

# Comentarios a la función de control de garantías.

## A propósito de la ley 906 de 2004 o "Sistema procesal penal acusatorio"<sup>1</sup>

Recepción: 13 de marzo de 2007 Aprobación: 9 de mayo de 2007

**John Edison Zuluaga Taborda\***  
zuluaga@derecho.udea.edu.co

**Resumen** El control de garantías en el sistema acusatorio penal colombiano, está cruzado por una idea del juez en el cuerpo de la investigación criminal y por un conjunto de regulaciones normativas, cuya lógica, fundamentalmente en el "control posterior", pareciera propiciar un ejercicio desentendido del paradigma constitucional que define la racionalidad de la función judicial en las democracias modernas. En medio de las demandas por más derecho penal y un mayor protagonismo judicial, la justicia penal democrática enfrenta el desafío de legitimarse como actividad cognoscitiva y de hacer del respeto de las garantías fundamentales el horizonte deontológico de la práctica judicial.

### Palabras Clave

Juez de control de garantías, judicialización conflicto socio-político, poder punitivo, persecución penal *ante-iudicium*, jurisdicción, democracia.

### Some comments on the guarantee control function on the 906 Act of 2004 or "Accusatory Processal System"

**Abstract** The guarantee control function in the Colombian processal system is mixed up with existing ideas on the judge in the body of criminal investigation and a set of normative regulations whose logic, as to what is called "Control Posterior" (in Spanish), would seem to lead to some uncertain control and hence unadjusted with the constitutional paradigm defining the rationale of judicial function in modern democratic nations. Inherently involved in the dynamics of social complexity, risk concept development and the subsequent definition of risk society, and the increasing demands of the system, democratic punitive justice faces the challenge of legitimating itself as tendentially cognoscitive activity and at the same time making respect for fundamental guarantees the deontological horizon of judicial practice.

<sup>1</sup> Este artículo es resultado de diferentes discusiones que sobre el tema se han hecho en el Observatorio del Sistema Procesal Penal Acusatorio (SPPA), en Medellín (Colombia), adscrito al Área de Derecho Penal de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad de Antioquia, el cual se inscribe en la línea de investigación en Derecho Penal y Criminología (Control Social).

\* Co-investigador en el "Observatorio del SPPA en Medellín 2006-2007", Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia.

### Key words

Guarantee control judge, judicializing sociopolitical conflict, punitive power, ante-iudicium punitive prosecuting, jurisdiction, democrace.

## Introducción

La expedición de la ley 906 de 2004, en desarrollo del Acto Legislativo 03 de 2002, ha incorporado la figura del Juez de control de garantías como institución controladora –en el modelo de enjuiciamiento penal llamado *acusatorio*– del ejercicio de la acción estatal de búsqueda de la verdad, acopio del material probatorio y verificación de sospechas, en el escenario de un sistema político-constitucional que consagra derechos y garantías para el ciudadano intervenido punitivamente.

A partir de las prescripciones legales que informan a la institución del Juez de control de garantías y del rol que se le asigna, en este artículo se discute en torno a la vigencia que cobran los argumentos del realismo punitivo y pragmático, en el proceso de construcción de los ejercicios propios de la función del Juez de control de garantías, articulado, como le corresponde, a las persecuciones penales *ante-iudicium*.

Específicamente, se trata de sostener que la idea y las prescripciones que orientan la función de control de garantías propician un desajuste de la *praxis* judicial penal, frente al paradigma constitucional que informa acerca de la racionalidad de la función judicial en las democracias avanzadas. Es una situación que podría estar instaurando una especie de trampa cognoscitiva (a través de la potenciación simbólica del juez), para encubrir la maximización del poder punitivo en la etapa preparatoria del juicio. Y ello bajo el pretexto de la necesidad de reconstruir sensaciones y situaciones de seguridad frente a los riesgos y la violencia.

La creciente extensión de la complejidad social ha hecho concebir la función judicial como receptor de las demandas del sistema político, desde las cuales se predica como necesidad un mayor “protagonismo” de otros ámbitos de control social, ante el inatajable desbordamiento político del Estado. Ahora, como “nueva” esfera del rol judicial, se reproduce la tesis de que el Estado se constituye más adecuadamente con la primacía de mecanismos de control con capacidad coactiva dirigida a intervenir eficientemente, a los fines de optimizar la integración social, especialmente en aquellos

subsistemas sociales primarios en los que los desequilibrios de orden son más visibles (Carcova, 1995, p. 32). Bajo este panorama se configura una especie de patriotismo punitivo, en el que la integración de la comunidad política, cada vez más, gira en torno al poder penal, cuya eficacia parecería estar en relación directamente proporcional con su posibilidad de maximización.

En medio de la inadecuación que las estructuras decimonónicas constituidas por la modernidad en el cuerpo del Estado, hoy social y democrático, representan para la sociedad actual, el papel del juez se dimensiona a partir de aquel patriotismo, prestando un servicio de gran consideración ante el estratégico curso maximalista de las persecuciones penales, el de la necesidad estructural de que el funcionamiento de la justicia se haga dentro de determinados límites de tolerancia, para que no entorpezca aquellas esferas donde las necesidades del sistema político aparentan ser superadas a partir del sesgo populista de las modernas políticas de seguridad, que alimentan la desconexión con los compromisos que en materia de libertades y derechos derivan del modelo constitucional (Aparicio, en: Simon, 1985, p. XXI).

Esta repotenciación del poder punitivo, y de la función judicial como límite, toma forma muy visiblemente en lo que algunos han llamado el *subsistema preventivo policial* (Ferrajoli, 2004). Allí el carácter extra-procesal de las persecuciones penales, informa la velocidad inicial del aparato punitivo para enfrentar las exigencias e, incluso, las veleidades políticas de la coyuntura, y donde, a partir de orientaciones preventivo-generales, la función judicial se moldea como una *ratio* funcional a la implementación de políticas públicas de contención por medio del estamento penal.

La intensa dinámica de la complejidad social, sin importar las incoherencias ideológicas o rupturas teóricas, es el nuevo motivo fundacional del poder público, en el cual, por supuesto, debe incluirse el judicial. De ello dan cuenta particulares instituciones, como la del Juez de control de garantías en el sistema procesal penal acusatorio (SPPA) colombiano, el cual renueva permanentemente su significado en el proceso de judicialización del conflicto sociopolítico *ante iudicium*. En orden a tales consideraciones, se pretende llamar la atención sobre el flujo instrumental que toma esta institución, en la cual, parece ser, los restos sobrevivientes del garantismo penal liberal se han transformado en ideología para el ocultamiento de la potenciación del poder punitivo.

A continuación se hace referencia a la comprensión que supone un modelo cognoscitivo en la realización de la estricta jurisdiccionalidad, para después, desde ese referente, valorar algunas de las prácticas –aparentemente irracionales– que se recrean en el juicio de control de garantías (I). Luego, en orden a tales consideraciones, se discute argumentativamente acerca del flujo instrumental de la función judicial y de la esquizofrenia que de ello se deriva en el escenario del control de garantías, inicialmente reclamado como límite a la arbitrariedad (II).

## I

Reflexionar acerca del papel del Juez de control de garantías como veedor de legalidad y juridicidad en el nuevo sistema procesal penal, tendría que ser mucho más que un ejercicio conceptual en el que se recoja la confrontación generosa de críticos, realistas, iusnaturalistas y positivistas. La actual expansión de las demandas del sistema político, respecto de un mayor protagonismo judicial, y el notorio aumento de la complejidad social, en principio, imprimen una resignificación a las extensas discusiones clásicas sobre el tema y, a su vez, propician serias reconsideraciones sobre la legitimidad de la función judicial en las democracias modernas.

La actividad tendencialmente cognoscitiva de la función judicial (Ferrajoli, 2004, pp. 67-69 y 542-549; 1988, 1992, 1997) en materia de hecho y de derecho, expresada en aserciones de cuya verdad (como correspondencia aproximativa) depende la legitimidad o validez de sus actos, viene siendo desplazada cada vez más por esquemas decisionistas (consensualistas, moralistas o eficientistas), que bajo un aparente manto garantista han relajado el desenvolvimiento racional e imparcial de búsqueda de la verdad procesal, en detrimento del papel contramayoritario y garantista que debe representar la jurisdicción.

Estas limitaciones del modelo cognoscitivo que, ya sea por autoría legislativa o judicial, vienen generando la crisis de legitimidad jurisdiccional, han sido proyectadas en gran medida por la nueva semántica del lenguaje legal y judicial que incorpora la transición procesal en nuestro país. Las nuevas reglas procedimentales tienen una importante relevancia teórico-jurídica, tanto descriptiva como prescriptiva, que se hace preciso abordar para revelar el verdadero horizonte deontológico de la práctica judicial.

La concreción del principio de estricta jurisdiccionalidad que otorga una justificación específica a la legitimidad de la función judi-

cial, y a la validez de sus pronunciamientos, depende en gran medida de que el lenguaje de la ley (Hassemer, 1997), a pesar del ineludible margen de disponibilidad judicial, propicie un ejercicio cognoscitivo garante de verificabilidad procesal y de inmunidad frente a punitivos arbitrarios. El funcionamiento democrático de la justicia penal viene concebido por la institucionalización de aquellas garantías dirigidas a la averiguación de una verdad procesal, empíricamente dominable y controlada. En ese sentido, entonces, el horizonte axiológico que condiciona una praxis judicial legítimamente democrática, puede ser percibido en la manera como se regularice el uso de aquel tipo de garantías cognoscitivas.

En medio de la transición procesal que nos convoca a esta discusión, esa institucionalización puede ser mejor valorada en sede de quien tiene como función el acercamiento más intenso en el control de esas garantías. Así, en la implementación de la ley 906 de 2004 o sistema procesal penal acusatorio, el Juez de control de garantías se perfila como el más sensible indicador de la manera como nuestra cultura jurídica, a través de la práctica judicial, sintetiza o no el modelo cognoscitivo en el que se legitima democráticamente el proceso penal y la función judicial.

El ejercicio de la acción estatal de búsqueda de la verdad, verificación de sospechas y acopio del material probatorio, es la instancia en la que mejor se expresan, en el proceso penal, las relaciones de tensión de la naturaleza fluida del poder punitivo con los imperativos axiológicos recogidos en la Constitución y, por tanto, en la que más visiblemente se constatan los rumbos legitimadores de la función judicial como límite en materia penal.

Es precisamente por ser el veedor de legalidad y jurisdiccionalidad en dicha dialéctica, que el Juez de control de garantías se proyecta como el mejor parámetro de valoración en torno a la legitimidad democrática de la práctica judicial en el nuevo sistema procesal penal.

Por ello, es en el razonamiento que propician las reglas de actuación en la función de control de garantías, donde es preciso indagar para valorar la manera como aquellas garantías de legitimación democrática se regularizan a través del control a la injerencia policial en derechos fundamentales. Tiene esto mayor sentido si se aprecia que las prescripciones que orientan la función de control de garantías han motivado, no sólo la posibilidad de ser guardián de derechos fundamentales, sino también la necesidad de hacer

<sup>2</sup>De ese modo, será urgente el reconocimiento del principio de proporcionalidad en materia procesal penal, bien entendido a través de los subprincipios de necesidad, idoneidad y estricta proporcionalidad. Sobre el sentido de cada uno de ellos y su valor *ius*constitucional (Lopera, 2005).

<sup>3</sup>Al ser la iniciativa penal uno de los momentos más condescendientes con la discrecionalidad procesal, el Juez de control de garantías termina reconociéndose también como un operador que, atento a los efectos secundarios de alguna medida, pondera la utilidad real de las intervenciones sobre los ciudadanos, incluso, ajustando criterios dispersos de política criminal e identificando prioridades en función de ciertos bienes jurídicos que le permitan observar el impacto real de las conductas delictivas, y no atenerse, por ejemplo, simplemente al juicio automático del *quantum* punitivo (Aponte, 2004, p. 34).

<sup>4</sup>Esta serie de condicionamientos a la función de control de garantías y a la función judicial en general, no sólo revela el inevitable margen de ilegitimidad política que puede entorpecer la jurisdicción penal, sino también la complicidad de opciones políticas con la crisis de su legitimación. Como carencia al principio de estricta jurisdiccionalidad, también puede citarse "la acentuación del carácter preventivo y administrativo de la intervención penal merced a la extensión de las medidas de policía y de la prisión preventiva; la creciente discrecionalidad de la acción penal debida al

de aquel juez un ponderador de la utilidad real<sup>2</sup> que entrañan las injerencias sobre garantías y derechos, en función de los intereses de eficiencia que acompañan la reforma procesal<sup>3</sup>.

En la dimensión minimizadora y disuasora (de alto valor pedagógico democrático) que representa el Juez de control de garantías, frente a las patologías propias de la intromisión en derechos fundamentales, gravita la idea de un juez de garantías marcado por la utilidad y el pragmatismo en el ejercicio de los controles a la gama de actividades de policía judicial y de la Fiscalía. La posibilidad de resignar la minimización de las intervenciones en los derechos fundamentales queda instalada, también, en el razonamiento del Juez de control de garantías, por las desviaciones al carácter cognoscitivo del control judicial, generadas a partir de cláusulas que condicionan la función de control como actividad articuladora de proyectos potestativos de verificación de sospechas y búsqueda de material probatorio<sup>4</sup>.

La regularización de las garantías cognoscitivas que, formal y sustancialmente, legitiman democráticamente la función judicial y, en este caso, la función de control de garantías, parece retractarse en el marco que hoy sustenta la validez de los juicios de control, específicamente por el carácter ponderativo que informa las inferencias razonables del Juez de control de garantías. El nexo entre verdad (como correspondencia aproximativa) y validez, ahora se configura como razón subsidiaria de los criterios consecuencialistas, con base en los cuales el juez cualifica su juicio y legitima su función de control de garantías.

La validez de este juicio se acomoda en una dimensión donde la dogmática de la ponderación, tiene la capacidad de desplazar esta función como guardiana de garantías fundamentales, y de convertirla en una actividad utilitariamente racional y desconectada con los estrictos compromisos de verificabilidad y refutabilidad que supone el nexo

entre razón y libertad. La tendencial objetividad y refutabilidad que conlleva el juicio de verdad como garante de dignidad, se ve absolutamente moderada por el condicionamiento del Juez de control de garantías como intérprete ponderativo de intereses y no como celoso guardián de derechos fundamentales (ver Anexo 1).

El razonamiento consecuencialista fundado en premisas relativas a la eficacia y “eficiencia” de la intervención, parecen hacer del Juez de control de garantías un operador imaginario sobre la base de pronósticos acerca de dicha eficacia y de la lesividad del derecho fundamental, dejando la posibilidad de condicionar sus inferencias por argumentos funcionalistas<sup>5</sup> que desplazan la vinculatoriedad del soporte empírico y de las garantías fundamentales en su juicio de razonabilidad. La relativización del anclaje fáctico y del contenido normativo de los derechos fundamentales y la seguida e inevitable discrecionalidad en los presupuestos de decisión postulan, en sede del Juez de control, la opción por juicios de carácter decisionista sobre el presupuesto de aproximaciones utilitarias y conexas con la defensa social y la prevención<sup>6</sup>.

Unido a las anteriores consideraciones, habría que decir que el discurso en torno a la dimensión prestacional de los derechos, también como un asunto de la decisión judicial, agrega un elemento más a la tendencia privilegiadora de la “eficiencia”, lo cual, en la función de control de garantías, relativiza dicho ejercicio como garantía límite del exceso, al aparecer el principio del equilibrio de valores como una técnica de vaciamiento de las garantías fundamentales, técnica que se refuerza, incluso, por la indeterminabilidad de las denotaciones fácticas y jurídicas que sostienen la prognosis (muchas veces peligrósista) del juez como criterio para el control a las actuaciones preliminares.

La reducción a un mínimo núcleo de protección de las garantías penales y procesales, propia de

carácter vago e indeterminado de los tipos penales y, por último, las formas de negociación introducidas por el nuevo código de procedimiento penal; la limitación de los derechos de la defensa en la fase previa al juicio; el incremento del decisionismo judicial mediante técnicas legislativas caracterizadas por un lenguaje polisémico y deliberadamente vago o genérico; el desarrollo de procedimientos acentuadamente inquisitivos, basadas en el uso y el abuso de figuras de delito elásticas e indeterminadas, como los delitos de asociación, así como de premios o agravaciones de la pena en relación con el grado de colaboración prestado por el imputado a la acusación” (Ferrajoli, 2004, p. 548).

<sup>5</sup> En términos de Orozco Abad y Gómez Albarello, concebidos los principios como susceptibles de ponderación, “la fuerza de resistencia de los derechos frente a la injerencia estatal corre el riesgo de ser neutralizada severamente, en tanto emerge el peligro de que argumentos funcionalistas, que toman cuerpo en principios y bienes colectivos como la capacidad funcional del sistema, la seguridad y el orden público, terminen por imponerse en los casos de colisión de normas” (Orozco y Gómez, 1999, p. 121).

<sup>6</sup> La dogmática de la ponderación, especialmente a partir de los criterios que informan los ejercicios de estricta proporcionalidad, introduce la eficiencia como principio en los razonamientos del Juez de control de garantías. El grave riesgo se encuentra en hacer de la estricta jurisdiccionalidad un principio susceptible de relativización por criterios

abiertos a la discrecionalidad. No se desconoce la importancia de dicha dogmática en la interpretación jurídica, lo que se critica es su desconexión con el modelo tendencialmente cognoscitivo que supone la decisión judicial en materia penal, especialmente con la entronización de los criterios propios de estricta proporcionalidad, que podrían suponer una pérdida del significado normativo de los derechos fundamentales.

<sup>7</sup> Artículo 9º. *Oralidad*. La actuación procesal será oral y en su realización se utilizarán los medios técnicos disponibles que permitan imprimirle mayor agilidad y fidelidad, sin perjuicio de conservar registro de lo acontecido. A estos efectos se dejará constancia de la actuación.

<sup>8</sup> Artículo 15. *Contradicción*. Las partes tendrán derecho a conocer y controvertir las pruebas, así como a intervenir en su formación, tanto las que sean producidas o incorporadas en el juicio oral y en el incidente de reparación integral, como las que se practiquen en forma anticipada.

Para garantizar plenamente este derecho, en el caso de formular acusación la Fiscalía General de la Nación deberá, por conducto del Juez de conocimiento, suministrar todos los elementos probatorios e informes de que tenga noticia, incluidos los que sean favorables al procesado.

<sup>9</sup> Artículo 16. *Inmediación*. En el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el Juez de conocimiento. En ningún caso podrá comisionarse

los juicios de ponderación que resuelven colisión de principios, modera igualmente la confrontación argumentativa y la vinculatoriedad del razonamiento dialéctico, que supone la actividad cognoscitiva que se debe dirigir al Juez de control de garantías. La racionalidad pragmático-teleológica construida en el seno de la estricta proporcionalidad sobre argumentos de inclinación preventivo-social, alimenta una relajación de los principios básicos propios de un control racional a las intervenciones sobre derechos fundamentales, tan generosamente susceptibles de intervención en el cuerpo de las instrucciones penales.

Dicha flexibilización al ejercicio de control racional viene acompañada, además, por la resignificación del principio de oralidad<sup>7</sup>, el cual brinda capacidad realizativa a otros límites del poder punitivo (contradicción<sup>8</sup>, inmediatez<sup>9</sup>, publicidad<sup>10</sup>), en tanto se ha sintetizado y agotado en una estructura procedimental desentendida, en su fase preliminar y de investigación (como estrategia de descongestión y eficiencia –ver Anexo 2–) de la contradicción (ver Anexo 3), la inmediatez (ver Anexo 4) y la concentración (Calle Calderón, 2005). De ese modo, despersonalizadas algunas actuaciones preliminares de la verificación crítica a través de la oralidad y lo que eso conlleva, la vocación minimizadora del arbitrio, propia de un sistema acusatorio, pierde contenido.

A la polémica sobre la relajación de la efectiva cognoscibilidad de los actos procesales, específicamente en la fase preliminar del proceso, se suma la resignificación de garantías instrumentales a la estricta jurisdiccionalidad, como el caso de la publicidad, en el cual la tendencia cada vez más arraigada del secreto presumarial y sumarial (ver Anexo 5), y, además, el ya normalizado estímulo de los medios de comunicación para filtrar, con fines mediáticos, información insuficientemente contrastada, parecen resquebrajar su real sentido garantista.



Con ello, se ha hecho de la posibilidad de control (interno y externo) que se reivindica con la publicidad sobre el desarrollo de los actos judiciales propios de esa fase, un instrumento añadido de penalización social preventiva a través de la gradual supresión, en sede del juez de control, al tratamiento racional y formal del conflicto surgido a causa de una noticia criminal (ver Anexo 6).

Precisamente el carácter de Juez de control frente a un espacio extraordinariamente policial (dirigido por la Fiscalía), constata la revelación señalada, en tanto funciona frente al despliegue de un verdadero poder fáctico, en muchas ocasiones connotado de ilegalidad, constituyéndose en otra de las contradicciones irresueltas con la estructura cognoscitiva de proceso penal. En todo caso, la función de control de garantías por parte del juez, parece encubrir la consolidación de un verdadero derecho penal-procesal de carácter policial, de orientación básicamente preventiva y de carácter rigurosamente extralegal, fundado en la sospecha (Ibáñez. 1990, p. 35)<sup>11</sup>.

El proyecto esquizofrénico que plantea la función de control de garantías, es más evidente en la consagración normativa que postula, como funciones constitucionales, entre otras, los controles posteriores a capturas, registros, allanamientos, incautaciones e interceptación de comunicaciones producidas por la fiscalía (ver Anexo 7), fundamentadas en la idea de no despojar a los fiscales de herramientas para enfrentar formas “duras” de criminalidad, sin importar que lo excepcional termine abarcando todos los destinatarios de la ley, incluso conductas punibles de menor gravedad (Rivera Loiza, 2004, p. 47).

El control posterior, seguramente control solo a “ecos” de violaciones a derechos fundamentales, constituye la evidencia más notable, y la más triste muestra de resignación, de la consolidación de un derecho policial que “pierde su naturaleza siquiera formalmente instrumental y subordinada al ejerci-

para la práctica de pruebas. Sin embargo, en las circunstancias excepcionalmente previstas en este código, podrá tenerse como prueba la producida o incorporada de forma anticipada durante la audiencia ante el Juez de control de garantías o ante el Juez de conocimiento, según el caso.

<sup>10</sup> Artículo 18 *Publicidad*. La actuación procesal será pública. Tendrán acceso a ella, además de los intervinientes, los medios de comunicación y la comunidad en general. Se exceptúan los casos en los cuales el Juez considere que la publicidad de los procedimientos pone en peligro a las víctimas, jurados, testigos, peritos y demás intervinientes; se afecte la seguridad nacional; se exponga a un daño psicológico a los menores de edad que deban intervenir; se menoscabe el derecho del acusado a un juicio justo; o se comprometa seriamente el éxito de la investigación.

<sup>11</sup> 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” (Ferrajoli, 1988, p. 4).

cio de la jurisdicción, que es característica de su colocación en el Estado de Derecho, para cargarse de significación sustantiva y convertirse en el órgano autónomo de una nueva y anómala función penal extraconstitucional y de hecho” (Andrés Ibáñez, 1990, p. 36).

El despliegue persecutorio *ante iudicium*, aparentemente supervisado por el Juez de control garantías, es también evidencia de que el monopolio penal y judicial del uso de la fuerza, puede ser desplazado por los poderes más o menos extensos conferidos legalmente a los agentes de investigación, a pesar de no estar suficientemente preparados en su ejercicio de engranaje de la *noticia criminis* con la mecánica procesal acusatoria, lo que a su vez profundiza la escisión del sistema procesal penal en dos vertientes: la policial y la penal (Ferrajoli, 1988, p. 4).

El Juez de control de garantías, operando en la lógica del control posterior (ver Anexo 8), no es condición de seguridad jurídica ni de indemnidad personal; en cambio, en clave de dicha metodología de control, parece ser condición final de procesos de sacrificio a principios como los de necesidad, proporcionalidad y racionalidad en el control, a partir de valoraciones cognoscitivamente inciertas y legitimadas por cualquier subversión a la “normalidad” (ver Anexo 9).

En efecto, la relajación garantista que se deriva del control posterior y el sacrificio que supone de las máximas que aseguran una metodología falsacionista de tendencia acusatoria, 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 reglas de actuación cuyo *status* lógico-cognoscitivo es generalmente incierto y contaminado del contexto cultural policial (discrecional y peligrosista), cuya fuerza inductiva en muchas ocasiones no es suficientemente refutable y verificable, ya sea por la exigencia de secreto, ya por la inadecuada contradicción, etc.<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> Ver, por ejemplo, la audiencia del art. 237 CPP (Ley 906 de 2004).

La incertidumbre cognoscitiva del debate probatorio ante el Juez de control de garantías, que es consecuencia de la inadmisibles degradación de las garantías básicas de verificación y refutación, viene especialmente determinada por la orientación de las audiencias preliminares a partir de un inmenso repertorio de pseudo nociones, de generalizaciones y de prejuicios (terrorista, peligroso, drogadicto, ratero, etc.), más que de nociones e informaciones que puedan tener cierto nivel de certeza, sobre una base inductiva o un fundamento empírico susceptible de falsación.

Cuestión, esta última, que se agrava por la inmensa variedad de problemas logísticos de las instituciones involucradas en la investigación, la incertidumbre jurisprudencial respecto de la amplia gama de controversias jurídicas que se exponen ante el Juez de control de garantías, el afán de los allanamientos, la falta de preparación jurídico-argumentativa de los intervinientes, el desborde en la función de control de garantías cuando se encauzan las intervenciones de los sujetos en audiencia, el inoportuno e incompleto descubrimiento probatorio por parte de la Fiscalía a los otros sujetos procesales participantes, el temor a discutir en buenas claves dogmático-penales sobre la responsabilidad en audiencias preliminares, es decir, la resignación de la dogmática a cambio del pragmatismo y la conversión en regla de la detención privativa de la libertad<sup>13</sup>.

En medio de esta situación de la función de control de garantías, panorámicamente comentada, parece claro que el plexo normativo que orienta dicha función recrea una serie de irregularidades cognoscitivas manifiestas en actuaciones procesales distanciadas de la falsación y, en general, del control racional que legitima cualquier expresión de la función judicial en las democracias avanzadas. El carácter cognoscitivo que predetermina el juicio de control de garantías – en gran parte de las audiencias–, se ha vaciado

<sup>13</sup> Sobre la variedad de problemas de los operadores jurídicos en el nuevo sistema acusatorio penal, véase el acta del Foro "Evaluación preliminar del sistema Procesal Penal Acusatorio en Medellín 2006-2007", llevado a cabo el 21 de abril de 2006 en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

de contenidos racionales a los fines de asegurar más intensamente la vocación persecutoria presente en el nuevo estatuto, y promover, más allá de la dignidad humana, un nuevo horizonte axiológico de la práctica judicial, eficientista y tolerante con la maximización – *ante iudicium*– del poder punitivo.

## II

Considerar el estado de cosas presente y de los ritmos que la ley 906 de 2004 ha introducido a la persecución penal, especialmente en su fase preliminar al juicio, como se viene diciendo, es un importante ejercicio para medir la crisis profunda y creciente de legitimidad, no sólo del sistema procesal llamado *acusatorio*, sino del mismo Sistema Penal, como resultado, también, de las contracciones del nivel de desarrollo del Estado social de Derecho y de la colonización de nuestra cultura jurídica, especialmente por las racionalidades pragmáticas propias del sistema de justicia penal norteamericano (Schünemann, 2002).

El desacomodamiento liberal del Derecho Penal y del Poder Judicial es la evidencia de una reconstitución del sistema político y socioeconómico, que se traduce muy especialmente en la expansión del Derecho Penal y en la reducción del poder Jurisdiccional, a través de la introducción de espacios regulados por el primero, pero incontratables por el segundo (ver Anexo 10). El intenso proceso de reacomodamiento del sistema político y socioeconómico, del cual nacen las razones para la expansión del Derecho Penal, ha informado decididamente los procesos de formación de opinión y voluntad, influenciando a su vez la determinación de la subjetividad práctica, la cual, igualmente, ha reconstituido las clásicas comprensiones de la autoridad y de la ley. No ya el gobierno de las leyes, sino su mismo quiebre para encauzar las complejidades, los riesgos, la inseguridad, etc.

En esa medida, los jueces y, a su vez, la dinámica de la función judicial, se instalan en el imaginario de la sociedad como “*ratio estratégica*”, como garantes instrumentales de un particular funcionamiento del sistema democrático. Desacreditado el sistema político, se ha confiado una mayor expectativa en el poder judicial que en otros poderes del Estado, los que a su vez aumentan el reclamo por un mayor grado de protagonismo judicial, fenómeno éste que consiste en una *aparente hiperactividad* de la acusación pública y de la jurisdicción penal, llamada a intervenir en asuntos de una supuesta mayor entidad política respecto de los otros órganos del poder público, para los que regularmente aquéllos están predispuestos (Bergalli, 1993,

p. 14). Se trata, entonces, con este nuevo dimensionamiento del juez, más que de un hombre de ley, de un ingeniero social, de un actor que amortigua tensiones, ya no tanto en el orden estatal sino, más bien, en distintos órdenes. Es un juez que contiene, no ya el desbordamiento del orden oficial, sino el de un *Orden Complejo*.

La causa de este nuevo dimensionamiento de la jurisdicción se encuentra en la complejidad de muchas situaciones, emparentadas de manera especial con transformaciones operadas en el propio Estado y en su manera de interactuar con esas nuevas complejidades. La función judicial tal como se va estructurando en el sistema democrático, plantea otros problemas más amplios, muchos derivados de la propia naturaleza del sistema político y económico o, si se quiere, del modelo de Estado (Simon, 1985, p. XIV, prólogo de Miguel Aparicio P.).

Entre los muchos elementos de desarrollo y tensión propios del Estado social está, sin duda, el de la expansión de su actividad jurídica. Con la crisis del modelo de Estado social, el Estado pasa a ser un lugar privilegiado del conflicto social, lo que produce una particular forma de politización, en el sentido de que no hay problemática o reivindicación que no se convierta inmediatamente en demanda al Estado, que exija y produzca una intervención política (Cabo, 1986, p. 39). Demandas que en el marco de la excepcionalidad, hecha regla general por su poder colonizador en todos los ámbitos del ordenamiento jurídico-penal (Pérez Toro, 1997), tienden a cubrirse mediante una huida al ámbito de la jurisdicción<sup>14</sup>.

Paradójicamente, y a pesar de la creciente demanda de intervención, en ese papel de la justicia en un marco de complejidad, el funcionamiento judicial no tiene sino muy pequeños resquicios de incidencia. Se evidencia lo que han dado en llamar “sectores de incompetencia material de la jurisdicción” (Simón, 1985, p. XX).

<sup>14</sup> Estas circunstancias replantean viejas discusiones doctrinales y ponen en tensión valores encontrados. La superación de las tesis reduccionistas por lógicas teleologistas, plantea el riesgo de un desborde decisionista. “El defectuoso funcionamiento de algunas instancias político-administrativas, o bien la circunstancia de que las mismas permanecen cerradas de hecho a determinadas demandas sociales, hacen que lleguen a la instancia judicial, penal especialmente, asuntos extraordinariamente conflictivos, que por lo general desbordan su capacidad de resolución. Son muchas las demandas sociales que buscan en la criminalización de ciertas conductas, preferentemente públicas, la forma de abrirse camino en el sistema. Generalmente tienen que ver con derechos sociales básicos jurídicamente desprotegidos y así simplemente abandonados a la discrecionalidad administrativa (Ibáñez, 1990 p. 7).

La tendencia del actual modelo de Estado a expandirse en regulaciones normativas, más que en otros cometidos, anula las posibilidades de intervención seria y clara por parte del juez:

El carácter eminentemente táctico de la producción jurídica estatal que responde a programas flexibles de adaptación a las diversas coyunturas cambiables de la propia acción política, convierten muchas áreas jurídicas en un bosque de hitos enredados de muy difícil seguimiento. [...] En la función del juez actual coexiste una amalgama entre una cierta actividad de arbitraje, alguna finalidad de apoyo social y un cierto control de la actividad pública, la mayoría de las veces disfuncional, consecuencia en definitiva de la misma complejidad y contradicción interna del Estado, que se tiene que basar en viejos postulados jurídicos a la vez que necesita conculcarlos. Espues, ese 'estado subsidiario de intervención' que navega entre el principio de igualdad y la necesidad del mantenimiento de la desigualdad y los privilegios. (Simon, 1985, p. XX)

Se advierte de esa manera una contradicción entre la potenciada jurisdicción del Estado y todo aquello que desborde su orden, y la posibilidad seria del aparato judicial para servir de cierre de todo ese entramado jurídico:

La jurisdicción ordinaria, en el sentido más amplio del término, incide muy escasamente en la conformación del aparato estatal, especialmente en lo que más caracteriza al mismo en estos tiempos: su capacidad de intervención, su planificación del orden social, la previsión de los conflictos, su carácter integrador de las diversas desigualdades sociales mediante la desorganización de las diversas alternativas al sistema y la utilización de los diversos elementos ideológicos de legitimación [...]. Sirve, eso sí, de elemento importante de legitimación del propio sistema en cuanto interviene en la solución de conflictos puntuales. (Simon, 1985, p. XX)

Cuestión esta última, mucho más evidente, en tanto la puesta en marcha de dicho modelo de intervención penal no depende exclusivamente de la comisión de un delito, sino, y más generalmente, de iniciativas pragmáticas y potestativas influidas por criterios como "la cualidad de sospechoso o de peligroso, a veces de condenado, reincidente, ocioso, vagabundo o similares" (Ferrajoli, 2004, p. 562). Lo más peligroso es que dichas actuaciones se van conformando como poderes autónomos que disponen, sin la opción inmediata de verificación judicial, de los derechos y las libertades civiles. La prevención es el principal objetivo de todos ellos, la discreción el principal instrumento, el Derecho el más incómodo límite, la sociedad civil la más engañada y el ciudadano el más perjudicado.

Entre los contenidos y líneas de desarrollo de este tipo de intervención, son de resaltar las funciones policiales cautelares y preventivas *ante-iudicium*, fundadas esencialmente en criterios de defensa social. Su razón de ser viene dada en la necesidad de prevenir delitos y, sobre todo, las perturbaciones al orden público, a través de medidas de defensa social *ante* o *extra-delictum* aplicadas *ante* o *extra-iudicium* a todo lo que se instale como sospecha (Ferrajoli, 1988, p. 4). La vinculación de dicha cuestión prejudicial al cuerpo de la intervención penal estatal, encaminada a neutralizar el fenómeno delictivo, instala en el desarrollo democrático de nuestra sociedad el vaciamiento de los principios del derecho penal liberal y la degradación de las funciones encomendadas a todos los componentes institucionales que velan por su aplicación respetuosa de las garantías ciudadanas (ver Anexo 11).

A partir de esta reconstitución del contexto formativo del Derecho Penal y del proceso penal, sumado a la necesidad de neutralizar fácticamente la anormalidad, el riesgo, la inseguridad, etc., incursiona también con aires de protagonista el otro, que es el extraño, el diferente, el peligroso, el enemigo. Éste es llevado a cumplir una función social muy importante, pues además de ser el objeto de control, es la excusa ideal para superar la sistemática del pensamiento liberal, a los fines de crear un nuevo espacio de acción humana que evolucione respecto de la era de la despolitización y que sienta las bases sobre las que emerge el verdadero Estado (ver Anexo 12).

Un rasgo especialmente significativo del acomodamiento de las políticas de lucha contra el enemigo en el Derecho Penal,

es la considerable restricción de garantías y derechos procesales de los imputados. Así, se pone en cuestión hasta la presunción de inocencia, por ser opuesta a la exigencia de veracidad en el procedimiento, se reducen considerablemente las exigencias de licitud y admisibilidad de la prueba, se introducen medidas amplias de intervención de las comunicaciones, de investigación secreta o clandestina, de incomunicación, se prescinde del –o se reinterpreta restrictivamente el– principio *nemo tenetur se ipsum accusare*, o, por citar sólo un exponente más, se amplían los plazos de detención policial, para el cumplimiento de ‘fines investigadores’, así como los de prisión preventiva, y en el plano teórico se reivindica incluso la licitud de la tortura. (Gracia Martín, 2005, pp. 2-11)

Esta nueva dimensión de los ritmos del poder punitivo, viene acentuada también y fundamentalmente por un quiebre del Estado “jurisdiccional”. En vez del ideario político según el cual la labor del gobierno estaba supeditada, además, a un juez que actuaba en nombre del derecho, ahora se supone un juez del que se quiere que compense las defi-

ciencias regulativas del sistema político. La incapacidad funcional de la administración de justicia penal, anticipada por una expansión simbólica de su significación, parecería convertirse en “patente de corso” de una concepción del procedimiento que elimina las contraposiciones entre justicia y seguridad jurídica, averiguación de la verdad y protección del inculpado, eficiencia y formalidad de la justicia (Hassemer, 1997, p 27). Entre ser árbitro, trabajador social y agente del control social formalizado, estarían las opciones de aquel poder, que no sólo va marcado por su creciente estrangulación, sino por su deshidratación mediante la constitución de sectores de incompetencia material de la jurisdicción, en beneficio de determinadas necesidades de la Administración política (Simon, 1985, p. 178), haciendo que el juez no preste una real garantía de contenido.

La legitimidad del Poder Judicial ya no viene dada por el nexo entre verdad y validez de los actos jurisdiccionales, a la vez fundamento de la división de poderes y la independencia judicial, sino que se extrae de la “liberación de un peligro”. En el escenario contemporáneo circula la idea de que la salvación de la sociedad misma está en ejercer el poder en los casos de excepción, por ello es cada vez más innecesaria la verificación judicial a las intervenciones estatales punitivas. La legitimación de éstas nace de hacer “todo lo necesario”, según las necesidades del momento. De esta manera,

el llamado Poder judicial no sólo no está en condiciones de cumplir una de sus funciones esenciales –el control al poder político– sino que se ha convertido en un instrumento de ese Poder al que debería controlar. *El Poder judicial, en cuanto institución constitucional, no existe*. Tal es el obligado punto de partida de todas las reflexiones que hayan de hacerse sobre esta materia. Desconocer esta realidad –o silenciarla pudorosamente, que es peor– es políticamente un engaño intolerable y académicamente un falso planteamiento que esteriliza sin remedio el discurso completo. (Nieto, 2004, p. 23)

No se trata de dificultades, de incapacidades, sino, más acertadamente, de la necesidad de que ello sea así, pues no habría otra manera de sostener la retórica en torno a la democracia, sino tolerando (legitimando) los nuevos ritmos de intervención y paralizando las previsiones constitucionales y limitadoras del Poder político (Nieto, 2004, p. 23). Esto es un ingrediente fundamental en la instalación de un Estado vigilante y preventivo que necesita, cada día más, internalizar y fortalecer los valores plasmados, especialmente en las normas jurídico-penales (patriotismo punitivo). En el fondo, se trata de instalar una realidad moral en la que Estado e individuo se identifiquen, llevando a la gravísima dependencia de los intereses y garantías del individuo, res-



pecto de las necesidades de supervivencia de la comunidad política.

De esa manera, el proceso democrático de justicia penal es cada vez más reducido, en la medida que crecen aquellos espacios de incompetencia material para la jurisdicción, donde el poder de disposición es patológico y no supone motivaciones cognoscitivas, sino únicamente juicios de valor marcados por ejercicios pragmáticos estrechamente vinculados a las necesidades de decidir y legitimar el poder. Cuanto más crecen los espacios donde la verificación judicial es insegura para canalizar, con el uso de garantías penales y procesales, los momentos de excepción, más crece el poder de disposición para enfrentar las imperfecciones del sistema<sup>15</sup>.

El control inmediato a aquellos espacios donde la discrecionalidad decisoria es el principal axioma que determina las intervenciones estatales, es uno de los postulados más incómodos en la configuración de regímenes políticos autoritarios y, por tanto, de sistemas procesales y modelos de Derecho Penal tendencialmente maximalistas. La verdad procesal, por ejemplo, ya no se aborda *prima facie* mediante reglas de juego codificadas, no se permiten juicios cognoscitivos sino mayormente potestativos. Se trata de una autómatas reproducción del proyecto de persecución penal, hoy llamado –esquizofrénicamente– acusatorio, que en nuestro medio, con la incursión del Acto Legislativo 03 de 2002 y la implementación de la ley 906 de 2004, muy especialmente en sede del Juez de Control de Garantías, se hace cómplice de aquel subsistema preventivo policial en el cual la pena no es consecuencia de la investigación, sino que la investigación es la misma pena, encauzando discrecional y arbitrariamente la anormalidad y los quiebres del orden, instalando un micropoder totalitario desconocedor del proyecto ilustrado que supone un sistema procesal moderno (acusatorio). En ese marco toma cuerpo la función de control de garantías en

<sup>15</sup>Tal correspondencia entre el poder de disposición y las dificultades de verificación jurisdiccional, ha sido resaltada por el teórico del derecho más importante en la actualidad, “La inseguridad, en el sentido más arriba dilucidado, se sigue en realidad de la indecibilidad o de las dificultades de decisión sobre la verdad procesal; y vuelve a aparecer cuando no existe una solución (aunque sea sólo aproximativamente) verdadera del caso que se ha de juzgar, sino varias soluciones (todas igualmente) válidas. En estos casos decae la correlación biunívoca entre verdad de la motivación y validez de la decisión, a tenor de la cual en el modelo garantista *veritas, non auctoritas facit iudicium*. [...] la verdad de las motivaciones condiciona cada vez menos la validez de las decisiones, hasta no condicionarla en absoluto, a causa de su impredecibilidad, en los sistemas más marcadamente sustancialistas y decisionistas, donde *auctoritas, non veritas facit iudicium*” (Ferrajoli, 2004, p. 168).

Colombia, que se define a partir de una contradicción: la de ser tutor, garante y contrapoder frente a los posibles abusos en el marco de investigaciones pre-judiciales y, a la vez, la de ser un actor que funciona dentro de determinados marcos de tolerancia para que no ocupe espacios políticos y sociales, cuestión que iría en contra de las exigencias del sistema.

Dicha contradicción, en los parámetros de un modelo de corte eficientista, presenta una clara inclinación hacia el segundo aspecto de su definición, es decir, expresa la necesidad de que el Juez de control de Garantías se mueva dentro de los límites de su ineficacia, consolidándose sólo en su dinámica simbólica a fines instrumentales y, seguramente, desorientados de los compromisos que en materia de libertades y derechos se le derivan del modelo político del Estado de Derecho, social y Democrático. Ello resulta una evidencia, en tanto las dinámicas estatales, descuidada la idea de soluciones legítimas democráticamente a nuestros problemas políticos, sociales, económicos, etc., como se ha insistido, se orientan por su función simbólica de aparente lucha contra el miedo y los riesgos y, de esta manera, al restablecimiento del sentimiento de seguridad entre los ciudadanos, siendo el subsistema preventivo policial, y muy especialmente el Juez de control de garantías, un instrumento útil a esos fines.

Y no podría ser de otra manera, pues, a los efectos políticos de integración y estabilización que refuerzan la confianza institucional, sólo una tendencia eficientista de este corte en sede del Juez de control de garantías, permite legitimar y consolidar aquellas razones de Estado tan desinteresadas de las luchas protectoras y garantistas, y realmente ocupadas por un *statu quo* político y social<sup>16</sup>. Con esto, el sistema judicial es no ya un contrapeso, sino un receptor de áreas de poder que se desplazan a ese escenario (el de la jurisdicción), debido al progresivo debilitamiento de su legitimidad política. El Derecho se llena del contenido que formulan las

<sup>16</sup> Bien lo ha dicho Baratta: "La polarización social, la competición entre grupos de poder y la impotencia del Estado frente a estos fenómenos hacen necesaria la invención de una nueva forma de disciplina y de legitimación de los equilibrios de poder [...]. El derecho penal deja de ser subsidiario [...] deviene en *primera ratio*, una panacea con la cual se quieren afrontar las más diversas problemáticas sociales [...] de este modo el derecho penal se transforma en un instrumento al mismo tiempo represivo y simbólico" (Baratta, 1998, pp. 36 y 37).

demandas políticas, especialmente de las coyunturas, que, decepcionadas por la incompetencia estatal, se dirigen a la justicia movidas por riesgos como el conflicto armado, la violencia y la criminalidad callejeras, la corrupción, la pobreza, y, frente a ello, estratégicamente, la persecución penal interviene a fines de encubrimiento y ocultación de las contradicciones del sistema.

No resulta, pues, difícil revelar el papel que viene a cumplir el Juez de control de Garantías, colaborando en transmitir a la sociedad un sentimiento de seguridad y confianza en las instituciones de investigación penal; es pues, una labor de encubrimiento en la que se pretenden consolidar condiciones empíricas de posibilidad para la vigencia del Estado. Es una de las expresiones más claras del corte eficientista del nuevo sistema acusatorio en Colombia, el cual mimetiza bajo un ropaje supuestamente garantista, la respuesta a las falencias del Estado como aparato de seguridad y justicia<sup>17</sup>.

Así es vergonzosamente manipulado el papel del Juez, que en función de control de garantías se pone al servicio de objetivos extrasistemáticos, convirtiéndolo en un instrumento de ingeniería social, en sede de todas las actividades pre-judiciales que, además, ve en la represión preventiva la mejor manera de neutralizar riesgos y restablecer sentimientos de seguridad. De esta manera, el garantismo penal liberal y el Juez de control de Garantías, se han convertido en una etiqueta que encubre una política criminal de enemigo subordinada a políticas de seguridad (Orozco Abad, 1999), en las que el impacto central es el simbólico y legitimador del eficientismo extralegal y, a la vez, de las violaciones a Derechos Humanos, donde se amplía el discurso de la guerra a toda forma de delincuencia.

### III. Un intento de conclusión

Con la implementación de la ley 906 de 2004, la orientación de la función de control de garantías

<sup>17</sup> A propósito de éste tipo de relecturas constitucionales y de ritmos legitimadores del eficientismo que de ello se deriva, compartimos los comentarios de Calle Calderón al decir que "por lo menos, habría que definir si la cultura jurídica y política se hace desde el modelo o desde las patologías. Quienes insisten, en términos eficientistas, en la defensa de los derechos sociales, cualquier cosa que con ello se quiera decir, a contrapelo de los derechos individuales, tienen menos ignorancia en filosofía política que mala conciencia y autoritarismo. Y creo que en esos términos, ellos han optado por la patología, haciéndole eco de paso a un nuevo prejuicio: aquel que a golpes de neoliberalismo y globalización dice que superar nuestro ancestral subdesarrollo implica la legitimidad por principio de cualquier política, en la lógica insufrible de que el fin justifica los medios" (Calle, 2006 p. 220).

expresa una variedad de anomias cognoscitivas recreadas en actuaciones procesales desentendidas de la falsación y vaciadas de contenidos racionales tendencialmente objetivos y refutables. El ritmo de estos asuntos parece ser un efecto de la necesidad de relajar el monopolio penal y judicial del uso de la fuerza, para desplazar a las fuerzas de policía competencias de contención a los “desbordes primarios” del sistema político. Dicho curso de prioridades evidencia, en sede del Juez de control de garantías, la vocación deslegitimadora de la transición procesal frente al curso democrático del proceso penal y de la función judicial (ver Anexo 13).

El tránsito procesal penal deja ver que es en el marco de un escenario extrajudicial que potencia las actuaciones eficientistas, donde se consolida un sistema represivo-preventivo en clave de función simbólica restablecedora de confianza y sentimientos de seguridad, y cómplice del ocultamiento de inmensos desajustes estructurales, en los que el Juez de control de garantías presta su mejor servicio: el servicio de su propia ineficacia como garante de derechos fundamentales e instrumento de todo ese entramado simbólico.

## Anexo 1

Aunque se ha dicho que el fundamento de la actuación del Juez de control de garantías en función de la dogmática ponderativa, será siempre el derecho penal mínimo, a partir de la potenciada juridificación del Estado y de todo aquello que desborde su orden, la función judicial inevitablemente está conducida a expandir su panorama deliberativo, para identificar y concentrar esfuerzos en aquellas conductas que son más lesivas de las condiciones de supervivencia social, es decir, para identificar los mayores intereses sociales e institucionales que guían las concretas persecuciones penales, como requisito de la técnica ponderativa en sede del Juez de control de garantías. La judicialización del conflicto sociopolítico tiene al final un grave efecto deslegitimador para la misma justicia, aunque pueda presentarse como una forma de aparente refuerzo de su significación. Esos nuevos cometidos desbordan las posibilidades de intervención seria sobre una base punitiva minimalista, en tanto aquellos desequilibrios propios del desbordamiento del ámbito estatal aparecen como competencias judiciales. Sobre esto: Andrés Ibáñez, Perfecto. 1990.; sobre la expansión del Derecho Penal: entre otros, Silva S., 2001; Gracia M., Luis. 2003.

## Anexo 2

En términos de Calle Calderón,

a la oralidad, por donde pasan para centralizar su inmenso valor garantista otros principios (publicidad, contradicción, intermediación), le está siendo hurtada su significación realizativa de límites al ejercicio del poder punitivo. Y así está sucediendo, porque a la oralidad se le está vinculando con situaciones que esencialmente nada dicen frente a su significación garantista. En primer lugar, porque bajo los afanes de la renuncia al escriturismo y de la promoción de una idea axiológicamente cuestionable de eficacia, se le ha querido sintetizar y agotar en la formulación de una estructura persecutoria definida en términos de audiencias. Naturalmente, con esa metodología, con muchas audiencias y nada más que audiencias, podría es verdad haber mucha "oralidad", pero al mismo tiempo también muy pocas garantías para el perseguido, con lo que la oralidad no aportaría nada a la idea acusatorio-democrática. Y en segundo lugar, porque en un país de estirpe caudillista y de tanto apego a las formas y a los discursos, se ha querido hacer creer que la oralidad, el principio de oralidad, se reduce a la caracterización de una serie de técnicas al servicio de lo que podríamos llamar el arte del 'hablar bien'. En nuestra convicción sobre el valor democrático del principio de oralidad, decimos ahora que él no significa nada o significa muy poco de lo que se le quiere hacer significar. Que todo lo contrario, él es el vehículo necesario para favorecer la vocación realizativa de los principios de publicidad, intermediación y concentración, y para la configuración tendencialmente acusatoria del Juez. Y que si es cierto que ello difícilmente puede lograrse en el escenario de procedimientos profundamente analíticos, discontinuos y escritos, también lo es que para lograrlo no basta ni con la obsesión delirante por las audiencias, ni con las técnicas propias de la oratoria. [...] Y todavía pasan más cosas con la oralidad. Mientras que el discurso oficial ha venido insistiendo en que la característica más notable de la nueva persecución penal será la oralidad, esa que lo liberará de los insufribles niveles de congestión que lo ha caracterizado hasta hoy, sin embargo, se ha venido presentando una situación realmente asombrosa. Cuando al Fiscal General de la Nación, y a sus principales asesores, entre ellos el más nombrado de todos, el doctor Jaime Enrique Granados, se les pregunta por la infraestructura para respaldar la construcción acusatoria de la oralidad, la respuesta inmediata ha sido que, por ejemplo, no se necesita tanto dinero como se cree para construir salas de audiencias, pues la lógica sobre la que se funda el sistema a partir de las negociaciones y de las confesiones indica que apenas aproximadamente el 20% de las persecuciones penales tendrá juicio, es decir, el gran juicio oral. [...] Que se cree que así son las cosas y que el sistema cuenta con que sea así, queda con suficiencia demostrado, además, con lo que dice el artículo 8° del CPP<sup>18</sup>, perteneciente al título de normas rectoras, y con carácter preeminente y prevalente, por supuesto, en materia de renuncia a derechos. Según el literal L son renunciables los derechos al juicio oral y a guardar silencio, justamente los que dificultarían los programas de sentencia anticipada alrededor de las negociaciones, las delaciones y las confesiones" (Calle C., 2005, pp. 169-171).

### Anexo 3

Dicha garantía recomendaría que el procedimiento de investigación fuese basado en el conflicto de partes contrapuestas, además, que entre dichas partes hubiera siempre una igualdad de armas que permitiera la verificabilidad y refutabilidad de las hipótesis delictivas, y elementos de conocimiento en todo momento del proceso. Sin embargo, en la estructura procedimental implementada por la ley 906 de 2004, dicho principio ha demostrado en estos puntos ser particularmente incómodo e incluso insostenible, a la manera que prescribe un modelo tendencialmente cognoscitivo como el acusatorio, por razones de eficiencia, económicas y políticas. En cuanto a lo primero, el costo en términos de celeridad es muy alto, si se postula la defensa técnica como requisito de validez para todas las audiencias ante el Juez de control de garantías, mucho más si se permitiera la contradicción rigurosa al lenguaje indeterminado y valorativo que maneja la fiscalía en la fundamentación de sus solicitudes y si la contradicción en su forma de impugnación se extendiera a un número más amplio de decisiones de dicho Juez. En lo segundo, puesto que una perfecta igualdad de armas, entre otras cosas, implicaría una mayor cobertura presupuestal al trabajo de la defensoría pública, cuestión que el Estado no tiene entre sus prioridades, no sólo por su consideración como gasto improductivo que obliga a abaratar los costes de la justicia incluso por vía de deflacionar el proceso, sino también porque se trata de consolidar el logro simbólico de entender el buen funcionamiento del sistema a partir de la criminalización y enjuiciamiento de los sectores primarios más desfavorecidos. (Sobre el tema: Ferrajoli, 2004, pp. 613-616)

### Anexo 4

La imposibilidad del juicio racional y de la interactividad en la formación de elementos de conocimiento, ha sido una más de las razones que desmiente el carácter democrático del nuevo sistema, especialmente por la manera como el Juez de control de garantías se aproxima a los ejercicios de verificación de sospechas, recolección de elementos materiales probatorios y evidencias físicas. Dicho ejercicio está sostenido en la ficción evidente en los controles posteriores, que hace ver las audiencias como un espacio surgido sin interferencias para abordar el objeto de las mismas. Ficción que se construye en la incertidumbre cognoscitiva del respaldo a los motivos fundados (informe de policía, declaración de informantes, fotografías, videos, graba-

ciones, etc.) que dan pie a la actividad de policía judicial y a las diferentes intervenciones sobre derechos fundamentales. La imposibilidad de objetiva constatación de la legalidad de las fuentes de producción de datos es un gran vacío en los modelos de investigación, que en últimas termina facilitando el trabajo de las fuerzas de policía y de fiscalía, los cuales se informan por subjetivismos infiscalizables. El conocimiento que resulta en gran parte de las audiencias preliminares, viene siendo desarrollado al margen de una epistemología falsacionista, motivo por el cual el Juez termina cada vez más alejado de la experiencia policial dirigida a verificar sospechas y a encontrar verdades. Sobre el valor de la intermediación y su crisis en los modelos procesales actuales, (ver: Andrés Ibáñez, 2003);

## Anexo 5

Aunque es cierto que el secreto sumarial ha perdido vigencia al llevar el derecho de defensa a algunos momentos que se desprenden de la imputación, con Andrés Ibáñez podemos decir que:

un porcentaje relevante de casos ha cambiado el momento de su incidencia y el sentido de ésta, merced al empleo de medios técnicos de investigación, como, singularmente, los de escucha, vehículo de una *imputación* en la sombra. Su uso, esencialmente reñido con cualquier tipo de publicidad, ha vuelto a plantear el antiguo problema en otra clave, la de la afectación al *nemo tenetur*, es decir, el derecho del imputado a guardar silencio. Derecho éste que, en muchos casos, como señala Maier, resulta banalizado en la práctica, cuando queda objetivamente vacío de contenido por esa vía. Es decir, por la utilización anticipada y en ocasiones masiva del recurso a la interceptación de las comunicaciones del sospechoso. Pues, con la mayor frecuencia, el empleo de esos medios, aun cuando formalmente condicionado a la existencia de una autorización judicial motivada, se produce en sede exclusivamente policial, sin un control judicial eficaz, más allá de apenas ritual [sic] de autorización *pro forma*. Esto, por cierto, no sólo debido al celo de la policía por preservar el propio espacio, sino a causa, en gran medida, de la falta de profesionalidad de muchos jueces, patente en la propensión a delegar funciones que en buena ley no tienen delegación posible. (Andrés Ibáñez, 2004, p. 67)

Con la implementación del nuevo estatuto procesal penal en Colombia, es preocupante el supuesto que contempla el artículo 237 CPP, el cual pretende el sometimiento al control posterior del juez de garantías, de diligencias limitativas de derechos, sin la realización de los principios de publicidad y de contradicción a favor del intervenido, lo que desde luego parecería inadmisibles.

## Anexo 6

Sobre este punto debe prestarse especial atención al tema de las negociaciones. En palabras de Ferrajoli,

todas las garantías penales y procesales –y no sólo el papel del interrogatorio como medio de defensa– resultan efectivamente alteradas con las negociaciones entre las partes o, peor aún, entre juez e imputado que tenga por objeto la prueba y la pena: el nexo retributivo entre pena y delito, ya que la pena y su medida se hacen depender de la conducta procesal del reo más que de la gravedad del delito; el principio de estricta legalidad, por el carácter totalmente indeterminado y opinable del grado de fiabilidad y de relevancia de la colaboración prestada y, por ello, de los presupuestos de la bonificación en la pena; el principio de materialidad, dado el carácter eminentemente subjetivo de la actitud colaboracionista o, aún peor, del “arrepentimiento” o de la “disociación” requeridas al imputado, sobre quien además se desplaza la carga acusatoria de la prueba; el principio de contradicción, a causa de la confusión de papeles entre las partes y por el carácter de monólogo que se imprime a toda la actividad procesal; las garantías de defensa y publicidad, porque la colaboración del imputado con la acusación requiere un *tête à tête* entre investigador e investigado que no tolera la presencia de terceros extraños y que, al contrario, por el carácter desigual de la relación entre los contratantes, se degrada a turbias transferencias de confianza del tipo ‘siervo y patrón’; el principio, por último, de igualdad penal, dado que sólo pueden colaborar, tratar y lucrarse los culpables y tanto más si lo son gravemente, mientras que no podrían hacer otro tanto los inocentes o los que no tienen responsabilidad marginales y que, por no saber nada del delito y al no poder aportar ninguna contribución acusatoria, resultan doblemente penalizados. Legalidad, jurisdiccionalidad, inderogabilidad de la acción y del juicio e indisponibilidad de las situaciones penales se desvanecen en definitiva en esta negociación desigual, dejando espacio a un poder enteramente dispositivo que desemboca inevitablemente en el arbitrio. (Ferrajoli, 2004, p. 609)

Una interesante crítica a la tendencia privatizadora del proceso penal, puede verse en Eser, 2005.

## Anexo 7

En los “controles” posteriores se evalúa solamente la pertinencia y el fundamento fáctico y jurídico –con carácter ejecutorio formal y donde no proceden recursos– del desarrollo de las facultades reservadas a la fiscalía, en la actividad investigativa (art. 250 num 1 y 2 CN) para restringir derechos fundamentales. Estos se realizan por medio de au-



dilencias preliminares, no siempre públicas (véase las de control a registro y allanamientos antes de formulación de imputación –art. 237 par. CPP), en las que se decide sobre la legalidad de las siguientes actuaciones: 1) captura hecha en flagrancia (Arts. 300 y 301 CPP), 2) diligencias de registro y allanamiento (Arts. 219 y 237 CPP), 3) interceptaciones de comunicaciones (Arts. 235 y 237 CPP), 4) procedimientos de recuperación de información dejada al utilizar medios tecnológicos –internet– (Arts. 236 y 237 CPP), 5) medidas cautelares sobre bienes susceptibles de comiso y solicitud de suspensión del poder dispositivo sobre los bienes (Art. 84 CPP), 6) vigilancia y seguimiento de personas (Art. 239 CPP), 7) vigilancia de cosas (Art. 240 CPP), 8) análisis e infiltración de organizaciones criminales (Art. 241 CPP), 9) actuación de agentes encubiertos (Art. 242 CPP), 10) entrega vigilada (Art. 243 CPP), 11) búsqueda selectiva en base de datos (Art. 244 CPP) y 12) exámenes de ADN que involucren al sindicado o imputado (Art. 245 CPP).

## Anexo 8

De todas las actuaciones de control, no sólo las restrictivas de la libertad personal, sino muy especialmente las referidas a la afectación de la intimidad, son una constatación del momento esquizofrénico que se incorpora a la función de control de garantías, en el que el Juez aparece como convidado de piedra en el control de la acción estatal, y el derecho fundamental a la intimidad se ve gravemente limitado por la vigilancia, los registros, allanamientos, interceptación de comunicaciones, seguimientos, etc. En todas esas actuaciones restrictivas de la intimidad, por iniciativa del Fiscal, en las 24 horas posteriores el control recae sobre la “legalidad” de la diligencia realizada por la policía judicial, presentando al Juez motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos que haya recaudado, de que la ocurrencia de un delito tiene como posible autor o participe al sujeto intervenido. Los motivos fundados debe respaldarlos el fiscal con medios cognoscitivos que establezcan con verosimilitud la vinculación del sujeto intervenido con el delito investigado, tales como: informe de policía judicial, declaración de testigos o informantes, elementos materiales (fotografías, grabaciones, videos, etc.) –Art. 221 CPP. Si se basa en la declaración jurada de un informante, el fiscal deberá conocer su identificación y las razones que sustentan su confiabilidad (en sentencia C 673 de 2005, la Corte Constitucional declaró exequible el art. 221 CPP, bajo el entendido de que la reserva de los datos del informante no

es oponible al Juez de control de Garantías). Si el Juez requiere, el fiscal deberá interrogar en la audiencia al testigo para apreciar su credibilidad, e incluso se podrá conainterrogar si la defensa se encuentra disponible, en todo caso, después de la formulación de imputación. La decisión del Juez de control de Garantías, solo podrá versar sobre la validez de la actuación, la nulidad absoluta y exclusión de la actuación procesal, y la corrección de los actos irregulares no sancionables con nulidad absoluta. Aquellos elementos materiales probatorios o evidencia física que provenga de actuaciones invalidadas, no podrán ofrecerse para practicarse en juicio como medio de prueba, sólo para fines de impugnación (salvo cuando el fiscal pueda fundamentar ante el Juez de la audiencia preparatoria, algún evento de los citados en el art. 455 CPP). En todo caso, la admisión de los elementos materiales de prueba para ser practicados en juicio es un tema que se discute en la audiencia preparatoria. Sin embargo, de manera general, en relación con las medidas sometidas a examen posterior, es importante aclarar que la Corte Constitucional, no así el legislador, fijó los alcances del art. 250 en su num. 2, donde originalmente la labor del Juez de control de Garantías se limitaba a determinar la validez de tales actuaciones. La Corte Constitucional declaró inexecutable la última parte de la disposición (Sentencia C 1092 de 2003, Alvaro Tafur Galvis (MP) y dejó claro que su labor no se agota en el mero control formal de las medidas tomadas y de las actuaciones, sino que el control es eminentemente material; se debe controlar el impacto jurídico de esa medida, particularmente en relación con los derechos fundamentales intervenidos. De esa manera, el asunto de fondo de los controles posteriores, en la idea de determinar la validez de la intervención estatal sobre derechos fundamentales, se circunscribe a verificar que existieron indicios suficientes para realizar una intervención pertinente en la obtención probatoria y no excedida sobre derechos fundamentales, es decir, adecuada en la disposición del núcleo intangible. Dicho asunto, entonces, se postula como marco de referencia para el desenvolvimiento de los intervinientes en ese tipo de control, donde se busca, ante todo, hacer viable los intereses eficientistas que permean el transcurso del proceso y que hacen reinante al pragmatismo y la discrecionalidad en la acumulación de indicios que puedan sostener la validez de las intervenciones en la instrucción. Aunque el desenvolvimiento del control posterior parece exponer suficientes motivos para las autoacciones de la fiscalía y la policía judicial, en la recolección de elementos materiales probatorios y evidencias físicas, lo cierto es que todas estas intervenciones que preceden el juicio y lo predeterminan, vienen marcadas por raciocinios oportunistas, en los

que las averiguaciones y la recolección probatoria son puestos de manifiesto informalmente al ministerio público y, por tanto, no vinculando su utilización, incluso con el fin de lograr acuerdos posteriores, lo que indica también persuasiones secretas en las dependencias policiales para mercantilizar los ritmos del proceso penal y la exclusión de la libre convicción en el juicio (Ferrajoli, 2004, p. 789). Dichos parámetros de actuación en la audiencia de control, posteriores a las medidas restrictivas de la intimidad, evidencian la facilitación que se hace a las fuerzas de policía dirigidas por la fiscalía –con el otorgamiento de poderes instructivos autónomos–, para derogar el monopolio de la función jurisdiccional y programar un verdadero derecho procesal policial, integrado por servidores del poder ejecutivo en su mayoría, que se legitima a partir de juicios de estricta proporcionalidad en los que la necesidad de protección a la seguridad ciudadana, sobre todo en casos complejos, es el bien jurídico de mayor peso, y los criterios objetivos que fundan la razonabilidad de los motivos para intervenir son el reflejo de los axiomas de un sistema de control social pormenorizado y, paradójicamente, incontrolado. En efecto, lo visto y oído por el Juez en los controles posteriores, debido a la imposibilidad de proximidad anticipada a la intervención estatal, es el resultado de una ficción insostenible, consistente en pasar por desapercibido el dato de la imposibilidad objetiva de constatación de las partes y el Juez sobre las fuentes de producción de datos, desvirtuando la construcción racional del enjuiciamiento, que propende por evitar el uso de subjetivismos infiscalizables y por desear la tolerancia al decisionismo como criterio informador de la convicción judicial, la cual, “correctamente entendida, no es ‘un estado anímico de certeza’, un movimiento del alma, ni un estado psicológico, sino el resultado de un estado de conocimiento, que debe alcanzarse mediante un proceso racional, contradictorio y autocontrolado de obtención y valoración de datos” (Ibáñez, 2003, p. 59).

## Anexo 9

Los controles posteriores ocupan una posición central en el terreno político y, por tanto, en sus expresiones a través del proceso penal acusatorio, pues el poder político y punitivo se hace operativo en controles maximalistas a la familia, la vida sexual, las conversaciones telefónicas, el uso de la internet, etc., donde parece que se compensan los terrenos perdidos de la autoridad a través de prácticas punitivas que encarnan aires totalitarios en su funcionamiento, haciendo del Juez, especialmente en la función de control de garantías, un sujeto que padece el efecto

panóptico, para quien las prácticas estatales no son del todo visibles. En el plano apenas limitado de su regulación, la función de control de garantías encarna una práctica alarmante, especialmente en los controles posteriores, que hace al Juez sujeto controlador de lo visible y determinado por lo incontrolado, por aquel sector oscuro del subsistema preventivo policivo que en sus ejecuciones cotidianas moldea, en gran parte, los ritmos del proceso penal en casos concretos, haciéndolo un instrumento para la recuperación de la normalidad y de la autoridad del poder político, el cual se equilibra en sus desbalances a través de prácticas sociales autoritarias, en las que queda ampliamente garantizado el transcurso de la vida pública en normalidad y sin Juez.

## Anexo 10

En términos de Donini,

Las razones de la expansión son múltiples. Algunas son fisiológicas y están conectadas al Estado social de Derecho y por tanto, a la intervención del Estado y del Derecho en la economía. Otras son patológicas y en ellas como factor decisivo es preciso mencionar la 'politización del Derecho Penal' (Naucke), es decir, el uso político de la idea preventiva. Es lo que sucede cuando el Derecho Penal de la prevención no se apoya en investigaciones empíricas o de otras técnicas alternativas a las penales, y cuando la criminalización se erige en instrumento de propaganda política de la idea de seguridad y de pedagogía colectiva orientada al respeto de técnicas, reglas o roles sociales. (Donini, 2004, p. 204)

Detrás de todo ello se encuentra la necesidad de defensa de un estado de cosas proclives a la parcialidad política y cultural, que desencadenan opciones político-criminales de derecho penal máximo, a través de la flexibilización del Derecho y el trance a un decisionismo que tiende a prescindir de límites e impone la "seguridad ciudadana" como bien jurídico, a lo cual contribuye una intensa transmisión simbólica de respuestas a las sensaciones sociales de inseguridad. La construcción de la subjetividad y, por tanto, sus ejecuciones prácticas en la constitución social, viene jalonada por la necesidad de neutralizar los atentados a la autodeterminación, precisamente a través de la coerción:

Si la violencia, riesgo y amenaza se convierten en fenómenos centrales de la percepción social, entonces este proceso tiene consecuencias ineludibles en cuanto a la actitud de la sociedad frente a la violencia. Esta es la hora de conceptos como 'luchar', 'eliminar' o 'represión', en perjuicio de actitudes como 'elaborar' o 'vivir con'. (Hassemer, 1997, p. 48).

Se ha descuidado, como efecto, la idea de que con propósitos evidentes de acción colectiva, en medio de estas nuevas realidades, existen diversas verdades, otras morales, diferentes formas de concebir la vida buena, otros sujetos sociales, que configuran demandas que desbordan la constitución normativa del *statu quo*.

## Anexo 11

Hoy los imaginarios están trastrocados por la percepción de violencia, el riesgo y el miedo; como resultado de ello, las conclusiones son macondianas y dejan ver que el poder punitivo, contrariamente a las ideas liberales más elementales, es el límite del Derecho Penal y procesal penal. Muy sensiblemente lo sugiere Maqueda Abreu:

a nadie escapa que nos enfrentamos con un modelo inspirado en una propuesta de política criminal de signo totalitario que se mueve 'en un contexto político de opinión pública punitiva y respuestas políticas de corto plazo', del que es difícil salir en busca de soluciones racionales. Un modelo que poco tiene que ver con la pretensión de 'hacer justicia', en contra de lo que a veces se afirma. Porque el fin de realización de la justicia, propio de un sistema clásico, se corresponde con un derecho penal estricto, no avaro, proporcional y con un programa jurídico propio frente a la política cambiante. Tiene razón, pues, Albrecht cuando, junto a lo anterior, afirma que «ante la actual normalidad en la disponibilidad del derecho penal por parte de una política cualquiera», ese otro modelo de la justicia parece extraído «de un libro de cuentos de Estados de Derecho». El nuevo modelo –de signo eficientista, en los términos expresados por Baratta, es otro bien distinto, es el de la exclusión social, el de la inoquización y el apartamiento social de quienes se consideran, en lugar de ciudadanos, enemigos del orden establecido (Maqueda, 2003, p. 11).

## Anexo 12

El enemigo tiene un rol estratégico, pues abre las puertas al decisionismo soberano que marca la pauta de todo el orden social, que orienta al Estado y a la sociedad a una situación de "normalidad" que supone un orden y una unidad como fuentes de seguridad, paz, etc. La figura del enemigo sirve para determinar la dimensión política de la sociedad que percibe la violencia, el riesgo y el miedo, y que se organiza para oponerse de manera combativa al otro. El enemigo se instala como parámetro constitutivo y esencial de la subjetividad práctica y, a la vez, constitutivo de la comunidad como esfera cerrada de confiabilidad enfrentada al indeterminismo de la complejidad. La categoría del enemigo se postula como una instancia mítica y simbólica por la elimina-

ción de lo heterogéneo y la instalación de la homogeneidad, y de su defensa a través de flujos autoritarios de poder. La lucha contra el enemigo se funda a la manera de una decisión constitutiva y pública, en tanto informa un particular *ethos* de sociedad. Por ello el desmonte del Derecho Penal liberal es cada día más evidente, al igual que la eventualidad de la lucha contra lo diferente. Sólo cuando se tiene la posibilidad de determinar el enemigo es cuando el Estado realmente existe como unidad política que puede asegurar un orden. El otro, el extraño, el enemigo, el que permite visibilizar la “existencia” del Estado, se instala como categoría fundacional de los regímenes políticos contemporáneos y, por tanto, de todas sus expresiones, entre ellas muy especialmente el Derecho Penal y el Derecho procesal penal.

### Anexo 13

Sobre la crisis del papel racionalizador del poder punitivo del Estado a través del nuevo sistema procesal penal, resulta atinado el comentario editorial del último número de la revista de derecho penal más importante en Colombia:

Ese papel, sin embargo, no ha sido entendido, ni asumido durante estos primeros meses de vigencia de un sistema que pareciera concebir a sus operadores básicamente como negociadores de cargos, orientados a maximizar los intereses que están llamados a representar; por lo que los titulares de la pretensión punitiva amplían los catálogos de eventuales cargos a imputar con la finalidad de presionar la aceptación al menos de algunos; mientras que correlativamente los encargados de la vocería de los procesados, mediante la invocación de la disposición de someterse a algunos de dichos cargos, pretenden obtener la reducción de ese catálogo y algún ulterior beneficio. Todo bajo la presencia de un juez cuya función principal no parece más la de guardián de los derechos ciudadanos, a través, entre otras, de las herramientas conceptuales que le ofrece la teoría del hecho punible, sino la de mero vigilante de la regularidad formal del acuerdo y calculista de las penas a las que los acuerdos entre las partes dan lugar”. (*Nuevo Foro Penal*, Medellín, Universidad Eafit 68, julio-diciembre de 2005, p. 8) ©

## Bibliografía

Andrés Ibañez, Perfecto (1990) "El papel de la justicia penal en el estado de la crisis". En: *Jueces para la Democracia. Información y Debate* 10. Madrid.

\_\_\_\_\_ (2004) "Proceso penal: ¿qué clase de publicidad y para qué?". En: *Jueces para la Democracia. Información y Debate* 51. Madrid.

\_\_\_\_\_ (2003) "Sobre el valor de la inmediatez (Una aproximación crítica)". En: *Jueces para la Democracia. Información y Debate* 46. Madrid.

Apunkte, Alejandro (2004) *Manual para el Juez de control de garantías en el sistema penal acusatorio*. Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura – Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

Baratta, Alessandro (1998) "La politica criminale e il diritto penale della Costituzione. Nuove riflessioni sul modello e integrato delle scienze penali". En: Canestrari, Stefano (1998) (Hg.): *Il diritto penale alla svolta di fine millennio. Atti del Convegno in ricordo di Franco Bricola (Bologna 18-20 maggio 1995)*, Torino.

Bergalli, Roberto (1993) "Protagonismo judicial y cultura de los jueces". En: *Jueces para la democracia. Información y Debate* 19. Madrid.

Cabo, Carlos (1986) *La crisis del Estado Social*. Barcelona, PPU.

Calle Calderón, Armando Luis (2005) "Acerca de la reforma procesal penal. Una primera aproximación". En: *Nuevo Foro Penal* 67. Medellín, Universidad Eafit.

\_\_\_\_\_ (2006) "La Corte Constitucional y las Garantías Penales". En: *Garantismo y Derecho Penal*. Medellín, Temis.

Carcova, Carlos Mario (1995) "Los jueces en la encrucijada: entre el decisionismo y la hermenéutica controlada". En: *Jueces para la Democracia. Información y Debate* 24. Madrid.

Donini, Massimo (2004) "¿Una nueva edad media penal? Lo viejo y lo nuevo en la expansión del Derecho Penal económico". En: *Temas de Derecho Penal económico*, III encuentro hispano italiano de Derecho Penal económico, Juan María Terradillos B., María Acale Sánchez (coordinadores). Madrid, Trotta.

"Editorial" (2005) *Nuevo Foro Penal* 68. Medellín, Universidad Eafit.

Eser, Albin (2005) "Un cambio en la función de las máximas del proceso penal: ¿hacia la "reprivatización" del proceso penal?". En: Ambos, Kai y Montealegre Lynett, Eduardo (Comp.). *Constitución y Sistema Acusatorio. Un estudio de Derecho Comparado*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Faria, José Eduardo (2000) "La metamorfosis del derecho en la reestructuración del capitalismo". En: *Jueces para la Democracia. Información y Debate* 39. Madrid.

Ferrajoli, Luigi (1992) "El derecho como sistema de garantías". En *Jueces para la Democracia. Información y Debate* 16-17. Madrid.

\_\_\_\_\_ (1997) "Jurisdicción y democracia". En: *Jueces para la Democracia. Información y Debate* 29. Madrid.

\_\_\_\_\_ (2004) *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Madrid, Trotta.

\_\_\_\_\_ (1988) "Justicia Penal y democracia. El contexto extra-procesal". En: *Jueces para la Democracia. Información y Debate* 4. Madrid.

Gracia Martín, Luis (2005) "Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado Derecho Penal del enemigo". En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (10 de agosto de 2007).

\_\_\_\_\_ (2003) *Prolegomenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*. Valencia, Tirant lo blanch.

Hassemer, Winfried (1997) *Crítica al Derecho Penal de hoy*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Lopera Mesa, Gloria Patricia. (2005) "El principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad de las leyes penales sustantivas (una aproximación a su empleo en la jurisprudencia constitucional colombiana)", En: *Nuevo Foro Penal* N. 67, Medellín, Universidad EA FIT.

Maier, Julio B. J. (2004) "¿Es la 'inmediación' una condición de la condena penal? un aspecto parcial de la lucha entre *Inquisición* y *Composición*". En: *Jueces para la Democracia. Información y Debate* 49. Madrid.

Maqueda Abreu, María Luisa (2003) "Crítica a la reforma penal anunciada". En: *Jueces para la Democracia. Información y Debate* 47. Madrid.

Nieto, Alejandro (2004) *El Desgobierno judicial*. Madrid, Trotta.

Orozco Abad y Gómez Albarello (1999) *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal*. Bogotá, Temis – IEPRI – Universidad Nacional de Colombia.

Ost, Francois (1993) "Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de jueces". En: *Doxa* 14. Alicante.

Perez Toro, William Fredy et al. (1997) *Estado de Derecho y Sistema Penal*. Medellín, DIKE – Universidad de Antioquia.



Rivera Loaiza, Julián (2004) "El Juez de Garantías ¿La dimensión más transparente de la justicia? En: *Revista de Derecho Penal* 40. Editorial Leyer, Bogotá.

Roxin, Claus (2000) *La evolución de la política criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*. Valencia, Tirant lo blanch.

Scheerer, Sebastián (2002) "Los derechos fundamentales y la sociedad del riesgo". En: Rujana Quintero, Miguel Ángel (comp.) *Derecho Penal Contemporáneo*. Bogotá, Gustavo Ibáñez.

Schünemann, Bern (2002) "¿Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?). En: Schünemann, Bern. *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*. Madrid, Tecnos.

Silva Sánchez, Jesús María (2001) *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid, Civitas.

Simon, Dieter (1985) *La independencia del Juez*. Barcelona, Ariel.