

VÉLEZ OSORIO, LUIS GONZAGA. Otra cara del sistema acusatorio colombiano: menosprecio de la libertad personal y autoritarismo penal. Medellín: Universidad de Antioquia – Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 2012, 210 p.

I. *Otra Cara del sistema acusatorio colombiano: menosprecio de la libertad personal y autoritarismo penal*, es un juicio crítico al desdibujado potencial limitador de las normas procesales penales que definen las restricciones del derecho a la libertad personal en Colombia. En el mismo, se ponen “blanco sobre negro” los reales alcances de la llamada cultura acusatoria en el ámbito del régimen de libertad, desarrollado por la Ley 906 de 2004 y las reformas introducidas por las Leyes 1142 de 2007 y 1453 de 2011. A tales fines, el estudio enseña dos rostros de la cultura penal acusatoria en materia de intervenciones sobre la libertad: uno que se dio en llamar *discursivo o declarado*, que presenta el “respeto de las garantías procesales penales” como uno de los propósitos del sistema procesal penal; y, otro, *no declarado*, que muestra una orientación divergente, esta vez a los fines de conseguir una “mayor eficacia en la lucha contra la criminalidad” por medio de la introducción de incrementos punitivos indiscriminados, la prohibición de beneficios, el aumento de la exigencia para los subrogados y la ampliación del número de medidas de aseguramiento¹. De esta manera, por un lado, el estudio devela ciertas metáforas mentirosas del discurso oficial entorno a la excepcionalidad de la prisión preventiva y, por otra parte, en las reformas aludidas, identifica la forma como se ha relativizado la eficacia de las garantías fundamentales como límite a la actividad estatal de investigación penal, por medio de la flexibilización de los presupuestos y la metodología misma de las intervenciones de la Fiscalía y la Policía Judicial.

La obra deja una constancia de escepticismo tanto de la legitimidad como de la eficacia del sistema penal y procesal penal colombiano. En ese sentido, es también un reflejo del carácter político criminal de la línea de estudios a la que se inscribe y en la que ha sido constante la denuncia del *despliegue de un ejercicio punitivo libre de proyectos limita-*

¹ Véanse p. 27 y 30 de la obra reseñada; de manera resumida: VÉLEZ OSORIO, Luis Gonzaga. Otra Cara del sistema acusatorio colombiano: menosprecio de la libertad personal y autoritarismo penal. En: Revista Estudios de Derecho Vol. LXVII. N° 149 (Jun. 2010). Medellín: Universidad de Antioquia–Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, p. 118.

*dores*², como también de una realidad de las instituciones penales marcada por “la dramatización de la violencia; la criminalización de problemas sociales, económicos y políticos; la militarización de la función de policía; la confusión entre las funciones de prevención y represión; y la instrumentalización, cuando no el mero desdén, por los derechos de las víctimas de un conflicto persistente”³. Ahora, en el marco de la “Colección mejores trabajos de grado” de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia⁴, como una constancia más de la agenda crítica en investigación jurídica, la publicación aúna otra denuncia sobre la instauración, tanto en el discurso como en la práctica, de reformas procesales penales basadas en la enemistad y el desprecio por la libertad personal.

Este estudio constituye un importante aporte para deconstruir serías ficciones del discurso oficial sobre la reforma procesal penal llevada a cabo a partir del Acto Legislativo 03 de 2002. Precisamente porque la referencia al sistema acusatorio en Colombia, en múltiples iniciativas de reforma procesal penal, ha sido objeto de una extensa manipulación⁵, el estudio aquí reseñado representa un serio intento por develar aquellos ropajes de palabras con los que se ha creído perfilar lo que es y lo que significa procesal y políticamente la metodología acusatoria en materia de intervención a la libertad personal de los justiciables. En palabras de su prologuista, el libro “puede resumirse afirmando que constituye una radical, beligerante y documentada denuncia –¡muy necesaria por cierto!–, en torno al desprecio por la libertad institucionalizada como política en el

² La línea de investigación en “Derecho Penal y Criminología” está adscrita al grupo de investigación “Derecho y Sociedad” de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, reconocido y clasificado en la categoría A por Colciencias. Para más información véase <http://201.234.78.173:8080/gruplac/jsp/visualiza/visualizagr.jsp?nro=00000000001789> (visto por última vez el 18.03.2013).

³ CALLE CALDERÓN, Armando Luis (Comp.). El estado actual de las Ciencias Penales. Homenaje a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia 1827-2007. Medellín: Universidad de Antioquia-Ed. Ibáñez, 2009, p. 14.

⁴ Las obras pertenecientes a la Colección son de público acceso y pueden ser consultadas en <http://www.udea.edu.co/portal/page/portal/SedesDependencias/DerechoCienciasPoliticasyG.publicacionesMedios/B.coleccionMejoresTra> (visto por última vez el 18.03.2013).

⁵ En ese sentido también CALLE CALDERÓN, Armando Luis. Acerca de la reforma procesal penal. Una primera aproximación. *En*: Nuevo Foro Penal 67 (Ene-Jun. 2005). Medellín: EAFIT, p. 154.

proceso penal colombiano”⁶. Semejante querrela sobre el desprecio de la libertad en el proceso penal es, a la vez, una denuncia sobre la manera como se refunda otra vez un régimen procesal penal autoritario, aunque ahora bajo el amparo de un nombre –el acusatorio– que se asocia con comprensiones democráticas sobre la relación Estado y ciudadanos.

II. A los efectos de dilucidar los propósitos no declarados de las Leyes 906 de 2004, 1142 de 2007 y 1453 de 2011 respecto al régimen de libertad, el trabajo desarrolla cuatro capítulos. El primero aborda las justificaciones para la implementación de un sistema acusatorio en Colombia (pp. 35-57). En este capítulo se contrastan dos escenarios divergentes acerca de la justificación inicial de la reforma procesal penal y la implementación real de la misma. Por un lado, aquellos relativos al respeto del derecho a la libertad o llamados “discursos garantistas” a partir de los cuales se vinculó a las motivaciones de la reforma la necesidad de una práctica más restrictiva de afectación a derechos fundamentales (p. 35-40). Esta línea discursiva se expuso constantemente en el debate legislativo⁷ y marcó claramente la posición de diferentes sectores académicos en Colombia, por medio de la cual se propagó un firme optimismo en la reforma procesal penal como marco, también, para el logro de una administración de justicia penal más eficiente⁸. Por otra parte,

⁶ LONDOÑO BERRÍO, Hernando León. Prólogo. La libertad en el proceso penal colombiano: avatares y posibles resistencias. En: VÉLEZ OSORIO, Op. cit. nota 1, p. 9.

⁷ Véase OSORIO ISAZA, Luis Camilo/MORALES MARÍN, Gustavo. Proceso penal acusatorio: ensayos; actas código de procedimiento penal, Ley 906 de 2004. Bogotá: Ed. Ibáñez, 2005, p. 107 ss.

⁸ Véase entre otros BARBOSA CASTILLO, Gerardo. Estructura del proceso penal. Aproximación al proceso penal colombiano. En: Consejo Superior de la Judicatura. Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal. Los grandes desafíos del juez penal colombiano. Bogotá; CSJ-Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2005, p. 67 ss.; OSORIO ISAZA, Luis Camilo. Prólogo del Fiscal General de la Nación. En: AA.VV., Sistema penal acusatorio: reflexiones jurídicas, económicas y sociales de la reforma. Bogotá: Pontificia Univ. Javeriana, 2005, p. 13; IBÁÑEZ GUZMÁN, Augusto. El nuevo Sistema procesal penal. (Atisbos y notas de reflexión). En: XXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Cartagena: Universidad Libre, 2004, p. 30 ss.; SAMPEDRO ARRUBLA, Julio Andrés. La humanización del proceso penal. Bogotá: Legis, 2003, p. 166 ss., 226 ss.; BERNAL CUÉLLAR, Jaime/SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto (Coord.). Estado actual de la justicia Colombiana. Bases para la discusión del nuevo sistema procesal penal colombiano. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 15 ss.

se abordan aquellos discursos que postularon una orientación de la reforma procesal penal al fortalecimiento de las funciones de la Fiscalía (p. 41-44) y en conexión con el discurso de la seguridad democrática (p. 45-52). Esta concepción vinculaba la introducción del sistema acusatorio a la “lucha contra la criminalidad” como objetivo político-criminal⁹, junto con la ampliación de competencias a la Fiscalía en materia de investigación¹⁰. A partir del contraste de estos dos escenarios se muestran las llamadas *finalidades ocultas o no declaradas* que se dice motivaron la implementación del sistema acusatorio en Colombia. El autor resalta, además, la manera como estos propósitos se vinculaban fundamentalmente a una agenda política con la cual se buscaba cumplir los compromisos adquiridos en el

⁹ Véase entre otros OSORIO ISAZA, Luis Camilo. Intervención del Fiscal General de la Nación en el acto de sanción presidencial del código de procedimiento penal. En: Proceso penal acusatorio, Op. cit. nota 7, p. 35 ss.; LOMBANA VILLALBA, Jaime. Reflexiones sobre el nuevo sistema de procedimiento penal. En: AA.VV. Sistema penal acusatorio. Bogotá: Diké-Universidad del Rosario, 2005, p. 257; GRANADOS PEÑA, Jaime. Papel del Sistema Acusatorio en la lucha contra la criminalidad. En: La Republica, 04.06.2009 (disponible en http://cispa.info/index.php?option=com_content&view=article&id=33:papel-del-sistema-acusatorio-en-la-lucha-contra-la-criminalidad&catid=15:noticias-spa&Itemid=38 (visto por última vez el 18.03.2013). Sobre los antecedentes discursivos de dicho objetivo político-criminal como fundamento de las reformas penales en Colombia, véase APONTE CARDONA, Alejandro David. Guerra y Derecho Penal de enemigo: reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo. Bogotá: Ibáñez, 2006, p. 175 ss.

¹⁰ Sobre el marco de competencias de la Fiscalía General de la Nación a partir de la Ley 906 de 2004, véase, entre otros: MOLINA LÓPEZ, Ricardo. La conformidad en el proceso penal. Análisis comparado de las legislaciones española y colombiana. Bogotá: Ibáñez, 2012, p. 127 ss.; MESTRE ORDOÑEZ, José Fernando. La discrecionalidad para acusar. Bogotá, Ibáñez, 2011, p. 59 ss.; ESPITIA GARZÓN, Fabio. Instituciones de derecho procesal penal: sistema acusatorio. 7ª. ed. Bogotá: Legis, 2010, p. 145 ss.; GUERRERO PERALTA, Oscar Julián. Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal, 2ª. ed. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2007, p. 97 ss.; BERNAL CUELLAR, Jaime/MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. El proceso penal. Fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio. 5a. ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 313 ss.; FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Manual de procedimientos de Fiscalía en el sistema penal acusatorio colombiano. Bogotá: FGN, 2005, p. 31 ss.; PAZ MAHECHA, Gonzalo Rodrigo. La reforma constitucional a la Fiscalía General de la Nación. Santiago de Cali: Editorial USC, 2004, p. 40 ss.

marco del Plan Colombia, para lo cual fue también necesaria una reforma procesal penal¹¹ (p. 53-57).

El segundo capítulo parte de la idea que la *Ley 906 de 2004* “se ocupó de incrementar las restricciones a la libertad personal por medio de tres estrategias fundamentales: i) autorizando la captura del indiciado como manera de anticipar la medida de aseguramiento; ii) desarrollando la captura excepcional bajo presupuestos que reforzaran la eficacia de la labor del fiscal y, iii) aumentando las medidas de aseguramiento y fortaleciendo la detención preventiva” (p. 62). En concordancia con ello, en este aparte se hace especial énfasis en el análisis de la regulación de la captura del indiciado y la valoración de la misma como una forma de anticipación de la medida de aseguramiento, en tanto ambas intervenciones se fundamentan en las disposiciones comunes que rigen el régimen de libertad (arts. 295-296 CPP), logrando una equiparación material entre indiciado e imputado como objeto de restricción en su libertad¹² (p. 62-71). Se ocupa también del tema de la captura excepcional como una violación del principio de imparcialidad y un vaciamiento de la reserva judicial en materia de restricción a la libertad¹³ (p. 72-77). Asimismo, aborda la expansión del número de medidas de aseguramiento y la relajación de los fundamentos para imponerla¹⁴ (p. 78-100), como

¹¹ Sobre este hecho en particular, véase VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Colombia: hacia un derecho penal expansionista. *En: Revista Berbíquí* 29 (2005). Medellín: Colegio de Jueces y Fiscales de Antioquia, p. 5 ss.

¹² Dicha extensión de la posibilidad de captura, incluso frente al mero indiciado, fue avalada por la Corte Constitucional en Sentencia C-479 del 13.06.2007, MP. Álvaro Tafur Galvis, Consideraciones, bajo el argumento de que la Constitución y la Ley no establecen para la captura “una condición temporal (a partir de la imputación) sino funcional (para asegurar la comparecencia de los imputados)”.

¹³ Sobre la excepcionalidad de la captura véase APONTE CARDONA, Alejandro David. Captura y medidas de aseguramiento: el régimen de libertad en la nueva estructura procesal penal de Colombia. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2006, p. 35 ss.; CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. Captura excepcional por parte de la Fiscalía General de la Nación. *En: Facetas Penales* 80 (Mayo, 2009). Bogotá: Leyer, p. 23-31; URIBE GARCÍA, Saúl de Jesús. ¿Se encuentra vigente la detención preventiva administrativa? (captura administrativa). *En: Ratio Juris* Vol. 6. No. 12 (2011). Medellín: Revista de la Universidad Autónoma Latinoamericana, p. 87-117. Sobre las razones de inconstitucionalidad del original art. 300 CP, véase Corte Constitucional, Sentencia C-1001 del 03.10.2005, MP. Álvaro Tafur Galvis, Consideraciones.

¹⁴ Sobre las circunstancias para decretar la medida de aseguramiento, véase, entre otros, BERNATE OCHOA, Francisco. Las medidas de aseguramiento en el nuevo

también el problema de la restrictiva incorporación de causales de libertad (p. 104-108). Sobre ese análisis el autor deja constancia de la manera como el legislador *desvirtuó la excepcionalidad de las restricciones a la libertad* por medio de la proliferación de medidas de aseguramiento y la restricción de causales de libertad.

En los siguientes capítulos se examina las reformas que introdujeron las Leyes 1142 de 2007 y 1453 de 2011, con las cuales se fortaleció la capacidad investigativa de la Fiscalía y se incrementaron las restricciones a las garantías de los justiciables. El capítulo tercero aborda las *modificaciones desarrolladas por la Ley 1142* relativas a la ampliación de los términos para poner el capturado a disposición del juez de control de garantías (pp. 111-113); la eliminación de la presentación personal del capturado para la legalización de captura, formulación de imputación y solicitud de medida de aseguramiento (p. 113-117); la reincorporación de la captura excepcional y, con ella, los poderes que el fiscal había perdido tras la declaratoria de inexecutable del art. 300 de la Ley 906 de 2004¹⁵ (p. 123-130); la ampliación de presupuestos para la procedencia de la detención preventiva y la extensión del significado de las causales “peligro para la comunidad” y “no comparecencia” (p. 131-145); y la prohibición de beneficios y subrogados en caso de antecedentes penales del justiciable, específicamente para quienes tuvieran sentencias condenatorias dentro de los cinco años anteriores (p. 146-150)¹⁶.

código de procedimiento penal. En: AA.VV., Op. cit. nota 9, p. 128 ss.; APONTE CARDONA, Op. cit. nota 13, p. 101 ss.; CORREA GARCÉS, Elda Patricia. Captura y Detención. En: POSADA ORREGO, John Jaime/JARAMILLO DÍAZ, Juan Guillermo (Comps.). Reflexiones sobre el sistema acusatorio. Una visión desde la práctica judicial. Medellín: Librería jurídica Sánchez, 2008, p. 269 ss.

¹⁵ Véase Corte Constitucional: Sentencia C-185 del 27.02.2008, MP. Manuel José Cepeda Espinosa, Consideraciones y Sentencia C-226 del 05.03.2008, MP. Humberto Antonio Sierra Porto, Consideraciones.

¹⁶ Sobre los cambios procesales introducidos por la Ley 1142, véase también MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Wilson Alejandro. Consecuencias de la aplicación de la Ley 1142 en el régimen de privación preventiva de la libertad en Colombia. En: Derecho Penal Contemporáneo 30 (Ene-mar 2010). Bogotá: Legis, p. 69-117; SUÁREZ LÓPEZ, Carlos Alberto. Sobre la naturaleza y la legitimidad de la detención preventiva: ¿una simple medida procesal-cautelar o una auténtica pena de prisión sin juicio? A propósito de la Ley 1142 de 2007. En: POSADA MAYA, Ricardo (Coord.). Temas De Derecho Penal. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2008, p. 331-370; MONROY CABRA, Marco Gerardo. Análisis de la Ley 1142 de 2007. En: Facetas Penales 70 (Jul., 2008), Bogotá, Leyer, p. 29-52.

En el capítulo cuarto se discute la Ley 1453 de 2011 o Ley de seguridad ciudadana con la que se reformó el Código Penal, el Código Procesal Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio, se dictaron otras disposiciones en materia de seguridad y se introdujeron, bajo el argumento de la protección a las víctimas, otros mecanismos para adelantar la “lucha contra el crimen”¹⁷. Sobre dicha reforma, el estudio aborda básicamente la nueva concepción de flagrancia que se introduce con la misma, por medio de la eliminación de las exigencias de actualidad, identificación y captura que existían para la procedencia de la misma (pp. 155-169); la captura con fines de verificación, en los procedimientos de interdicción marítima, como excepción al postulado de reserva judicial que exige la intervención penal en derechos fundamentales (pp. 170-181); la eliminación del control de legalidad para las capturas producidas con fundamento en sentencia condenatoria (pp. 182-185); el fortalecimiento de la detención preventiva con la redefinición de sus fundamentos y plazos (pp. 182-196); y la consagración de nuevas prohibiciones para subrogados y sustitutos penales, incluyendo nuevas conductas a partir de las cuales se tornan improcedentes dichos beneficios¹⁸ (pp. 186-196).

III. El estudio logra contrastar *dos escenarios contradictorios*. Por un lado, aquel que en el marco de la reforma constitucional introducida por el Acto Legislativo 03 de 2002 propugnaba por el *reforzamiento*

¹⁷ Uno directamente vinculado a la protección de las víctimas consiste en la facultad que se introdujo, por medio de la reforma al art. 306 CPP, para que ellas o sus apoderados puedan solicitar directamente la medida de aseguramiento, cuando el fiscal no lo haya hecho. Esto se suma a un amplio catálogo de facultades que poseen desde antes de la reforma del 2011. Sobre dichas competencias, previas a la reforma, véase SAMPEDRO ARRUBLA, Julio Andrés. *Las víctimas y el sistema penal: aproximación al proceso penal desde la victimología*. Bogotá: Ed. Ibáñez, 2010, p. 54 ss.; GAVIRIA LONDOÑO, Vicente Emilio. *Estado actual de los derechos de las víctimas en el proceso penal: evolución (¿involución?) dogmática, jurisprudencial y legislativa*. En: *Derecho Penal y Criminología* 88 (Jul-Dic. 2009). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 17 ss.; GONZÁLEZ NAVARRO, Antonio Luis. *La víctima en el sistema penal*. Bogotá: Leyer, 2007, p. 407 ss.; URIBE GARCÍA, Saúl. *La víctima y sus derechos en el sistema acusatorio*. En: POSADA ORREGO/JARAMILLO DÍAZ (Comps.), *Op. cit.*, p. 364 ss.

¹⁸ Sobre las consecuencias de dicha reforma en las iniciativas de terminación anticipada del proceso véase: CORPORACIÓN EXCELENCIA EN LA JUSTICIA. *Balace del funcionamiento del sistema penal acusatorio*. Boletín de actualización 2010-2011. Bogotá: CEJ, 2012, p. 9, 53.

de la reserva judicial y la exigencia de un estándar elevado de requisitos para la afectación de derechos fundamentales en el proceso. Por otro lado, en desarrollo de las Leyes 906 de 2004, Ley 1142 de 2007 y 1453 de 2011, un discurso que ampara el *fortalecimiento constante de las facultades de intervención de la Fiscalía* y un régimen de restricciones de derechos, incluso, mucho más gravoso que el contenido en el régimen del proceso penal que lo antecedía (Ley 600 de 2000)¹⁹. En medio de dicho contraste queda claro cómo se viene delimitando un escenario de *tendencia inquisitiva en materia de restricciones a la libertad personal*, no solo por el carácter cada vez más abierto y discutible de las cláusulas sobre los motivos que legitimarían la limitación de la libertad sino por la ampliación delirante de los supuestos delictivos susceptibles de medida cautelar personal. La imposición de este segundo escenario, es decir, la extensión de supuestos y facultades de intervención de la Fiscalía y de la Policía Judicial representa, sin duda, un vaciamiento de las garantías fundamentales como límite a la actividad estatal de investigación penal y, en consecuencia, una forma de reducción de las facultades del Juez de Control de Garantías para pronunciarse a favor de un ejercicio limitado de la acción estatal encaminada a la búsqueda de la verdad, acopio del material probatorio y verificación de sospechas²⁰.

En ese sentido, las reformas discutidas contribuyen aún más a encubrir la consolidación de un verdadero *derecho procesal penal de carácter policial* y dejan constancia de la necesidad estructural de que

¹⁹ Sobre la imposición de esta línea político-criminal “dura” o, en otros términos, en torno a los grados en que se ha impuesto el “eficientismo” sobre el “garantismo” en Colombia, véase el clásico trabajo de OROZCO ABAD, Iván/GÓMEZ ALBARELLO, Juan Gabriel. Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal. Bogotá: Temis, 1999, p. 31 ss., 161 ss. Acerca de la irracionalidad de la orientación político criminal de las actuales reformas penales en Colombia, véase SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. Las recientes reformas penales en Colombia: un ejemplo de irracionalidad legislativa. *En*: Nuevo Foro Penal 71 (Ene-Jun., 2007). Medellín: EAFIT, p. 30 ss. con más referencias.

²⁰ Sobre el desplazamiento de la competencia reservada al Juez de control de garantías para autorizar las afectaciones por parte de los órganos de investigación, véase ZULUAGA TABORDA, John E. Reflexiones sobre la protección judicial frente a medidas restrictivas de derechos fundamentales durante la investigación penal en Colombia. *En*: Boletín Semestral GLIPGö No. 5, Göttingen, Ene-Jun de 2013; el mismo, Comentarios a la Función de Control de Garantías. A Propósito de la Ley 906 de 2004 o ‘sistema procesal penal acusatorio’. *En*: Co-Herencia Vol. 4-N. 6, Revista de Humanidades – Universidad EAFIT, Medellín, Ene-Jun 2007, p. 133-165.

el ejercicio de las funciones de control por parte del juez se haga dentro de determinados límites de tolerancia, para que no entorpezca aquellas esferas donde las necesidades del sistema de investigación lleguen a ser superadas a costa de la desconexión con los compromisos que, en materia de libertades y derechos, se derivan del modelo constitucional. Se trata de una evidente manifestación inquisitiva que de forma simbólica *arroja sobre la función judicial una cultura muy punitivista*, para hacerla complaciente con un espíritu poco democrático y, en esa medida, incoherente con la idea fundamental que inspira la figura de la reserva judicial al servicio de los derechos de los procesados y de la indemnidad de los mismos de cara a cualquier arbitrariedad. Se trata, a la vez, de una minimización del juez y la jurisdicción penal como límite, ahora en función de la promoción de lo que correctamente dicho sería un subsistema preventivo policial²¹, de un carácter marcadamente extralegal y con una orientación básicamente preventiva²².

IV. En el caso colombiano, además de la extensión de supuestos y competencias de intervención penal, habría también que decir que la “cultura inquisitiva” en materia de restricciones a derechos fundamentales resulta promocionada por cierta ineficacia de los

²¹ Sobre este modelo de intervención penal véase *in extenso* FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal. 6ª ed., Madrid: Trotta, 2004, p. 763 ss.; un resumen comparativo de las amplias facultades de intervención penal que se conceden a la policía en otros países latinoamericanos, en AMBOS, Kai/WOISCHNIK, Jan. Las reformas procesales penales en América Latina. En: MAIER/AMBOS/WOISCHNIK (Coord.). Las reformas procesales penales en América Latina. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000, p. 849-851; sobre el dominio policial de la investigación penal en Alemania, AMBOS, Kai. Control de la policía versus dominio policial de la instrucción. En: Derecho Penal contemporáneo (Oct.-Dic. 2002). Bogotá: Legis, p. 149 ss.; sobre su manifestación en la cultura procesal colombiana y presentado como una forma de derecho penal eficientista de enemigo, véase APONTE CARDONA, Op. cit. nota 9, p. 486 ss.

²² Véase ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto. El papel de la justicia penal en el estado de la crisis. En: Jueces para la Democracia. Información y Debate No. 10 (Sep. 1990). Madrid: Jueces para la Democracia, 1990, p. 6. También lo ha dicho FERRAJOLI: “la cuestión prejudicial de una doctrina democrática del proceso penal es la separación que siempre existe, en mayor o menor medida, entre normatividad y efectividad, entre derecho y práctica, entre imagen legal y modalidades reales, entre deber ser y ser del sistema penal. Podemos tener un proceso penal perfecto, pero será siempre una triste cosa allí donde el monopolio judicial de la fuerza no sea absoluto y exista una fuerza pública extralegal” (véase, Jurisdicción y democracia. En: Jueces para la Democracia. Información y Debate No. 29 (Jul. 1997), Madrid, 1997, p. 4).

controles judiciales a las mismas. Las posibilidades de protección judicial en la etapa de la investigación penal se ven reducidas también por factores que se encuentran fundamentalmente ligados a los presupuestos y a la metodología misma del control sobre los actos de investigación por parte de la Fiscalía y la Policía Judicial. Por un lado, debe mencionarse la *indeterminabilidad de las condiciones materiales de intervención*, es decir, de los motivos fundados a partir de los cuales se pueda concluir que la ocurrencia del delito investigado tiene como probable autor o partícipe al investigado²³. A ello se suma, muchas veces, la ausencia de fundamentos para autorizar una medida o convalidarla, debido a *información unilateral y a un respaldo selectivo, incompleto, táctico y filtrado de los motivos fundados*, así como a la imposibilidad de participación real de los inculpados o sus defensores en esas instancias procesales. Además, resulta particularmente preocupante que los jueces que actúan en funciones de control de garantías muchas veces *no disponen del suficiente tiempo o conocimiento* para evaluar, de forma rigurosa, las solicitudes de autorización o convalidación, razón por la cual en muchos casos se acepta, palabra por palabra, la fundamentación de la Fiscalía²⁴. Por otro lado, la *incertidumbre cognoscitiva del debate probatorio ante el Juez de Control de Garantías*²⁵, la cual se agrava por la inmensa variedad de *problemas logísticos de las instituciones involucradas en la investigación*²⁶.

Un asunto especialmente delicado en la función de control de garantías, es el de la metodología del *control posterior*. La protección realizada no es condición de seguridad jurídica ni indemnidad personal, en cambio sí es condición de sacrificio a principios como los

²³ Sobre los motivos fundados como soporte de la restricción de derechos fundamentales en Colombia véase PAVA LUGO, Mauricio, *La defensa en el sistema acusatorio*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2009, pp. 26-42; GUERRERO PERALTA (*supra* nota 10) pp. 246 ss., 342 ss.

²⁴ En ese sentido Corporación Excelencia en la Justicia, *Balance de los primeros cinco años de funcionamiento del sistema acusatorio en Colombia*, Bogotá, CEJ, 2010, pp. 115 ss.

²⁵ En ese sentido también y con referencia a la audiencia de formulación de imputación véase GRANADOS PEÑA, Jaime. Breves reflexiones sobre la afectación de las garantías fundamentales en la formulación de imputación. *En: Derecho Penal contemporáneo* 41 (Oct.-Dic. 2012), Bogotá, Legis, p. 82 ss.; ARANGO H., María Isabel. A propósito del papel del juez de control de garantías en la audiencia de formulación de imputación. *En: Nuevo Foro Penal* 75 (2010). Medellín: EAFIT, p. 231-242.

²⁶ Véase ZULUAGA TABORDA, Op. cit. nota 20, p. 140; CORPORACIÓN EXCELENCIA EN LA JUSTICIA, Op. cit., nota 24, p. 115 ss., 255 ss.

de necesidad, proporcionalidad y racionalidad en el control, a partir de valoraciones cognoscitivamente inciertas. En efecto, la relación garantista que se deriva del control posterior lleva a concluir que la formación de la convicción judicial, sobre lo que se decide en torno al objeto de las distintas audiencias, depende de un grado de probabilidad fundado en unas reglas de actuación cuyo estatus lógico-cognoscitivo es generalmente incierto y contaminado por el contexto cultural policial (discrecional y peligrosista), cuya fuerza inductiva en muchas ocasiones no es suficientemente refutable y verificable, ora por la exigencia de secreto, ora por la inadecuada forma en la que se ejerce el derecho de contradicción, etc.²⁷. La ineficacia de los controles judiciales a actos de investigación o intervención de la Fiscalía o Policía judicial representa un camino para el *vaciamiento de las garantías fundamentales* que se refuerza, incluso, por la indeterminabilidad de las denotaciones fácticas y jurídicas que sostienen las subsunciones del juez (generalizaciones y prejuicios como terrorista, peligroso, drogadicto, ratero, etc.) como criterio para el control a las actuaciones preliminares.

JOHN E. ZULUAGA TABORDA

Abogado de la Universidad de Antioquia.

LL.M., doctorando de la Georg-August-Universität Göttingen y becario del DAAD.

Integrante del Grupo Latinoamericano de Investigación Penal de Göttingen (GLIPGö).

BIBLIOGRAFÍA

AMBOS, Kai/WOISCHNIK, Jan. Las reformas procesales penales en América Latina. En: MAIER/AMBOS/WOISCHNIK (Coord.). Las reformas procesales penales en América Latina. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000.

AMBOS, Kai. Control de la policía versus dominio policial de la instrucción. En: Derecho Penal contemporáneo (Oct.-Dic. 2002). Bogotá: Legis, p. 149 ss.

ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto. El papel de la justicia penal en el estado de la crisis. En: Jueces para la Democracia. Información y Debate No. 10 (Sep. 1990). Madrid: Jueces para la Democracia, 1990, p. 6-8.

²⁷ Véase, CALLE CALDERÓN, Op. cit. nota 5, p. 167; RIVERA LOAIZA, Julián. El Juez de Garantías ¿La dimensión más transparente de la justicia? En: Revista de Derecho Penal, Bogotá: Leyer, No. 40, p. 47; ZULUAGA TABORDA, Op. cit. nota 20, p. 140.

APONTE CARDONA, Alejandro David. Guerra y Derecho Penal de enemigo: reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo. Bogotá: Ibáñez, 2006.

------. Captura y medidas de aseguramiento: el régimen de libertad en la nueva estructura procesal penal de Colombia. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2006.

ARANGO H., María Isabel. A propósito del papel del juez de control de garantías en la audiencia de formulación de imputación. En: Nuevo Foro Penal 75 (2010). Medellín: EAFIT, p. 231-242.

BARBOSA CASTILLO, Gerardo. Estructura del proceso penal, Aproximación al proceso penal colombiano. En: Consejo Superior de la Judicatura. Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal. Los grandes desafíos del juez penal colombiano. Bogotá; CSJ-Escuela Judicial, Rodrigo Lara Bonilla, 2005, p. 67-110.

BERNAL CUELLAR, Jaime/MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. El proceso penal. Fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio. 5a. ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.

BERNAL CUÉLLAR, Jaime/SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto (Coord.). Estado actual de la justicia Colombiana. Bases para la discusión del nuevo sistema procesal penal colombiano. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

BERNATE OCHOA, Francisco. Las medidas de aseguramiento en el nuevo Código de Procedimiento Penal. En: AA.VV. Sistema penal acusatorio. Bogotá: Díké-Universidad del Rosario, 2005, p. 128 ss.

CALLE CALDERÓN, Armando Luis (Comp.). El estado actual de las Ciencias Penales. Homenaje a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia 1827-2007. Medellín: Universidad de Antioquia-Ed. Ibáñez, 2009.

------. Acerca de la reforma procesal penal. Una primera aproximación. En: Nuevo Foro Penal 67 (Ene-Jun. 2005). Medellín: EAFIT, 2005, p. 145-175.

CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. Captura excepcional por parte de la Fiscalía General de la Nación. En: Facetas Penales 80 (Mayo, 2009). Bogotá: Leyer, p. 23-31.

CORPORACIÓN EXCELENCIA EN LA JUSTICIA. Balance del funcionamiento del sistema penal acusatorio. Boletín de actualización 2010-2011. Bogotá: CEJ, 2012.

CORREA GARCÉS, Elda Patricia. Captura y Detención. En: POSADA ORREGO, John Jaime/JARAMILLO DÍAZ, Juan Guillermo (Comps.). Re-

flexiones sobre el sistema acusatorio. Una visión desde la práctica judicial. Medellín: Librería jurídica Sánchez, 2008, p. 269 ss.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-479 de 2007.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1001 de 2005.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-185 de 2008.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-226 de 2008.

ESPITIA GARZÓN, Fabio. Instituciones de derecho procesal penal: sistema acusatorio. 7ª. ed. Bogotá: Legis, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal. 6ª ed., Madrid: Trotta, 2004.

----- . Jurisdicción y democracia. En: Jueces para la Democracia. Información y Debate N. 29 (Jul. 1997), Madrid, 1997, p. 3-9.

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Manual de procedimientos de Fiscalía en el sistema penal acusatorio colombiano. Bogotá: FGN, 2005.

GAVIRIA LONDOÑO, Vicente Emilio. Estado actual de los derechos de las víctimas en el proceso penal: evolución (¿involución?) dogmática, jurisprudencial y legislativa. En: Derecho Penal y Criminología 88 (Jul-Dic. 2009). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 17 ss.

GONZÁLEZ NAVARRO, Antonio Luis. La víctima en el sistema penal. Bogotá: Leyer, 2007.

GRANADOS PEÑA, Jaime. Papel del Sistema Acusatorio en la lucha contra la criminalidad. En: LaRepública, 04.06.2009 [en línea]. Disponible en: http://cispa.info/index.php?option=com_content&view=article&id=33:papel-del-sistema-acusatorio-en-la-lucha-contra-la-criminalidad&catid=15:noticias-spa&Itemid=38 [fecha de la consulta: 18 de marzo de 2013].

----- . Breves reflexiones sobre la afectación de las garantías fundamentales en la formulación de imputación. En: Derecho Penal contemporáneo 41 (Oct.-Dic. 2012), Bogotá, Legis, p. 79-100.

GUERRERO PERALTA, Oscar Julián. Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal, 2ª. ed. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2007.

IBAÑEZ GUZMÁN, Augusto. El nuevo Sistema procesal penal. (Atisbos y notas de reflexión). En: XXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Cartagena: Universidad Libre, 2004, p. 30 ss.

LOMBANA VILLALBA, Jaime. Reflexiones sobre el nuevo sistema de procedimiento penal. En: AA.VV. Sistema penal acusatorio. Bogotá: Diké-Universidad del Rosario, 2005, p. 250-286.

LONDOÑO BERRÍO, Hernando León. Prólogo. La libertad en el proceso penal colombiano: avatares y posibles resistencias. En: VÉLEZ OSORIO, Luis Gonzaga. Otra cara del sistema acusatorio colombiano: menosprecio de la libertad personal y autoritarismo penal. Medellín: Universidad de Antioquia – Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 2012, p. 9-24.

MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Wilson Alejandro. Consecuencias de la aplicación de la Ley 1142 en el régimen de privación preventiva de la libertad en Colombia. En: Derecho Penal Contemporáneo 30 (Ene-Mar 2010). Bogotá: Legis, p. 69-117.

MESTRE ORDÓÑEZ, José Fernando. La discrecionalidad para acusar. Bogotá: Ibáñez, 2011.

MOLINA LÓPEZ, Ricardo. La conformidad en el proceso penal. Análisis comparado de las legislaciones española y colombiana. Bogotá: Ibáñez, 2012.

MONROY CABRA, Marco Gerardo. Análisis de la Ley 1142 de 2007. En: Facetas Penales 70 (Jul., 2008), Bogotá, Leyer, p. 29-52.

OROZCO ABAD, Iván/GÓMEZ ALBARELLO, Juan Gabriel. Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal. Bogotá: Temis, 1999.

OSORIO ISAZA, Luis Camilo. Prólogo del Fiscal General de la Nación. En: AA.VV., Sistema penal acusatorio: reflexiones jurídicas, económicas y sociales de la reforma. Bogotá: Pontificia Univ. Javeriana, 2005.

OSORIO ISAZA, Luis Camilo/MORALES MARÍN, Gustavo. Proceso penal acusatorio: ensayos; actas código de procedimiento penal, Ley 906 de 2004. Bogotá: Ed. Ibáñez, 2005.

PAVA LUGO, Mauricio. La defensa en el sistema acusatorio, Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2009.

PAZ MAHECHA, Gonzalo Rodrigo. La reforma constitucional a la Fiscalía General de la Nación. Santiago de Cali: Editorial USC, 2004, p. 40 ss.

SAMPEDRO ARRUBLA, Julio Andrés. La humanización del proceso penal. Bogotá: Legis, 2003.

----- . Las víctimas y el sistema penal: aproximación al proceso penal desde la victimología. Bogotá: Ed. Ibáñez, 2010.

SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. Las recientes reformas penales en Colombia: un ejemplo de irracionalidad legislativa. En: Nuevo Foro Penal 71 (Ene-Jun., 2007). Medellín: EAFIT, p. 30 ss.

SUÁREZ LÓPEZ, Carlos Alberto. Sobre la naturaleza y la legitimidad de la detención preventiva: ¿una simple medida procesal-cautelar o una

auténtica pena de prisión sin juicio? A propósito de la Ley 1142 de 2007. En: POSADA MAYA, Ricardo (Coord.). *Temas de Derecho Penal*. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2008, p. 331-370.

URIBE GARCÍA, Saúl de Jesús. ¿Se encuentra vigente la detención preventiva administrativa? (captura administrativa). En: *Ratio Juris* Vol. 6. No. 12 (2011). Medellín: Revista de la Universidad Autónoma Latinoamericana, p. 87-117.

------. La víctima y sus derechos en el sistema acusatorio. En: POSADA ORREGO, John Jaime/JARAMILLO DÍAZ, Juan Guillermo (Comps.). *Reflexiones sobre el sistema acusatorio. Una visión desde la práctica judicial*. Medellín: Librería jurídica Sánchez, 2008, p. 364 ss.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Colombia: hacia un derecho penal expansionista. En: *Revista Berbiquí* 29 (2005). Medellín: Colegio de Jueces y Fiscales de Antioquia, p. 5-20.

VÉLEZ OSORIO, Luis Gonzaga. Otra Cara del sistema acusatorio colombiano: menosprecio de la libertad personal y autoritarismo penal. En: *Revista Estudios de Derecho*, Vol. LXVII. N° 149 (Jun. 2010). Medellín: Universidad de Antioquia – Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, p. 115-136.

ZULUAGA TABORDA, John E. Reflexiones sobre la protección judicial frente a medidas restrictivas de derechos fundamentales durante la investigación penal en Colombia. En: *Boletín Semestral GLIPGö* No. 5, Göttingen, Ene-Jun de 2013, p. 23-35.

------. Comentarios a la Función de Control de Garantías. A Propósito de la Ley 906 de 2004 o ‘sistema procesal penal acusatorio’. En: *Co-Herencia* Vol. 4-N. 6, Revista de Humanidades – Universidad EAFIT, Medellín, Ene-Jun 2007, p. 133-165.

V
Entrevista



