico para convertirse en un modo de concreción de un nuevo sistema garantista (Neuman, 1971, pp. 440ss.) en donde la pena puede ser mirada desde varias concep-

ciones, desde la institución del derecho penal (Ferrajoli, L., 1995), la estructura del sistema de derecho (Zaffaroni, E., 1989) o desde la medida de privación de la libertad en sentido dogmático.

Pero todo este entramado jurídico penal no es claro si no se tienen luces acerca del papel del derecho penal dentro del Estado Social y Democrático de Derecho. Más allá del sentido del derecho penal en nuestro contexto, en donde se encuentra el concepto de libertad, la cual se soslaya en la medida en que las medidas punitivas no son soportadas por sistemas de legalidad adecuados y normas positivas suficientes que no permitan la mutación del aparato judicial frente al control de las actuaciones dentro del sistema y en la resocialización.

Así las cosas, el derecho penal y las medidas preventivas de privación de la libertad, legitiman el carácter del principio de presunción de inocencia y del debido proceso, en el sentido de que evitan el freno de las actuaciones judiciales, así como las acciones colusivas entre sujetos procesales. De tal suerte, que “las medidas coercitivas constituyen una forma de aseguramiento en el juzgamiento” (Noguera, I., 2003, p. 215). No obstante, algunas consideraciones prácticas generan confianza en cuanto a su aplicación dentro del Estado Social de Derecho, manteniendo su vigencia frente a las acciones internacionales que se pudieran presentar con ocasión de su ejecución y la negación del sindicado (Vásquez G., 2007, pp. 50-60).

En consecuencia, el espíritu de acción del proceso penal, como garantista de la libertad y la seguridad social, se constituye en el elemento

crucial al momento de erigir un juicio de valor frente a la privación de la libertad del sindicado, toda vez que este debe ser ajustado a la norma y su permanencia dentro del proceso es vital para la confrontación conjunta de pruebas y el tratamiento de las acciones de defensa y de legalidad.

## II. De las medidas de aseguramiento

Este conjunto de medidas, hacen parte de las medidas cautelares, en donde el sistema de justicia, por petición de parte o de oficio, estructura para la ejecución, por parte de autoridad competente, sobre bienes o personas, para el aseguramiento y cumplimiento de las decisiones dentro del proceso, garantizando así, la concurrencia de todos los sujetos procesales, para la tranquilidad social y jurídica, del Estado y la comunidad respectivamente.

Por su parte, la Corte ha establecido la concurrencia de la detención preventiva con el derecho a la libertad personal, en los siguientes términos:

“El postulado constitucional y abstracto de la libertad individual encuentra una legítima limitación en la figura de la detención preventiva cuya finalidad, evidentemente, no está en sancionar al procesado por la comisión de un delito, pues está visto que tal responsabilidad surge con la sentencia condenatoria, sino en la necesidad primaria de asegurar su comparecencia al proceso dándole vía libre a la efectiva actuación del Estado en su función de garante de los derechos constitucionales” (Corte Const. Colombiana.

Sentencia C-634 de 2000. M.P. Vladimiro Naranjo Meza).

Es así, como la prisión preventiva no se equipara con su finalidad cautelar, puesto que se desnaturaliza el control social desde la pena y la acción resocializante. En este orden de ideas, Welzel (1956), desde la función utilitarista y finalista de la medida de aseguramiento imprime un carácter ético y social. Toda vez que, la libertad se justifica desde la vinculación del sujeto con la exteriorización de sus actuaciones, siendo todo resultado producto del juicio ético y deontológico del ser. Es por ello, que la medida, cobra relevancia frente al Estado, ya que su cuidado, resocialización y rehabilitación a la tendencia social (vida comunitaria) implica su restricción frente al delito y a su comisión.

### ***Medidas de aseguramiento en cuanto a la prevención***

Toda medida de aseguramiento y guarda del interés general frente a la libertad de un sujeto (sindicado o imputado) contiene indudablemente, un ideal y propósito asegurativo, so pretexto de incorporarse como garante del cumplimiento del proceso penal y de todas sus garantías. De esta forma, la prisión preventiva constituye un rostro sobresaliente de la defunción de procedimientos penales y de la realidad de la función de la pena en nuestro contexto (procesal y sustantivo). De tal suerte que, el proceso penal finalizará con la intervención oportuna de la medida y empezará el juicio de valoración con la puesta en escena del nuevo rol del actor (de sindicado a imputado) funciones punitivas y represivas, am-

bas de estancia natural y concomitantes dentro del sistema penal de sanción.

En el mismo sentido en que se legitima la pena privativa de la libertad, se justifica la imposición de medidas tales como la prisión preventiva, en el sentido de que el sujeto de investigación penal comporta en sí, qué serie de factores que hacen parte de un contexto anti-social debe ser re-socializado.

Todo este encumbrado de acciones en favor del orden social, va más allá del simple funcionalismo residual de la norma jurídica en cuento a la prisión, como forma adecuada o no de resocialización; si bien es cierto, el condicionamiento operante que se desarrolla en la sociedad civil es imprescindible para el sostenimiento del sistema que le controla y configura, no es menos cierto que los refuerzos por establecer refuerzos positivos dentro del establecimiento carcelario, en el contexto colombiano ha sido un fracaso, donde los fines propios de los frenocomios penitenciarios y las ideas de control del ciudadano transgresor se confunden en la política criminal del Estado y la necesidad de activar un sistema judicial obsoleto y bizarro desde los puntos de vista, sustantivo y procesal penal.

### ***Medidas de aseguramiento en cuanto al patrimonio (económicas)***

Uno de los factores a tener en cuenta desde la representación del sistema de aseguramiento frente a la víctima y su reparación, es la capacidad de almacenar elementos suficientes para su cumplimiento. Es así como, la extensión patrimonial de la medida preventiva se visibiliza

en el detrimento patrimonial del sindicado o imputado, en el sentido de la puesta en escena de elementos ajenos al hecho criminal, pero cuya conexidad es necesaria para la satisfacción del bien social y la garantía del Estado dentro del proceso.

Por otro lado, estas medidas proponen dentro del sistema normativo, una serie de ambigüedades, en el sentido de postular la resorción patrimonial como el fin del establecimiento del derecho y su reparación. Toda vez, que esa disminución de bienes y acciones patrimoniales del sujeto comisor del delito, desorienta la finalidad del proceso penal y distrae la idea de sostenibilidad del sistema y del principio de libertad e inocencia, toda vez que su abstracción se configura al colocar un tinte económico dentro del sistema de control y de garantías.

### ***Medidas de aseguramiento frente a la libertad del sindicado y/o imputado***

Dentro del proceso penal encontramos las relaciones de contradicción entre la naturaleza eficaz del proceso mismo y la garantía de los derechos fundamentales, de donde se desprende un carácter subsidiario de la segunda frente a la necesidad de reacción garantista de la primera. En tal sentido, la Corte Constitucional ha expresado:

“la efectividad y alcance de este derecho se armoniza con lo dispuesto en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, por medio de los cuales se estructura su reconocimiento y protección, a la vez que se admite una

precisa y estricta limitación de acuerdo con el fin social del Estado” (Corte Const. Colombiana. Sentencia C-163 de 2008. M.P. Jaime Córdoba Triviño).

Existe una serie de presupuestos que soportan la acción de represión del Estado, que en nuestro caso se traduce en la privación preventiva como garantía del orden jurídico y el bienestar social. No obstante, las reglas que se derivan de la Constitución (Art. 29) promueven situaciones en las cuales se hace necesaria la transgresión de estos principios en procura del bien social. De esta forma se establecen motivos y finalidades respecto de las formas de restricción del derecho a la libertad, y las derivaciones jurídicas, económicas y probatorias de esta actuación.

Si bien es cierto, algunas medidas preventivas son de tipo excepcional, debido a su dualidad de contenido respecto a la libertad, es decir, que no solo se encuentra promovida la prisión preventiva respecto al sindicado o imputado, sino que simultáneamente se conjura un estado de seguridad jurídica de este frente al control de las garantías que se deben presentar durante el proceso penal. Así las cosas, “se pretende a través de este control que una autoridad competente, independiente e imparcial revise la legalidad de la privación de la libertad” (Corte Const. Colombiana, Sentencia C-163 de 2008 M.P. Jaime Córdoba Triviño).

Ahora bien, la libertad como principio rector de las actuaciones judiciales, permite su reserva legal por parte de la autoridad competente, en la medida en que se admite la presunción de inocencia del imputado mientras no exista senten-

cia condenatoria en firme. Tales aseveraciones, tienen asidero en la idea de una interpretación sistemática de las normas penales (procesales y sustantivas) frente al control de legalidad y la captura, como afectaciones a la libertad, es decir, conscientes con acciones principialistas como el *pro libertati* y la reserva legal y judicial de la libertad, respetuosos de las libertades y deberes objetivos que contienen la Constitución y la ley.

### ***Las medidas de aseguramiento y el control del orden jurídico***

Los motivos y finalidades de la prisión preventiva disimulan el verdadero sentido de la privación de la libertad. Empero, la garantía del sindicado o imputado dentro del proceso penal, en donde el único sustento de la acción del sistema penal, es el esclarecimiento de las situaciones o hechos jurídicos sometidos a consideración del juez. Por otro lado, la protección del proceso garantiza la efectiva ejecución en derecho (justicia material), de ahí que la vulneración de la libertad personal del imputado se socave mientras la garantía del Estado de Derecho se consolida. Sin embargo, no todo es oscuro para el sujeto comisor, el principio de proporcionalidad dentro de la práctica de medidas previas de restricción de libertad, implica la puesta en escena de nuevas formas de control capaces de soportar el orden jurídico imperante y garantizar las libertades y derechos de víctimas y victimarios. Más aun cuando la provisionalidad de estas medidas limita su rango de acción y los perjuicios que causa en torno a fallos absolutorios y cuya sujeción legal se desencadena en acciones

de reparación frente al Estado.

Así mismo, el carácter judicial de las medidas y su motivación jurídica y social se soportan en la gravedad del hecho cometido y en los niveles de peligrosidad “aparente” del sujeto comisor, de donde se desprende su oportunidad de revisión so pena de establecerse bajo parámetros de desproporcionalidad, injusticia o de falta de necesidad (ver. *rebus sic stantibus*).

En este orden de ideas, “el Estado, a través del ejercicio del *ius puniendi*, puede limitar o restringir la libertad, pero en ningún caso puede abolirla definitivamente. Si el Estado tiene como una de sus funciones principales la de proteger los bienes jurídicos fundamentales de todos, y su legitimidad en gran medida, se garantiza en la efectividad de dicha protección, pierde su razón de ser si abroga algún derecho de un sujeto” (Villalba, 2003, p. 4), de tal manera que las capacidades de reinserción del sindicado son promovidas desde la precariedad y las limitaciones a la libertad, siendo contradictorio al fundamento resocializador de la pena en sentido epistémico, en donde la igualdad y el proceso individual justifican la acción del aparato judicial.

Por tal razón, “la prisión preventiva no deberá durar más del tiempo que sea necesario para el logro de sus objetivos y deberá ser aplicada con humanidad y respeto por la dignidad del ser humano” (Villalba, 2003, p. 35), es así como los ordenamientos penales alemanes (Art. 56 y ss. StGB), francés (Ley 92-683, de 22 de julio de 1992), entre otros, han promovido sistemas de valoración de penas a manera de sistemas semilibres (en tratándose de sindicados no lesivos



a la sociedad), de donde se desprende la naturaleza propia de sistemas resocializadores y de adaptación a la sociedad.

### ***Penas y medidas de aseguramiento: relaciones y conexiones***

Desde lo estudiado *up supra*, es importante anotar que dentro del Estado Social de Derecho, la incorporación de las medidas de aseguramiento se configuran en el principio del desmejoramiento de la estructura del Estado mismo, en la medida en que se establece como mecanismo de privación de libertad personal, de forma alegórica y en muchas ocasiones automática, es decir, su estructuración y visibilización de la realidad material, siempre estará condicionada a la privación de un derecho fundamental y de una violación al sentido del sujeto frente al Estado, así como de su estabilidad patrimonial, social, ética y mental.

La legitimación de las penas así como de sus medidas previas (género y especie, respectivamente) comportan la incursión del carácter “preventivo”, y del debido proceso para la búsqueda de la estabilidad de la persona social y no del sujeto individual. En este sentido el maestro Reyes Echandía (1978) apunta “el sistema penitenciario se establece como instrumento auxiliar de la justicia para hacer efectivas las sentencias de los jueces penales y por tanto, deben cumplir una función protectora y preventiva frente a la sociedad” (p. 330).

De los anteriores conceptos se desprenden sus relaciones y conexiones, por cuanto ellas consisten en la disminución de bienes jurídicos

tutelados; si son aplicables a las personas (sujetos procesales) desde la perspectiva objetiva y subjetiva del delito; promueven la idea de la defensa social, enmarcada en las formas jurídicas de tutela del orden social desde la garantía del proceso frente a la comisión de delitos; así mismo, buscan la guarda de la sociedad ante la peligrosidad de ciertos sujetos (autores o no) imputados o sindicados ante un hecho jurídico gravoso o configurado en un tipo penal.

Por otro lado, sus entronques antagonistas, demuestran la profunda discusión frente a su carácter de pena o medida de seguridad (represiva y preventiva, respectivamente). Así, mientras que las penas tienen por presupuesto un delito punible, las medidas de seguridad es un hecho que presenta los elementos objetivos y subjetivos de un delito, si bien no es imprescindible que constituyan un delito punible.

De otro lado, la aplicación de las penas, contienen una carga de imputabilidad so pretexto de los niveles de responsabilidad objetiva del comisor, en tanto las acciones de prevención rezan tanto para imputables e inimputables. Otro elemento esencial de las penas, no obstante el hecho dañoso o condición de peligrosidad del sujeto implica su ejecución, en tanto a las medidas de seguridad tiene una aplicación material con posterioridad al hecho. Sin embargo, las penas se estructuran como el resultado de la valoración jurídica del hecho ilícito constituyendo su obstrucción y una respuesta eficiente del orden jurídico imperante frente al sujeto comisor y al hecho concreto.

A las penas tanto en el momento de la ame-

naza como en el de su aplicación concreta se les asigna una función intimidatoria de la generalidad de los ciudadanos y se adoptan en consecuencia, como medios para fines de la prevención especial; a la medida de seguridad se le atribuye finalidades de prevención especial. No obstante, la proporcionalidad de las penas responde a la gravedad de la situación que se presenta en cuanto a la víctima y el sujeto activo. Así las cosas, desde la formalidad del derecho penal, la jurisdicción penal acciona de manera exclusiva y por motivación del hecho delictivo, poniendo freno a la acción antijurídica y culpable; la medida de aseguramiento, en similitud, imprime un carácter preventivo, pero con la característica de asumir una acción de economía procesal y garantías hacia el ciudadano y frente al orden jurídico.

### **III. Funciones no declaradas de las medidas de aseguramiento y de la detención preventiva**

#### ***Regulación de poder y norma jurídica***

El sentido jurídico-normativo es aquello que caracteriza a un elemento como perteneciente al sistema jurídico (Van Parijs, P., 1981, pp. 129 ss.). No obstante el concepto del debido proceso es acogido por la mayoría de sistemas jurídicos de tradición, tanto greco-romana como anglosajona, sin que el sentido jurídico-normativo del debido proceso se desvirtúe, aunque puede dicho concepto variar de un sistema jurídico a otro. “En la clásica división del trabajo entre jurisprudencia y sociología, la jurisprudencia tiene que ver con normas, y la sociología, en

contraste, con hechos. La labor de los juristas es interpretar las normas y aplicarlas” (Luhmann, N., 1988, pp. 136-150) y en este sentido la conceptualización del debido proceso variará de un sistema jurídico a otro, dado que este derecho fundamental tiene una relación interna en términos de Raz (1986, p.151), con otras disposiciones jurídicas que dan forma y orientación a este derecho fundamental.

Por otro lado, el sistema jurídico da sentido y forma al concepto de debido proceso, puesto que cada norma fundamental de determinado Estado aplica dicha garantía a todas las actuaciones y decisiones de tipo judicial y/o administrativo y es que un sistema es (para un observador) una forma, por cuanto excluye algo como entorno (Luhmann, N., 1988, p. 168). Cada Estado aplica en particular la idea de debido proceso, y sanciona cada acción violatoria del mismo con una consecuencia específica. Así pues, el debido proceso “constituye un límite al abuso del poder de sancionar y con mayor razón, se considera un principio rector de la actuación administrativa del Estado y no solo una obligación exigida a los juicios criminales” (Corte Constitucional. Sentencia T-1263 del 29 de noviembre de 2001. M.P. Jaime Córdoba Triviño); de tal manera, que cada uno de los elementos constitutivos del ejercicio del poder judicial se justifica en la eficiencia de la justicia social diferencial (igualdad desde la diferencia).

#### ***Presunción de inocencia: realidad material o ideal político***

Par entender la relación de doble vía en-

tre las penas y las medidas de aseguramiento, es necesario establecer su relación causal y su incidencia dentro de las garantías al ciudadano. Habiendo claridad entonces entre las relaciones y conexiones de unas y otras, procederemos a desarrollar un análisis sintético de su relación con la presunción de inocencia, entendido desde su contenido sustantivo y procesal, así “toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal [...]” (Art. 7 Ley 906 de 2004), razón por la cual la acción de persecución del aparato judicial tendrá la carga probatoria y derivará las acciones de responsabilidad desde la valoración de la conducta y las acciones que se generen en contra de la comunidad (nación).

De este modo, las acciones de prevención a través de prisión o encarcelamiento desconocen en medida significativa el principio de presunción de inocencia, en el sentido de la no mediación de la responsabilidad, calificada por el operador judicial, debido a la inducción de la culpabilidad frente a la condición de inocencia del sindicado. Más aun, cuando dicha presunción, no es influida por hipótesis contraria a la de detención preventiva, en donde la seguridad social, la administración de justicia y la comparecencia del sujeto procesal implican la garantía y ejecución del proceso penal.

En consecuencia, muy a pesar de que la privación de bienes jurídicos es inminente en ambas, su justificación frente a la necesidad social se erige como el sustento del bienestar social. Sin embargo, dicho fundamento pone un límite

claro a la pena y la condiciona al presupuesto jurídico y/o judicial de la culpabilidad; por otro lado, el diagnóstico y prescripción de una medida preventiva, resulta ser el remedio más conveniente para un hecho social que pone en riesgo evidente el orden de su sistema de derecho y de convivencia. De esta manera, la concreción de estas acciones desde la política criminal encuentra asidero en la justificación y alcance de las penas y medidas preventivas, cuya positivización no es más que la extensión e introspección de la autopoiesis de la norma.

### CONCLUSIONES

Es innegable el carácter preventivo de las medidas de aseguramiento, no obstante el debate acerca de su condición resocializante se erige una impronta clara y expresa de su relación causal con el hecho criminal y la seguridad ciudadana.

En este mismo sentido, la caracterización del derecho penal (sustantivo y procesal) desde las vías de alternatividad frente al hecho jurídico y su calificación de típico, antijurídico y/o culpable, generan una tendencia tripartita del sentido interpretativo y de los fines de las medidas de seguridad y de las penas mismas, cuando estas últimas se pudiesen equiparar con las penas. En este sentido, la concurrencia voluntaria del sujeto imputado y/o sindicado, contribuiría al desarrollo de las medidas y lograrían un avance en materia de economía procesal y, desde la perspectiva de la operación de justicia, un avance en el carácter instrumental del derecho frente a la autorregulación ciudadana.

Así pues, las motivaciones y finalidades que orientan a las medidas de aseguramiento, en particular las que tienen que ver con la privación de la libertad, comportan un marcado sentido de la dignidad del sujeto procesal, en la medida en que buscan proteger bienes jurídicamente relevantes y garantizan la estabilidad del Estado y la sociedad. No obstante, la presunción de inocencia entra en juego en la denominación y en el rol que cumple dicho sujeto dentro del proceso, toda vez que su calificación contribuye al desarrollo de la medida o a su conclusión.

En consecuencia, dentro del proceso penal colombiano, la imposición de ejecución de la justicia penal, concibe al imputado desde la temeridad del juicio criminal, siendo esta condición propia del Estado de Derecho, la impulsora de su no comparecencia. Sin embargo, la protección de la sociedad, so pretexto de la no continuación de la actividad delictiva, concibe la detención preventiva desde el interés general (Cfr. Art. 1, 2cc CN), en donde los fines del Estado giran en torno a asegurar la convivencia pacífica de la comunidad, siendo la dualidad de la presunción la imperante y no su referencia positiva.

## REFERENCIAS

- Adato, V. (2001). Derechos de los detenidos y sujetos a proceso.
- Ahrens, H. (1841). Curso de derecho natural o de filosofía del derecho: formado con arreglo al derecho español.
- Ayuso, A. (2003). Visión crítica de la reeducación penitenciaria en España.
- Bustillos, L. *et al.* (2006). Medidas de aseguramiento en el proceso penal venezolano. [Springer] Recuperado de [www.biblioteca-penal.com](http://www.biblioteca-penal.com)
- Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, ratificado por Colombia a través de la Ley 16 de 1974.
- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-634 de 2000. M.P. Vladimiro Naranjo.
- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-179 de 1994. M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-730 de 2005. M.P. Álvaro Tafur Galvis.
- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-1001 de 2005. M.P. Álvaro Tafur Galvis.
- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-163 de 2008. M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-774 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-1263 de 2001. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.
- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-106 de 1994. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.
- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-327 de 1997. M.P. Fabio Morón Díaz.
- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-417 de 2009. M.P. Juan Carlos Henao.
- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-939 de 2002. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos en su Artículo 11.

- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teorías del Garantismo Penal*. Editorial Trotta: Madrid.
- Feuerbach (1989). *Tratado de Derecho penal*, (trad. Zaffaroni/Hagemeier). Buenos Aires.
- Gómez Lanz, J. (2006). *La interpretación de la expresión en perjuicio del código penal*.
- Jakobs, G. et al. (2008). *El sistema funcionalista*.
- Jescheck, H. (1993). *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. Granada: Editorial Comares.
- Luhmann, N. (1988). "Law And Social Theory: Law As A Social System." *NorthWestern University Law Review*, Rev. 136.
- Luhmann, N. (1998). Inclusión y exclusión. En: Beriain, J. y García Blanco, J. María (comps. y trads.). *Complejidad y modernidad. De la unidad a la diferencia*. Ed. Trotta.
- Mills, C. Wright (1940). "Situating Actions and Vocabularies of Motive". En: *American Sociological Review* 5.
- Noguera, I. (2003). *El Juez Penal. Aportes Procesales y Criminalísticos*. Editorial Librería Portocarrero.
- Neuman, E. (1971). *Evolución de la pena privativa de libertad y regímenes penitenciarios*. Buenos Aires: Ediciones Pannedille.
- Reyes E., A. (1978). *Punibilidad*. Bogotá: Editorial Temis.
- Raz, J. (1986). *El Concepto del Sistema Jurídico, una introducción a la teoría del sistema jurídico*. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Van Parijs, P. (1981). *Evolutionary Explanation in the Social Sciences: An Emerging Paradigm*. London.
- Vásquez González, G. (2007). *Debido proceso y medidas de coerción personal*.
- Villalba, L. (2003). *Derecho y prisiones hoy*. Universidad de Castilla. Cuenca: La Mancha.
- Welzel, H. (1956). *Derecho penal: Parte general*. (trad.) Carlos Fontán Balestra. Editorial Depalma.
- Zaffaroni, E. (1989). *En busca de las penas perdidas*. Buenos Aires: Editorial Ediar.