

De los motivos “fundados” para la afectación de derechos fundamentales en el proceso penal colombiano

JOHN E. ZULUAGA TABORDA (LL.M.)

Resumen

El tratamiento dogmático procesal penal y la doctrina jurisprudencial acerca de los motivos fundados en Colombia explican de manera deficiente aspectos tan esenciales como la finalidad, necesidad de concreción, precisión y determinación de los mismos. Las falencias en el tratamiento sistemático procesal y jurisprudencial de la exigencia de motivación a las injerencias en derechos fundamentales durante la fase de investigación penal encauzan importantes restricciones a la capacidad de verificación judicial de las razones que fundamentan las diligencias de investigación. Por un lado, conllevan a un reducido potencial de control de los motivos fundados, asunto que también le es inherente a dicho concepto como noción jurídica indeterminada. Por otro lado, favorecen la subrogación de las competencias del Juez con función de control de garantías, asunto propiciado, además, por la relativización del principio de reserva judicial y por deficiencias estructurales vinculadas a los presupuestos y metodología del control de actos de investigación.

* Magister Legum y Doctorando de la Georg-August-Universität Göttingen (Alemania). Investigador adscripto al Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL) de la misma Universidad. Email: j.zuluagataborda@stud.uni-goettingen.de. Agradezco al Profesor Armando Luis Calle Calderón (Universidad de Antioquia) por los comentarios a las versiones preliminares del presente artículo.

Abstract

The criminal dogmatic treatment of and case law doctrine on reasonable grounds in Colombia do not adequately clarify aspects as essential as purpose, need for concretion, precision and determination of reasonable grounds. Failures in a systematic procedural and case law treatment of the requirement to justify infringements of fundamental rights during the criminal investigation phase lead to major restrictions on the possibility to conduct judicial review of the reasons behind investigation proceedings. On the one hand, such failures reduce the potential to verify the reasonable grounds, which is an intrinsic characteristic of them, as they are an undetermined legal concept. On the other hand, such failures facilitate subrogation of the competences of the supervisory judge, which is also promoted by a relativization of the principle of judicial reservation, as well as structural deficiencies related to budgetary limitations and methods of control of investigation proceedings.

Palabras claves

Motivos fundados, inferencia razonable, Ley 906 de 2004, Juez de control de garantías, medidas de investigación, control posterior.

Keywords

Reasonable grounds, reasonable inference, Law 906 of 2004, supervisory judge (Guarantee control judge), investigation proceedings, subsequent judicial control.

Sumario

1. Una aproximación al concepto “motivos fundados”; 1.1. Fundamentos para una definición; 1.2. Evolución del tratamiento de la Corte Constitucional a la noción “motivos fundados”; 1.2.1. Finalidad y concreción de los motivos fundados; 1.2.2. Respaldo probatorio a motivos fundados; 1.2.3. De la reserva en las audiencias de control de legalidad; 1.2.4. Fundamento de la reserva judicial; 1.3. Análisis crítico al tratamiento de los “motivos fundados”; 1.3.1. De la reserva a las audiencias preliminares y las limitaciones al derecho de defensa; 1.3.2. Relativización del principio de reserva judicial; 2. Problemas del control judicial a los motivos fundados; 2.1. Del control de un concepto jurídico indeterminado; 2.1.1. De la probabilidad como condición de los motivos fundados; 2.1.2. Acerca de las inferencias razonables; 2.2. ¿Efectivo control judicial de los motivos fundados?; 2.2.1. Dominio policial de la determinación de los motivos fundados; 2.2.2. La insuficiencia evaluativa de los actos de investigación.

Introducción

Todas las diligencias de afectación a derechos fundamentales en la fase de investigación del proceso penal colombiano deben estar respaldadas en motivos fundados¹. La exigencia de motivación de las órdenes a dichas intervenciones tiene un doble fundamento normativo. En un primer nivel, el Art. 250 inc. 1 de la Constitución Nacional (en adelante “CN”) indica que el ejercicio de la investigación penal requiere que medien *suficientes motivos y circunstancias fácticas* que conduzcan a establecer la posible existencia de un delito. Con tal requerimiento lo que se propuso el legislador fue que “las razones que motivaron al fiscal para adoptar alguna de estas medidas durante la investigación, se encuentren apoyadas por motivos razonables, y no simples sospechas”². En un segundo nivel, el Código Procesal Penal (en adelante “CPP”) incorpora la exigencia de motivos fundados frente a todas las medidas reguladas por los artículos 213 a 250 CPP. Adicionalmente, dicha motivación también se exige como fundamento para decretar medidas cautelares reales (Arts. 83 inc. 2, 91 inc. 1 y 101 inc. 1)³ y personales (Arts. 297, 308-311 CPP), así como para adelantar interrogatorios en la investigación preliminar (Art. 282), para realizar pruebas anticipadas (Art. 284 núm. 3 CPP)⁴ y para la práctica de testimonio a menor de 12 años (Art. 383 inc. 2).

1 El término es, asimismo, acogido a nivel comparativo, donde se pueden encontrar expresiones equivalentes a la de “motivos fundados”. A nivel hispanohablante, por ejemplo, la Ley de Enjuiciamiento Criminal española habla de “*motivos racionalmente bastantes*” (Art. 492-4.1); el Código Procesal Penal chileno alude a “*antecedentes que permitieren presumir fundadamente*” (Art. 140); el Código de Procedimientos Penales peruano se refiere a “*indicios suficientes o elementos de juicio reveladores*” (Art. 77); el Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela menciona el término “*fundados elementos de convicción*” (Art. 250-2); y el Código Procesal Penal argentino incorpora las expresiones “*motivos bastantes*” (Art. 212 bis), “*motivos suficientes*” (Art. 230) o simplemente “*motivo*” (Art. 224). Sobre la exigencia de motivación como condición para la injerencia en derechos fundamentales en Colombia véase sumariamente OSCAR JULIÁN GUERRERO PERALTA, *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal* 2ª Edición, Bogotá, Ediciones nueva jurídica, 2007, pp. 168, 342 y ss. y sobre el tratamiento sistemático véase *infra* 1.1.

2 Véase Gaceta del Congreso 134 (2002), V D). 3.; Para una evaluación de los antecedentes del Acto Legislativo 03 de 2002 véase Corte Constitucional, Sentencia C-1092 de 2003, M.P. ÁLVARO TAFUR GALVIS, num. 4.1.1.1.

3 Sobre la adopción de medidas cautelares reales con fines de comiso en el CPP véase MANUEL ALBERTO RESTREPO MEDINA, *El comiso: Análisis sistemático e instrumentación cautelar*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2007.2007, p. 73 y para la diferencia del comiso frente a la extinción de dominio, la expropiación y el decomiso administrativo pp. 30 y ss.

4 La jurisprudencia colombiana reconoce el carácter excepcional de dicha medida, a partir de lo cual justifica constitucionalmente la flexibilización del principio de inmediación en la producción de la prueba durante el juicio oral. Véase Corte Constitucional, Sentencias C-591 de 2005, M.P. CLARA

Tratándose de la afectación a derechos fundamentales en la fase de investigación, el requisito de motivación responde a una doble lógica. Primero, como *fundamento de autorización*⁵ por el Juez de Control de Garantías (en adelante “JCG”) de las medidas reguladas por los Artículos 245⁶ a 250 CPP, es decir, todas las diligencias investigativas que requieren autorización judicial previa. En estos casos, el JCG deberá siempre basarse en la existencia de motivos razonables para autorizar la decisión de intervención⁷. Segundo, los motivos fundados deben respaldar la activación de la competencia excepcional de la Fiscalía General de la Nación (en adelante “FGN”) para ordenar todas aquellas medidas reguladas entre los artículos 213 a 244 CPP. Frente a estas diligencias, los motivos fundados son, a la vez, un *fundamento de confirmación* en razón del control posterior realizado por el JCG⁸. Este

INÉS VARGAS HERNÁNDEZ; C-1154 de 2005, M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA; también Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Rad. 25920, sentencia del 21.02.2007, Consideraciones.

- 5 Acerca del control previo a medidas de investigación véase ALEJANDRO DAVID APONTE CARDONA, *Manual para el juez de control de garantías en el sistema acusatorio penal*, 2ª Edición, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2006, p. 23; JAIME BERNAL CUELLAR/EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, *El proceso penal. Tomo I: Fundamentos constitucionales y Teoría General*, 6ª Edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 291 y ss. y Tomo II, p. 204; CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA (CSJ), *El rol de los jueces y magistrados en el sistema penal acusatorio colombiano*, Bogotá, USAID-CSJ, 2005, p. 21; OSCAR JULIÁN GUERRERO PERALTA, *El control de garantías como construcción de una función jurisdiccional*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2006, p. 30; ÓSCAR JULIÁN GUERRERO PERALTA, *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal*, cit., p. 187 y ss., 199 y ss.
- 6 Respecto de los exámenes de ADN regulados por el Art. 245 CPP, si bien esta medida figura entre aquellas que no requieren autorización judicial previa, la Corte Constitucional condicionó la misma en el sentido de que la revisión de legalidad que corresponde al juez de garantías, debe hacerse de manera previa. Corte Constitucional, Sentencia C-334 de 2010, num. VII. Decisión.
- 7 Al respecto véase ALEJANDRO DAVID APONTE CARDONA, *Manual para el juez de control de garantías en el sistema acusatorio penal*, p. 23; JAIME BERNAL CUELLAR/EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT T. I, *El proceso penal. Tomo I: Fundamentos constitucionales y Teoría General*, cit., p. 291 y ss. y T. II p. 204; CSJ, *El rol de los jueces y magistrados en el sistema penal acusatorio colombiano*, cit., p. 21; ÓSCAR JULIÁN GUERRERO PERALTA, *El control de garantías como construcción de una función jurisdiccional*, cit., p. 30; ÓSCAR JULIÁN GUERRERO PERALTA, *El control de garantías como construcción de una función jurisdiccional*, cit., p. 187 y ss., p. 199 y ss.
- 8 Sobre el control posterior de medidas de investigación en el proceso penal colombiano véase CARLOS MARIO ZAPATA BETANCUR, *Las audiencias del nuevo sistema penal acusatorio*, Medellín, Señal Editora, 2ª Edición, 2007, p. 133 y ss.; ALEJANDRO DAVID APONTE CARDONA, *Manual para el juez de control de garantías en el sistema acusatorio penal*, cit., p. 64 y ss.; ÓSCAR JULIÁN GUERRERO PERALTA, *El control de garantías como construcción de una función jurisdiccional*, cit., p. 91 y ss.; ÓSCAR JULIÁN GUERRERO PERALTA, *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal*, cit., p. 191 y ss.; CSJ, *El rol de los jueces y magistrados en el sistema penal acusatorio colombiano*, cit., p. 31 y ss.; JAIME BERNAL CUELLAR/EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT T. I, *El proceso penal. Tomo I: Fundamentos constitucionales y Teoría General*, cit., p. 292 y T. II, p. 107, 203.

esquema da cuenta de la existencia de un *modelo mixto de autorización judicial* a la afectación de derechos fundamentales. De un lado, por medio del JCG en la audiencia de control de legalidad - previo - a las medidas de investigación y, de otro lado, a través del fiscal a la hora de ordenar una medida en el marco de sus competencias excepcionales. La exigencia de motivación se hace extensiva a ambos momentos de decisión sobre las mencionadas afectaciones durante la investigación penal.

A pesar de ser una noción central en el proceso penal y elemento de la mayor trascendencia en el engranaje diseñado por el CPP para decretar múltiples medidas de investigación, no es posible determinar en la sistemática procesal penal desarrollada a partir de la Ley 906 de 2004 qué significa la noción *motivos fundados*. Adicional a la indeterminación conceptual, el CPP no establece reglas para su determinación o construcción procesal y, además, incorpora serias restricciones en el ámbito de su control judicial. Por un lado, tanto en el Art. 250 CN como en el CPP se encuentran diferentes expresiones y términos para referirse a la exigencia de motivos fundados de las que no resulta posible una conceptualización clara y precisa sobre el significado de dicha expresión (véase *infra* 1.1.). Por otro lado, las referencias al *umbral probatorio* que debe respaldar los motivos fundados, a partir de los cuales, también, se decide sobre la afectación a derechos fundamentales, son insuficientemente desarrolladas en la sistemática del CPP⁹. Con ello se relativiza, a su vez, el alcance del *control judicial* por parte del JCG, aspecto que se ve agravado por las restricciones a principios como el de contradicción, publicidad, oralidad e intermediación en las audiencias de control de legalidad reguladas por los Arts. 155 y 237 CPP¹⁰. En estas audiencias se incorpora el secreto pre-sumarial como elemento definitorio de la dinámica de control judicial, restringiendo el derecho de defensa y, con ello, la verificación de la génesis de los motivos fundados por medio de los ejercicios de contradicción que supone un sistema procesal penal acusatorio.

La deficiente delimitación normativa de los niveles de fundamentación a las medidas de investigación y la complicidad sistemática con restringidos ejercicios de control y verificación judicial de los motivos fundados, dan cuenta

9 En ese sentido ÓSCAR JULIÁN, *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal*, cit., p. 166 y ss.; Sobre el régimen probatorio y de contradicción en el proceso penal colombiano véase JAIME BERNAL CUELLAR/EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT T. I, *El proceso penal. Tomo I: Fundamentos constitucionales y Teoría General*, cit., pp. 255 y ss.

10 De la misma opinión, ARMANDO LUIS CALLE CALDERÓN, "Acerca de la reforma procesal penal. Una primera aproximación", en *Nuevo Foro Penal*, Medellín, EAFIT, N. 67, Ene-Jun 2005, p. 167, 169; también JOHN E. ZULUAGA TABORDA, "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. 140.

de un *concepto altamente disponible* como parámetro de control a la activación de las competencias de la FGN y la policía judicial. A ello se suma la asignación de funciones extraprocesales incorporadas en el régimen de *finalidades de las inferencias razonables*, que resultan siendo justificadas, también, por los motivos fundados. Dichas finalidades parecen convertir los motivos fundados, por un lado, en una bisagra entre la protección de expectativas de seguridad con el deber de fundamentación de medidas procesales penales y, por otro lado, parecen asignarle a los motivos fundados una función de igualación entre sospecha y culpa. Ante la inexistencia de una sistemática estricta desde la cual se restrinja la arbitrariedad fiscal, se abre camino a la relativización de la protección judicial de derechos fundamentales en la fase de investigación penal.

En el marco de las problemáticas enunciadas, en este artículo se discutirán dos aspectos concretos: Primero, se hará una aproximación al *concepto* de motivos fundados. En este punto se busca determinar qué se entiende por tal noción, a partir del tratamiento dado tanto en el Art. 250 inc. 1 CN, como en el desarrollo a la exigencia de motivación de medidas de investigación en el CPP. Segundo, se discutirán los diferentes *problemas de verificación judicial* a los motivos fundados por parte del JCG en las audiencias de control a las actividades de la FGN y policía judicial. Este acercamiento al significado y los problemas fundamentales de la noción *motivos fundados* permite identificar los parámetros reales de justiciabilidad de las afectaciones a derechos fundamentales en la fase de investigación penal.

1. Una aproximación al concepto “motivos fundados”

1.1 Fundamentos para una definición

El tratamiento dado en el CPP a la exigencia de motivación para la orden y ejecución de medidas de investigación penal, no es homogéneo¹¹. El CPP acoge diferentes formulaciones y expresiones para referirse a la exigencia de motivos

11 A nivel comparado se pueden encontrar referencias que señalan la misma problemática. Así, por ejemplo, la Ordenanza Procesal Penal alemana (StPO) se refiere a la expresión sospecha (*Tatverdacht*) utilizando diferentes formulaciones e indicando diferentes niveles o grados de la misma: sospecha simple o inicial (*Anfangsverdacht*), sospecha vehemente (*dringender Tatverdacht*), sospecha suficiente (*hinreichender Tatverdacht*) o peligro (*Gefahr*). Al respecto véase KLAUS VOLK/ARMIN ENGLÄNDER, *Grundkurs StPO* 8ª Edición, München, Beck, 2013, § 8 nm. 3; DIANA KOHLMANN, *Online-Durchsuchungen und andere Maßnahmen mit Technischeinsatz, Bedeutung und Legitimation ihres Einsatzes im Ermittlungsverfahren*, Baden-Baden, Nomos, 2012, p. 161; CLAUDIUS ROXIN/BERND SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht: ein Studienbuch*, 27ª Edición, München, Beck, 2012, § 39 nm. 15 y ss.; HANS-HEINER KÜHNE, *Strafprozessrecht: eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts*, 8ª Edición, Heidelberg, Müller, 2010, nm. 322. Sobre los criterios para considerar análogos los conceptos sospecha y motivos fundados véase *infra* nota 80.

fundados. Así, por ejemplo, habla de "*motivos previamente definidos en la Ley*" en alusión a las razones que pueden determinar la restricción de la libertad¹² y a la afectación del derecho a la intimidad¹³. En otros apartes, pero también con el fin de asegurar la motivación de las medidas, el CPP utiliza de forma más concreta el término "*motivos fundados*"¹⁴. En el mismo sentido, pero añadiendo un adverbio de modo, el CPP usa la expresión "*motivos razonablemente fundados*", tanto respecto de las medidas de investigación que no requieren autorización judicial previa como de las que si precisan dicha autorización¹⁵. Junto a esto, también hay formulaciones que no incorporan la expresión "fundados", pero hacen alusión a ello bajo la referencia "*motivos razonables*"¹⁶. En otros casos, se hace una simple remisión a "*motivos graves*"¹⁷ o "*motivos serios*"¹⁸. Finalmente, en el Art. 308 CPP se desarrolla

12 Art. 2 inc. 1 CPP: "*Libertad. (...) Nadie podrá ser molestado en su persona ni privado de su libertad sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, emitido con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley*". (énfasis fuera de texto).

13 Art. 14 inc. 2 CPP: "No podrán hacerse registros, allanamientos ni incautaciones en domicilio, residencia, o lugar de trabajo, sino en virtud de orden escrita del Fiscal General de la Nación o su delegado, con arreglo de las formalidades y *motivos previamente definidos en este código. (...)*". (énfasis fuera de texto).

14 Así para las medidas cautelares sobre bienes susceptibles de comiso (Art 83 inc. 2), para la suspensión y cancelación de la personería jurídica (Art. 91 inc. 1), para la suspensión y cancelación de registros obtenidos fraudulentamente (Art. 101 inc. 1), respecto del respaldo probatorio para los motivos fundados (Art. 221 inc. 1 y 3), para la prórroga de la medida de interceptación de comunicaciones (Art. 235 inc. 3), para la práctica de interrogatorio a indiciado (Art. 282), de prueba anticipada (Art. 284) y en la determinación del "peligro para la víctima" como requisito para decretar medida de aseguramiento (Art. 311).

15 En concreto respecto al fundamento para la orden de registro y allanamiento (Art. 220), para la orden de medidas como la retención de correspondencia (Art. 233), la recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicaciones (Art. 236 inc. 1), la vigilancia y seguimiento de personas (Art. 239 inc. 1), la vigilancia de cosas (Art. 240 inc. 1), el análisis e infiltración de organización criminal (Art. 241 inc. 1), la actuación de agentes encubiertos (Art. 242), la entrega vigilada (Art. 243), la inspección corporal (Art. 247), el registro personal (Art. 248 inc. 1) y como fundamento de la orden de captura (Art. 297 inc. 1).

16 Véase Art. 298 parág. 2 CPP: "Cuando existan *motivos razonables* para sospechar que una nave está siendo utilizada para el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas"; también el Art. 383 inc. 2: "El juez, con fundamento en *motivos razonables*, podrá practicar el testimonio del menor fuera de la sala de audiencia, de acuerdo con lo previsto en el numeral 5º del artículo 146 de este código." (énfasis fuera de texto).

17 Art. 309 CPP: "*Obstrucción de la justicia*. Se entenderá que la imposición de la medida de aseguramiento es indispensable para evitar la obstrucción de la justicia, cuando existan *motivos graves y fundados* que permitan inferir que el imputado podrá destruir, modificar, dirigir, impedir, ocultar o falsificar elementos de prueba; (...)"(énfasis fuera de texto).

18 Art. 300 CPP: "*Captura excepcional por orden de la Fiscalía*. (...), cuando por *motivos serios y de*

una formulación que no contiene expresamente el término motivos fundados, pero si incorpora la exigencia de motivación, al punto de indicar, incluso, la “*inferencia razonable*” que se debe desprender de dicha fundamentación¹⁹.

Esta variopinta apropiación de la exigencia de motivación indica, por un lado, la implementación dada por el CPP a la exigencia de un umbral de motivos o razones establecida por el Art. 250 CN²⁰, para decidir u ordenar medidas procesales penales que en muchos casos implican la restricción de derechos fundamentales del investigado. Por otro lado, la utilización de diferentes expresiones en referencia a la exigencia de motivación pareciera indicar que la sistemática del CPP acoge niveles diferenciados de motivación procesal. Sin embargo, el CPP no contiene en ningún aparte una definición del concepto “*motivos fundados*”, asunto frente al que no contribuye tampoco el tratamiento diferenciado de dicha noción. Esta última cuestión ni siquiera ha sido abordada y discutida en la reducida literatura procesal penal colombiana, a partir de la cual cualquier intento descriptivo enseñaría inmensos vacíos a la hora de determinar un posible significado del término. A pesar del limitado manejo dogmático y doctrinal, un acercamiento al tema y un intento de definición puede encontrarse en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En la discusión a múltiples demandas contra el Acto Legislativo 03 de 2002 y contra la Ley 906 de 2004, esta corporación ha recogido un concepto de motivos fundados que continúa siendo invocado en la comprensión del problema, sin que hasta el momento se haya presentado un cambio de precedente jurisprudencial en la interpretación de dicha noción.

El tratamiento de la Corte Constitucional a la noción “*motivos fundados*” se ha dado en diferentes niveles. En un primer nivel, a raíz de la evaluación de constitucionalidad del Acto Legislativo 03 de 2002²¹, la Corte ha determinado

fuera mayor no se encuentre disponible un juez que pueda ordenarla”. (énfasis fuera de texto). Valga anotar que la expresión “*motivos serios*” fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-185 de 2008, M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, Decisión.

- 19 Art. 308 CPP: “*Requisitos*. El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, (...)”.(énfasis fuera de texto).
- 20 Como se desprende de la exposición de motivos del Acto Legislativo 03 de 2002, véase Gaceta del Congreso 134 de 2002 (*supra* nota 2).
- 21 El Acto Legislativo 03 de 2002 ha sido reiteradamente evaluado por la Corte Constitucional. Entre otras, véase las sentencias C-1039 de 2004, M.P. ÁLVARO TAFUR GALVÍS; C-1092 de 2003, M.P. ÁLVARO TAFUR GALVÍS, cit.; C-970 de 2004, M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL; C-334 de 2005, M.P. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ; C-013 de 2004, M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA.

la trascendencia de la motivación para la investigación de los hechos. El primer pronunciamiento en el que la Corte confirma la incorporación de un umbral de motivación como límite esencial de las órdenes de medidas de investigación fue mediante la sentencia C-1092 de 2003. En este fallo se analizó el Art. 250 num. 2 CN y encontró que el examen de las razones que motiven las medidas de investigación es parte de la configuración de un *control amplio e integral* por parte del JCG²². La Corte indagó la discusión legislativa que condujo a la redacción original del Art. 250 CN y, sobre la base de una interpretación teleológica, determinó que la finalidad buscada por parte del legislador fue que todas las diligencias de investigación estuvieran fundadas en motivos suficientes²³.

Esta doctrina sobre el *alcance del control judicial* a las medidas de investigación en el proceso penal, que se expuso en la evaluación del Art. 250 num. 2 CN, tiene como antecedente jurisprudencial inmediato la sentencia C-805 de 2002²⁴. En este fallo se analizó la constitucionalidad del Art. 392 de la Ley 600 de 2000 (antiguo CPP²⁵) relativo al control de legalidad de medidas cautelares por parte de la FGN. En esa oportunidad, sobre la base de la delimitación que instala el Art. 28 inc. 1 CN²⁶ para cualquier restricción a la libertad, la Corte planteó la existencia de “*un criterio material de orden probatorio*”²⁷ a partir del cual pueden proceder las intervenciones en derechos fundamentales durante la investigación penal. Esta línea jurisprudencial, desde la cual se insiste en la necesidad de un estándar probatorio suficiente para diligencias de investigación, a su vez, tiene su antecedente fundacional en la sentencia C-024 de 1994 (*sentencia hito*). En dicha sentencia se resolvió una demanda contra el Decreto 1.355 de 1970 (Código Nacional de Policía) que permitía la llamada captura administrativa²⁸. En el intento de precisar qué y

22 Corte Constitucional, C-1092 de 2003, M.P. ÁLVARO TAFUR GALVIS, cit., num. 5.1.

23 Corte Constitucional, C-1092 de 2003, M.P. ÁLVARO TAFUR GALVIS, cit., num. 4.1.1.1.

24 Corte Constitucional, Sentencia C-805 de 2002, M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA/EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, VI. Consideraciones y Fundamentos.

25 CPP que antecedió a la ley 906 de 2004, pero que todavía está vigente para la investigación y juzgamiento de los hechos ocurridos antes de la fecha de vigencia de la ley 906.

26 Art. 28 inc. 1: “Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por *motivo previamente definido en la ley*.” (énfasis fuera del texto).

27 Corte Constitucional, C-805 de 2002, M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA/EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, cit., num. VI. 17.

28 Corte Constitucional, Sentencia C-024 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero, II. Fundamento Jurídico; En relación a la “Captura administrativa” y con un recuento de las facultades policiales

cuáles son los motivos de la captura, la Corte hizo un primer acercamiento a lo que se debería entender por la noción *motivos fundados*.

En tres niveles de argumentación la Corte desarrolla la conceptualización del término motivos fundados. Primero, la Corte afirma que por motivos fundados se debe entender “hechos, situaciones fácticas, que si bien no tienen la inmediatez de los casos de flagrancia sino una relación mediata con el momento de la aprehensión material, deben ser suficientemente claros y urgentes para justificar la detención”²⁹. Con ello se alude a una *situación objetiva* y constatable fácticamente. Segundo, afirma que “el motivo fundado que justifica una aprehensión material es entonces un conjunto articulado de hechos que permitan inferir de manera objetiva que la persona que va a ser aprehendida es probablemente autora de una infracción o partícipe de ella”³⁰. De esta manera, vincula a los hechos o situaciones fácticas la exigencia de una conclusión objetiva o *inferencia razonable*. Tercero, estableció que “por consiguiente, la mera sospecha o la simple convicción del agente policial no constituye motivo fundado”³¹. En ese sentido, diferencia los motivos fundados de la mera sospecha o la simple convicción y, con ello, los somete a un *alto estándar de razonabilidad*.

Según la Corte, esta definición tiene un doble fundamento constitucional. Primero, en el Art. 28 inc. 1 a partir del cual se exige una motivación concreta para las injerencias en derechos fundamentales, específicamente la *libertad personal*³². Segundo, en el Art. 29 que consagra como derecho fundamental el *debido proceso*, especialmente el inc. 3 que establece el derecho de defensa y el inc. 4 que define

vigentes en materia de libertad véase Jaime Bernal Cuellar/Eduardo Montealegre Lynett T. I, *El proceso penal*, T. II cit., pp. 493 y ss.; Para un valoración desde el punto de vista del principio de proporcionalidad véase ALBERTO JOSÉ PRIETO VERA, *Régimen de libertad en el sistema acusatorio colombiano (Ley 906 de 2004)*, Bogotá, Defensoría del Pueblo, 2006, pp. 47 y ss.; Discutiendo las posiciones en torno a la vigencia de la captura administrativa, ALEJANDRO DAVID APONTE CARDONA, *Captura y medidas de aseguramiento: El régimen en la nueva estructura procesal penal de Colombia*, Bogotá, CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 2006, p. 53 y ss.; Sobre el sentido y alcance de la captura administrativa, GERMÁN ANDRÉS SÁNCHEZ MARTÍNEZ, *Captura sin flagrancia y sin orden judicial. “Captura administrativa”*, Bogotá, Leyer, 2003, p. 7.

29 Corte Constitucional, C-024 de 1994, M.P. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, cit., num. II. 7.2.

30 Corte Constitucional, C-024 de 1994, M.P. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, cit., num. II. 7.2.

31 Corte Constitucional, C-024 de 1994, M.P. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, cit., num. II. 7.2.

32 Corte Constitucional, C-024 de 1994, M.P. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, cit., num. II. 6; también sentencia C-580 de 2002, M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL, num. 3.2. Artículo 7; C-805 de 2002, M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA/EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, cit., num. VI. 6 y ss..

la nulidad de las pruebas obtenidas con violación del debido proceso³³. Esta posición y conceptualización de la Corte Constitucional, que es confirmada en múltiples sentencias posteriores³⁴, también es recogida en el análisis a la reforma del Art. 250. En la evaluación del inc. 1 y num. 2 de dicho Artículo, como ya se anotó, la Corte reitera los argumentos presentados en la exposición de motivos del Acto Legislativo 03 de 2002, desde el cual se estableció la necesidad de una motivación razonable, diferente a la sospecha, a la hora de adoptar medidas de investigación³⁵.

Sobre la base de los fundamentos constitucionales y la posición tomada por la Corte Constitucional desde la sentencia C-024 de 1994, se podría concluir que motivo fundado es 1) un conjunto articulado de hechos (*situación objetiva*), 2) respaldados en elementos materiales probatorios (*respaldo probatorio*), 3) de los que se concluye objetivamente (*inferencia razonable*), 4) la probabilidad de autoría o participación en un hecho punible³⁶, 5) no equivalentes a la mera sospecha o simple convicción del agente policial (*alto estándar de razonabilidad*)³⁷. Adicional a los elementos que

33 Corte Constitucional, C-805 de 2002, M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA/EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, cit., num. VI. 30; también Corte Constitucional, Sentencia T-508 de 2011, M.P. JORGE IVÁN PALACIO; C-592 de 2005, M.P. ÁLVARO TAFUR GALVIS; Sobre el debido proceso como derecho fundamental véase Jaime Bernal Cuellar/Eduardo Montealegre Lynett T. I, *El proceso penal. Tomo I: Fundamentos constitucionales y Teoría General*, cit., pp. 81 y ss.; ARMANDO LUIS CALLE CALDERÓN, "Bases para una fundamentación político-constitucional del debido proceso", en *Nuevo Foro Penal*, Medellín, Temis, N. 63, 2000, pp. 59 y ss.; Para un panorama del desarrollo legal del debido proceso en el ordenamiento colombiano véase PEDRO PABLO CAMARGO, *El debido proceso*, Bogotá, Leyer, 2002, p. 105 y ss.; Una descripción de los sub-principios vinculados al debido proceso véase en CARLOS MARIO MOLINA ARRUBLA, *Fundamentos de derecho procesal penal*, Bogotá, Leyer, 2002, p. 295 y ss.; ALBERTO SUÁREZ SÁNCHEZ, *El debido proceso penal* 2ª Edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 220 y ss.; sobre la nulidad de las pruebas obtenidas con violación del debido proceso véase RICARDO MOLINA LÓPEZ, *La conformidad en el proceso penal*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, Universidad de los Andes-Universidad Pontificia Bolivariana, 2012, p. 370.

34 La posición sobre los Arts. 28 y 29 CN como límites de las disposiciones y prácticas relativas a la restricción de la libertad ha sido confirmada en reiteradas sentencias de la Corte Constitucional. Véase, entre otras, las sentencias C-179 de 1994, M.P. CARLOS GAVIRIA DÍAZ; C-327 de 1997, M.P. FABIO MORÓN DÍAZ; C-251 de 2002, M.P. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT/CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ; C-580 de 2002, M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL, cit., num 3.2.; C-025 de 2009, M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL y C-127 de 2011. Sobre la captura administrativa se presentó un cambio de posición con la sentencia C-176 de 2007 (M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA) en la cual la Corte Constitucional volvió a evaluar la constitucionalidad de dicha forma de captura regulada por el Decreto 1355 de 1970. Al respecto véase JAIME BERNAL CUELLAR/EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, *El proceso penal*. T. II, cit., pp. 493 y ss.

35 Véase Corte Constitucional, Sentencia C-1092 de 2003 M.P. ÁLVARO TAFUR GALVIS, cit., num. 4.1.1.1.

36 Esta es una de las inferencias específicas presentadas también en el CPP. Véase ALBERTO JOSÉ PRIETO VERA, *Régimen de libertad en el sistema acusatorio colombiano (Ley 906 de 2004)*, cit., pp. 54 y ss. Sobre el régimen de inferencias razonables véase *infra* 2.1.2.

37 Coincidiendo con esta definición y con una comparación de las definiciones de las legislaciones

se desprenden de la definición dada por la Corte Constitucional, debe decirse que en el marco del Acto Legislativo 03 de 2002 la determinación sobre lo que es un motivo fundado también pasa por la verificación *ex ante o ex post* por el JCG (*control judicial*), naturalmente, en lo que corresponde a sus competencias como juez de libertades y de garantías.

1.2 Evolución del tratamiento de la Corte Constitucional a la noción “motivos fundados”

La implementación del modelo procesal penal acusatorio incorporado por el Acto Legislativo 03 de 2002 y desarrollado en la Ley 906 de 2004 ha estimulado una discusión más detallada sobre el fundamento y límites del concepto “motivos fundados”. Como se anotó, la Corte ha reproducido la definición prevista por la sentencia C-024 de 1994, pero ha abordado adicionalmente aspectos fundamentales como la finalidad, la necesidad de concreción, precisión y determinación, el respaldo probatorio y el control de legalidad por el JCG a los motivos fundados. A continuación se expondrá sintéticamente las consideraciones esenciales de la Corte frente a cada uno de estos aspectos:

1.2.1 Finalidad y concreción de los motivos fundados

La posibilidad de fundamentar afectaciones a derechos fundamentales a partir de criterios vagos e indeterminados es negada por la Corte Constitucional. Aunque no es identificable una doctrina específica sobre la determinabilidad de los motivos fundados o de la motivación de una orden de afectación a derechos fundamentales, la Corte reitera la desaprobación a prácticas de investigación penal “sin motivación y finalidad concreta”³⁸. Para la Corte, en la autorización de una medida de investigación debe indicarse, a partir de motivos razonablemente fundados, la *relevancia de la diligencia* frente al *plan de investigación* o, incluso, el *programa metodológico* de la Fiscalía³⁹. En ese sentido, se reprobaban las medidas de investigación con fundamentaciones indeterminadas o abstractas.

Al respecto, la Corte es mucho más enfática cuando analiza el nivel de motivación que se demanda desde el Art. 300 CPP respecto a la facultad de captura excepcional por parte de la Fiscalía. Las expresiones “motivos serios y de fuerza

española, chilena, venezolana y peruana véase MAURICIO PAVA LUGO, *La defensa en el sistema acusatorio*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2009, pp. 6 y ss.

38 Corte Constitucional, Sentencia C-822 de 2005, M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, num. VIII. 5.3.1.7.

39 Corte Constitucional, C-822 de 2005, M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, cit., num. VIII. 5.3.1.7.

mayor” fueron declaradas inexecutable, bajo el argumento de que daban lugar a las más variadas hipótesis y supuestos que dejan a la discrecionalidad del propio fiscal la determinación de las circunstancias y motivos de captura⁴⁰. La Corte establece una relación directa entre excepcionalidad de la detención sin autorización judicial previa y restricción de la discrecionalidad fiscal con la *concreción, precisión, determinación de los motivos* que se exigen como respaldo a la orden de captura. En ese sentido, la Corte encuentra en el juicio de necesidad objetiva de tal medida el fundamento de la excepcionalidad de la figura. La determinación objetiva de necesidad parte de la discusión en torno a motivos concretos, precisos y determinados⁴¹.

1.2.2 Respaldo probatorio a motivos fundados

En el análisis del Art. 221 CPP, relevante para la comprensión del problema sobre el respaldo probatorio a los motivos fundados, la Corte presenta unas consideraciones necesarias para la interpretación del mismo. La Corte comienza por reafirmar la exigencia de respaldo probatorio a los motivos fundados para ordenar un registro y allanamiento incorporada por el Art. 221 inc. 1 CPP y la prohibición de registros y allanamientos arbitrarios sujetos a la discrecionalidad del fiscal. Sobre esa razón, en concordancia con el Art. 221 CPP, reitera la obligación de soporte o respaldo de la orden del fiscal al menos en un informe, declaración jurada o elementos materiales probatorios y evidencia física. Para la Corte, dicho respaldo es una garantía de la viabilidad de la diligencia, “a fin de que el juez pueda acceder a una información que le permita realizar un efectivo control de legalidad”⁴².

También analiza el Art. 221 inc. 2 CPP que advertía que la declaración jurada de testigo o informante sirve como respaldo probatorio. Frente a la declaración de informante, el Art. 221 señalaba que la policía judicial sólo debía precisar su identificación al fiscal y explicar por qué razón le resulta confiable⁴³. Este artículo establecía la reserva total de los datos del informante frente a otras partes e intervinientes en el proceso. Esta restricción del acceso al informante fue declarada inconstitucional. Para la Corte es inadmisibles que el fiscal no cuente con la facultad de interrogar a un informante con el fin de apreciar mejor su credibilidad. La Corte consideró insuficiente una evaluación a la credibilidad

40 Corte Constitucional, C-185 de 2008, M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, cit., num. V. 5.

41 Corte Constitucional, C-185 de 2008, M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, cit., num V. 5.

42 Corte Constitucional, Sentencia C-637 de 2005, M.P. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, num. VI. 3.

43 Crítica de la redacción inicial del Art. 221 CPP WHANDA FERNÁNDEZ LEÓN, *Procedimiento penal acusatorio y oral. Una reflexión crítica sobre la Reforma Constitucional de 19 de diciembre de 2002 y la Ley 906 de 2004, nuevo CPP*, Bogotá, Ediciones del Profesional, 2005, p. 61.

del testigo sólo a partir de la información dada por la policía judicial sobre la identificación del informante y la simple explicación de las razones por las cuales a la policía judicial le resulta confiable⁴⁴.

De esta manera, la Corte desarrolla un doble sentido de respaldo probatorio a los motivos fundados. Por un lado, como *obligación de respaldo a la orden del fiscal* al menos en un informe, declaración jurada o elementos materiales probatorios. Por otro lado, desde su aspecto funcional, un *acceso no restringido del fiscal y el JCG a los medios probatorios* con que se soportan los motivos fundados⁴⁵. Dicho acceso amplio debe conducir a un doble juicio (fáctico y jurídico), a partir del cual se decida o confirme una afectación a derechos fundamentales.

1.2.3 De la reserva en las audiencias de control de legalidad

La Corte declara que la reserva de datos del informante planteado por el Art. 221 inc. 2 CPP debe entenderse en el sentido de no reservados al JCG⁴⁶. Para la Corte este tipo de reservas impedirían un efectivo examen de los motivos fundados. Por un lado, reduciría la posibilidad de un control formal y material a la medida de investigación. Por otro lado, impediría un análisis de proporcionalidad de la medida⁴⁷. Sin embargo, la Corte legitima cierto nivel de *reserva de los datos*. Bajo el argumento de la seguridad del informante justifica que los datos del mismo no sean de acceso público⁴⁸. Adicional a lo anterior, con fundamento en el Art. 155 CPP afirma que aunque el JCG tenga acceso a los datos del informante, estos no pueden publicarse durante la audiencia de control de legalidad a otras partes o intervinientes⁴⁹.

1.2.4 Fundamento de la reserva judicial

Las discusiones de la Corte Constitucional sobre el alcance del principio de reserva judicial en la decisión sobre una afectación de derechos fundamentales en el

44 Corte Constitucional, C-637 de 2005, M.P. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, cit., num. VI. 3; sobre la extensión del control de garantías a los elementos probatorios que respalden la necesidad de injerencia véase también Corte Constitucional, Sentencia 806 de 2009, M.P. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA, num. VI. 5.; Al respecto JAIME BERNAL CUELLAR/EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, *El proceso penal*, T. II, cit., p. 259; ÓSCAR JULIÁN GUERRERO PERALTA, *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal*, cit., p. 344.

45 Corte Constitucional, C-637 de 2005, M.P. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, cit., num. VI. 3.

46 Corte Constitucional, C-637 de 2005, M.P. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, cit., num. VI. 3.

47 Corte Constitucional, C-637 de 2005, M.P. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, cit., num. VI. 3.

48 Corte Constitucional, C-637 de 2005, M.P. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, cit., num. VI. 3.

49 Corte Constitucional, C-637 de 2005, M.P. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, cit., num. VI. 3.

proceso penal son relevantes, por lo menos, en dos aspectos. Primero, delimita las prescripciones del CPP sobre las medidas que no requieren autorización judicial previa y restringe las mismas a lo determinado por el Art. 250 num 2 CN. Segundo, incorpora unas cargas especiales para la activación de las competencias excepcionales de afectación por parte de la FGN y las competencias de autorización o confirmación del JCG. En uno u otro ámbito, las excepciones legales a la autorización judicial previa implican no sólo una estricta fundamentación sobre la base de motivos fundados, sino, también, una valoración en clave del principio de proporcionalidad. En ese sentido, la jurisprudencia de la Corte reitera ampliamente la importancia de decisiones de afectación sobre la base de un juicio de pertinencia, idoneidad, necesidad y estricta proporcionalidad⁵⁰.

Del análisis jurisprudencial sobre el fundamento de la reserva judicial se encuentra que la Corte tiene dos niveles de argumentación. El primero es teórico constitucional y parte de la premisa de que en los casos de afectación de derechos fundamentales siempre será necesaria la *autorización judicial previa*⁵¹. Esta consideración de la Corte tiene su respectivo fundamento normativo en el Art. 250 num. 3 CN y su desarrollo legal esta previsto entre los 246-250 CPP. Frente a este tipo de medida (con autorización judicial previa), como segundo nivel de argumentación, la Corte determina que implican dos *grados de afectación* (medio e intenso)⁵² y para la determinación de dichos grados de afectación, la Corte establece unos presupuestos abiertos que conducen a un análisis caso a caso. En ese sentido, la definición del nivel de afectación depende de la medida misma, las condiciones de realización, los intereses afectados y el impacto sobre derechos fundamentales⁵³. De esta manera, si bien en un primer nivel el criterio de la “afectación a derechos fundamentales” puede reclamar una validez general independiente de la naturaleza de la medida, en un segundo nivel argumentativo la Corte relativiza dicha validez planteando unos elementos de juicio para la determinación del nivel de afectación, señalando que sólo en las afectaciones medias o intensas es necesaria la autorización judicial.

La validez general del principio de reserva judicial se relativiza con dos tesis adicionales. Por un lado, a partir de una interpretación exegética del art. 250 num.

50 Corte Constitucional, C-822 de 2005, M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, cit., num. VIII. 5.1.

51 Corte Constitucional, C-822 de 2005, M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, cit., num. VIII. 5.1. (énfasis original). Sobre el concepto de afectación de los derechos fundamentales en el proceso penal colombiano véase JAIME BERNAL CUELLAR/EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, *El proceso penal*, T. II, cit., p. 371 y ss.

52 Corte Constitucional, C-822 de 2005, M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, cit., num. VIII. 5.1.

53 Corte Constitucional, C-822 de 2005, M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, cit., num. VIII. 5.1.

2 CN plantea que frente a las medidas allí enunciadas (registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones) se puede exceptuar la solicitud de autorización judicial previa⁵⁴. Por otro lado, del análisis de la naturaleza de dichas medidas, considera que la “necesidad y oportunidad” en el recaudo de la información justifican dicha excepción a la intervención previa del JCG a los fines de autorizar dichas medidas⁵⁵. De la jurisprudencia respecto a los niveles de afectación no queda claro qué puede entenderse por un nivel “bajo” de afectación, ni cómo se determina una afectación media o intensa. Tampoco queda claro el fundamento para entender que una intervención del JCG previo a la ejecución de la medida puede restringir la oportunidad de recaudo de la información. Además, no hace una evaluación sistemática de otras medidas que por su afectación media o alta a derechos fundamentales deberían regirse por el principio de reserva judicial, pero frente a las que solo se exige un control posterior de acuerdo con el Art. 250 num. 2.

1.3 Análisis crítico al tratamiento de los “motivos fundados”

La jurisprudencia de la Corte enseña un avance en torno a la doctrina del respaldo probatorio y del control judicial de los motivos fundados. Asimismo, puede considerarse valioso el intento de restringir las excepciones desarrolladas por el CPP al principio de reserva judicial, es decir, las regulaciones a las medidas que no requieren autorización judicial previa. Esto, incluso, a pesar de la relativización justificada a partir de la interpretación exegética del Art. 250 num. 2 CN. De igual manera, son destacables las anotaciones que hace la Corte sobre la necesidad de concreción, precisión y determinación en la motivación de autorizaciones a medidas coactivas de investigación, lo que constituye un parámetro importante para la consolidación de la determinabilidad como principio a las prescripciones que vinculan el concepto de motivos fundados. No obstante, la constitución de una doctrina de los motivos fundados se ve limitada ante la ausencia de contenidos respecto del alcance de los *grados de motivación* definidos en el CPP, el *alcance de principios* como contradicción, publicidad, oralidad e intermediación en la construcción de la motivación, así como una interpretación sistemática de las *finalidades de la inferencia razonable* a las que deben conducir los motivos fundados. De esta manera, puede decirse que no existen parámetros estrictos que determinen todos los aspectos de la fundamentación de medidas de investigación.

La inexistencia de parámetros estrictos para la comprensión y tratamiento de los motivos fundados, abre las puertas a la discrecionalidad de la FGN en la

54 Corte Constitucional, Sentencia C-336 de 2007, M.P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, num. VI. 14.

55 Corte Constitucional, C-336 de 2007, M.P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, cit., num. VI. 14.

fundamentación y ejecución, especialmente, de medidas de investigación que no requieren orden judicial previa. Esta patente de corso a la arbitrariedad fiscal se ve facilitada, por lo menos, en dos ámbitos relativos al tratamiento y control de los motivos fundados. Primero, respecto al control judicial de medidas previas a la formulación de imputación, es cuestionable la limitación al derecho de defensa por medio de la restricción de la contradicción a las diligencias del fiscal en la indagación preliminar⁵⁶. Segundo, de la mano de las restricciones al derecho de defensa, también es muy opinable la legitimación que se ha consolidado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional del secreto presumarial (carácter reservado) de las audiencias de control a las medidas que no requieren autorización judicial previa⁵⁷. Ello, a su vez, viene provocado por cierta flexibilización de la reserva judicial en materia de afectación a derechos fundamentales.

1.3.1 De la reserva a las audiencias preliminares y las limitaciones al derecho de defensa

En primer lugar, resulta polémica la justificación de la *ausencia de contradicción* previa a la formulación de imputación. Esta posición de la Corte contradice una consolidada línea jurisprudencial. Tanto en el marco del Decreto 2700 de 1991, como de la Ley 600 de 2000, la Corte había determinado que no se puede restringir el derecho de defensa durante la indagación preliminar, es decir, no se puede limitar la controversia probatoria durante esa etapa⁵⁸. Esta posición también se ha hecho extensiva al modelo procesal incorporado por la Ley 906 de 2004. En posteriores sentencias, la Corte ha afirmado reiteradamente que “la correcta interpretación del derecho de defensa implica que se pueda ejercer desde antes de la imputación”⁵⁹. Esta posición sirvió incluso de fundamento para declarar inconstitucional el Art. 237

56 Corte Constitucional, C-637 de 2005 M.P. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, cit., num. VI. 3.

57 En ese sentido JOHN E. ZULUAGA TABORDA, “Reflexiones sobre la protección judicial frente a medidas restrictivas de derechos fundamentales durante la investigación penal en Colombia”, en *Boletín Semestral GLIPGö* Nr. 4, Göttingen, Ene-Jun 2013, p. 23 y ss.; JOHN E. ZULUAGA TABORDA, “Comentarios a la Función de Control de Garantías. A Propósito de la ley 906 de 2004 o ‘sistema procesal penal acusatorio’”, cit., p. 133 y ss.

58 Véase Corte Constitucional, Sentencias C-150 de 1993, M.P. FABIO MORÓN DÍAZ; C-412 de 1993, M.P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ; C-475 de 1997, M.P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ; T-181 de 1999, M.P. FABIO MORÓN DÍAZ; C-1711 de 2000, M.P. CARLOS GAVIRIA DÍAZ; C-033 de 2003, M.P. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

59 Corte Constitucional, Sentencia C-799 de 2005, M.P. JAIME ARAÚJO RENTERÍA, Interpretación sistemática en concordancia con los Arts. 8 y 267 CPP.

CPP⁶⁰ que, así como el Art. 155 CPP, restringía la participación de la defensa en las audiencias de control de legalidad posterior. En síntesis, la doctrina de la Corte ha considerado que a) el derecho de defensa debe garantizarse en cualquier etapa del proceso, b) el derecho de defensa surge desde que se tiene conocimiento que cursa un proceso en contra de una persona y culmina cuando finalice dicho proceso⁶¹, c) el derecho de defensa se puede ejercer antes de la formulación de imputación⁶².

También es cuestionable la legitimación del Art. 155 inc. 2 CPP sobre el *carácter reservado de las audiencias preliminares*. La interpretación inicial de la Corte conduce a severas restricciones del derecho de defensa. A pesar de esta primera posición sobre el Art. 155 inc. 2 CPP, una interpretación sistemática conduciría a otra conclusión. Fundamentalmente las discusiones en torno al Art. 237 CPP⁶³ llevan a corregir esta interpretación inicial del Art. 155 inc. 2. La Corte fijó una posición diferente sobre este artículo⁶⁴, que se puede resumir de la siguiente forma: a) es imprescindible que se asegure la presencia del indagado en la audiencia para asegurar su derecho de defensa, b) no puede haber un trato diferencial del investigado según la etapa procesal en que se encuentre, es decir, el derecho de defensa se debe garantizar en todas las etapas, c) una restricción del derecho de defensa puede incidir negativamente en el desarrollo de las etapas subsiguientes del proceso, d) el carácter reservado no queda en entredicho, pues entiende la Corte que por razones de política criminal y eficacia judicial, éste debe contar con los recursos técnicos necesarios, adecuados y suficientes para combatir y luchar de manera pronta y eficaz contra el delito. En consecuencia, las restricciones a la publicidad que plantea el Art. 155 inc. 2 para el control de legalidad de diligencias de investigación no puede implicar una restricción al derecho de defensa⁶⁵.

60 Corte Constitucional, C-025 de 2009, M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL, cit., num. 6.10.

61 Corte Constitucional, C-1154 de 2005, M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, cit., num. 2.6.3.

62 Corte Constitucional, C-1194 de 2005, M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA, cit., y Sentencia C-210 de 2007, M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA, Consideraciones.

63 Crítico de la redacción inicial del Art. 237 CPP ÓSCAR JULIÁN GUERRERO PERALTA, *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal*, cit., p. 375 y ss., quien reclama un control de fondo por parte del JCG.

64 Corte Constitucional, C-025 de 2009, M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL, cit., num. VI. 4.

65 Justificando la reserva de la audiencia MANUEL ALBERTO MORALES TÁMARA, *La investigación encubierta con fines judiciales como técnica especial de investigación: análisis constitucional y legal desde la perspectiva de la teoría de la prevención general positiva*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 248 y ss.; Crítico de las restricciones a la publicidad JOHN E. ZULUAGA TABORDA, “Comentarios a la Función de Control de Garantías. A Propósito de la ley 906 de 2004 o ‘sistema procesal penal acusatorio’”, pp. 140 y ss.

Resulta significativa la incorporación del elemento de *relevancia* que exige la Corte en la determinación de los elementos materiales probatorios a recaudar. Esto tiene por lo menos dos repercusiones frente a la exigencia de motivos fundados. Primero, se excluye cualquier posibilidad de fundamentaciones indeterminadas o abstractas. Los motivos razonablemente fundados deben tener un *estricto grado de concreción*⁶⁶. Segundo, la fundamentación de la medida debe proyectar la utilidad del elemento recaudado para la investigación. Esta postura descarta antiguas prácticas policiacas y militares por medio de registros masivos⁶⁷. Sin embargo, resulta muy discutible la validez que tendría este tipo de diligencias en la etapa de investigación preliminar, pues en tanto la Corte establece que el sujeto pasivo de estas medidas es el imputado⁶⁸, se llegaría al resultado de hacer improcedentes dichas actuaciones frente al indiciado en la indagación preliminar. Precisamente porque muchas otras actuaciones a los propósitos de recaudar elementos materiales probatorios pueden ser realizadas en la indagación preliminar⁶⁹, la restricción planteada por la Corte parecería disfuncional a la estructura del proceso y a las competencias de la misma FGN en la fase de indagación. Una parte de la doctrina ha llegado a sugerir que debería activarse el derecho de defensa, previo al desarrollo de afectaciones a derechos fundamentales por medio de diligencias de investigación⁷⁰, lo que podría ayudar a reducir algunos y fundados cuestionamientos sobre las restricciones a la publicidad y el derecho de defensa del investigado.

1.3.2 Relativización del principio de reserva judicial

En segundo lugar, la exigencia de concreción, precisión y determinación en la motivación de las decisiones del fiscal para afectar derechos fundamentales es conforme con la prohibición de intromisiones arbitrarias, es decir, prohibición de discrecionalidad absoluta del fiscal (en concordancia con el Art. 28 CN). Sin embargo, la argumentación de la Corte ha sido cuestionada fundamentalmente porque relativiza el principio de reserva judicial en materia de afectación a la libertad,

66 Véase al respecto Corte Constitucional, C-185 de 2008, M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, cit.

67 Un resumen de la jurisprudencia al respecto puede verse en Corte Constitucional, Sentencia C-879 de 2011 num. II. 4 y ss.

68 Corte Constitucional, C-822 de 2005, M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, cit., num. 5.2.1.2.

69 Véase ÓSCAR JULIÁN GUERRERO PERALTA, *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal*, cit., p. 230, 236; WHANDA FERNÁNDEZ LEÓN, *Procedimiento penal acusatorio y oral*, cit. pp. 24 y ss.

70 A favor de un control doble a partir de un interpretación amplia del Art. 237 CPP como una forma de solución frente a la indefensión en la fase de indagación ÓSCAR JULIÁN GUERRERO PERALTA, *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal*, cit., pp. 377 y ss.

que había sido estrictamente defendido en las sentencias previas⁷¹. Se ha criticado que la Corte haya decidido deducir el fundamento sobre la excepcionalidad de la norma (Art. 300 CPP) a partir de algunos requisitos adicionales que incorporó la Ley 1142 de 2007, como el término para el control de legalidad de la captura o la reducida vigencia de la respectiva orden. Como resultado de la argumentación de la Corte, se termina confundiendo “la exigencia de los motivos que fundamentan la orden de captura y su procedimiento, *desarrollo del principio de legalidad*, con la consagración de los motivos precisos para ejercer la facultad entregada a la fiscalía para expedir la captura, lo que no es otra cosa que la regulación de *la excepción al principio de reserva judicial de la libertad*”⁷². En ese sentido, la no distinción entre, por un lado, las razones que fundamentan la competencia de la FGN para capturar y, por otro lado, los motivos de la orden de captura, conduce a una injustificada restricción del principio de reserva judicial en materia de afectación a la libertad.

La interpretación de la Corte sobre el fundamento de la excepción a la obligación de solicitar autorización judicial previa, tiene repercusiones en la problemática de los motivos fundados. La comprensión dada sobre la flexibilización del principio de reserva judicial, conduce a que el fiscal haga una evaluación de la urgencia en el recaudo del material probatorio. A partir de motivos fundados, en ese sentido, se debe explicar, a la vez, las *razones de necesidad* que justifican una excepción a la autorización previa por parte del JCG. Esto podría llevar a entender que las medidas enunciadas en el Art. 250 num. 2 CN (con control posterior) sólo deben realizarse sin autorización previa del JCG cuando, además, existan motivos fundados que confirmen la urgencia en el recaudo de la información. En otros casos, el control debería ser doble⁷³, es decir, previo y posterior. Cuestionable es que la Corte no haga una evaluación sistemática de otras medidas que por su afectación media o alta a derechos fundamentales deberían regirse por el principio de reserva judicial,

71 LUIS GONZAGA VÉLEZ OSORIO, *Otra cara del sistema acusatorio colombiano: menosprecio de la libertad personal y autoritarismo penal*, Medellín, Universidad de Antioquia, 2012, p. 123 y ss.; A favor de la reintroducción de la captura excepcional WILSON ALEJANDRO MARTÍNEZ SÁNCHEZ, “Consecuencias de la aplicación de la ley 1142 en el régimen de privación preventiva de la libertad en Colombia”, en *DPC* 30 (2010) Bogotá, Legis, p. 98.

72 LUIS GONZAGA VÉLEZ OSORIO, *Otra cara del sistema acusatorio colombiano: menosprecio de la libertad personal y autoritarismo penal*, cit., p. 128 (énfasis original), para quien la Corte decidió “buscar la excepcionalidad de la norma en el hecho de que la nueva ley exigiera requisitos formales y probatorios para la captura, o impusiera aspectos más exigentes, como el término para el control de legalidad de la captura o la precaria vigencia de la orden”.

73 Véase ÓSCAR JULIÁN GUERRERO PERALTA, *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal*, cit., p. 377; en relación a las investigaciones encubiertas MANUEL ALBERTO MORALES TÁMARA, *La investigación encubierta con fines judiciales como técnica especial de investigación*, cit., 239.

pero que en el Art. 250 num. 2 CN se plantean como de control posterior v. gr. registros, allanamientos, incautaciones e interceptación de comunicaciones. Este vacío sigue existiendo a pesar de que en la sentencia C-131 de 2009 se abordó dicha problemática, es decir, se discutió la vigencia del principio de reserva judicial frente a las diligencias de registros y allanamientos⁷⁴.

2. Problemas del control judicial a los motivos fundados

La depuración de las falencias tanto de concreción, precisión y determinabilidad como de contradicción en la génesis de los motivos fundados para la decisión de una medida investigativa, encuentra en el control por parte del JCG a las actuaciones propias de la FGN y de la Policía Judicial uno de los filtros más importantes. De esta manera, la supervisión judicial de las medidas investigativas y, con ello, de la construcción de motivos fundados, permite asegurar la mínima afectación de derechos fundamentales del investigado⁷⁵. En ese sentido, el control del JCG⁷⁶ funcionaría como un recurso primario de salvaguarda, especialmente de derechos tan susceptibles de intervención durante la investigación penal, como la libertad personal y aquellos vinculados al ámbito de las comunicaciones privadas, la correspondencia y el domicilio.

Sin embargo, la capacidad de control del JCG a los motivos fundados y, de esta manera, la realizabilidad de los parámetros jurisprudenciales de motivación a medidas de investigación, viene siendo subrogada por aspectos relativos tanto a la estructura de formación subyacente al concepto motivos fundados como también a deficiencias

74 Corte Constitucional, Sentencia C-131 de 2009, num. VI. 5.

75 Esta ha sido una reiterada posición de la Corte Constitucional. Al respecto, véase sentencias C-025 de 2009, M.P. Rodrigo Escobar Gil, cit., Consideraciones; C-185 de 2008, M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, cit., Consideraciones; C-186 de 2008, M.P. NILSON PINILLA PINILLA, Consideraciones; C-740 de 2008, M.P. JAIME ARAUJO RENTERÍA, Consideraciones; A-089 de 2007, M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL, Consideraciones; C-336 de 2007, M.P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, cit.; C-396 de 2007, M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA, Consideraciones; C-789 de 2006, M.P. NILSON PINILLA PINILLA, Consideraciones; C-673 de 2005, M.P. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, Consideraciones; C-822 de 2005, M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, cit., Consideraciones; C-1260 de 2005, M.P. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, Consideraciones; C-1092 de 2003, M.P. ÁLVARO TAFUR GALVIS, cit., Consideraciones.

76 La doctrina sobre el Control de Garantías en el proceso penal colombiano es relativamente amplia. Véase, entre otros, ALEJANDRO DAVID APONTE CARDONA, *Manual para el juez de control de garantías en el sistema acusatorio penal*, cit., p. 23; ÓSCAR JULIÁN GUERRERO PERALTA, *El control de garantías como construcción de una función jurisdiccional*, cit., p. 30; CSJ, *El rol de los jueces y magistrados en el sistema penal acusatorio colombiano*, cit., p. 21; JOSÉ JOAQUÍN URBANO MARTÍNEZ, *Nueva estructura probatoria del proceso penal*, Bogotá, Ediciones jurídicas Andrés Morales, 2011, p. 135 y ss.; JULIÁN RIVERA LOAIZA, "El Juez de Garantías ¿La dimensión más transparente de la justicia?", en *Revista de Derecho Penal*, Bogotá: Leyer, N. 40, pp. 121-160.

estructurales de la función de control de garantías como ámbito de verificación. Por un lado, se trata de una noción jurídica indeterminada con un reducido *potencial de control*⁷⁷ que, como se anotó, es tratada de manera diferenciada en la sistemática del CPP (véase *supra* 1.1.). Adicional a ello, su concreción supone fundamentalmente un ejercicio discrecional del fiscal que toma cuerpo especialmente en el juicio de probabilidad que va implícito en la determinación de cada inferencia razonable. Por otro lado, desde el punto de vista de la estructura de control, las competencias reservadas al JCG para la efectiva protección judicial de derechos fundamentales en la etapa de la investigación penal se ven reducidas, además, por los siguientes factores: Primero, por la *orientación preventiva y de carácter policial*, en especial de la etapa de indagación preliminar, a partir de la cual el monopolio penal y judicial del uso de la fuerza se ve desplazado a las fuerzas de Policía⁷⁸. Segundo, por cuestiones relativas a los *presupuestos* y a la *metodología de control* sobre los actos de investigación por parte de la FGN y la Policía Judicial.

Un deficiente control judicial de los motivos fundados para la autorización o confirmación de la legalidad de una medida investigativa supone la limitación de la protección judicial de derechos fundamentales. A pesar de que son claros los costos de un limitado ejercicio de verificación a la motivación de este tipo de medidas, pareciera que en el proceso penal colombiano se concibiera esto no como un escenario de rupturas, sino que con la relajación de los presupuestos de verificación judicial a las diligencias de investigación penal se proyecta un recurso compensatorio y cierta unidad frente a la insuficiencia de fundamentación. A ello contribuye la

77 Un análisis del reducido potencial de control de este tipo de conceptos puede verse en SCHULZ, LORENZ, *Normiertes Misstrauen: der Verdacht im Strafverfahren*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2001, pp. 619 y ss., quien hace un análisis de la sospecha en el derecho procesal penal alemán como noción jurídica indeterminada (término análogo a los motivos fundados) y las implicaciones de ello para el control judicial.

78 Un resumen comparativo de las amplias facultades de intervención penal que se conceden a la policía en otros países latinoamericanos véase KAI AMBOS/JAN WOISCHNIK, “Las reformas procesales penales en América Latina”, en MAIER/AMBOS/WOISCHNIK (Coord.), *Las reformas procesales penales en América Latina*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000, pp. 849-851; sobre el dominio policial de la investigación penal en Alemania véase KAI AMBOS, “Control de la policía versus dominio policial de la instrucción”, en *Derecho penal contemporáneo* 1 (Oct.-Dic. 2002), Bogotá, Legis, pp. 149 y ss.; acerca de la “policialización” (*Verpolizeilichung*) de la fase de instrucción a nivel de otros ordenamientos jurídicos de la Europa continental véase SABINE GLESS, “Rechtsvergleichender Querschnitt und rechtspolitische Bemerkungen”, en GLESS, SABINE/GROTE, RAINER/HEINE, GÜNTER (Eds.), *Justizielle Einbindung und Kontrolle von Europol, Rechtsvergleichendes Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz*, Freiburg i. Br. 2001, pp. 661; sobre su manifestación en la cultura procesal colombiana y presentado como una forma de derecho penal eficientista de enemigo véase ALEJANDRO DAVID APONTE CARDONA, *Guerra y derecho penal de enemigo: reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo*, Bogotá, Ibáñez, 2006, pp. 486 y ss.

estructura del proceso penal derivada del Acto Legislativo 03 de 2002, si se tienen en cuenta las continuas reformas que viene delimitando un escenario de tendencia inquisitiva en materia de protección a derechos fundamentales del investigado⁷⁹ y que arroja sobre el JCG una cultura muy punitivista, para hacerlo complaciente con un espíritu poco democrático y, en esa medida, incoherente con la idea fundamental que inspira la figura del JCG o “de las libertades” al servicio de los derechos de los procesados y de la indemnidad de los mismos de cara a cualquier arbitrariedad.

2.1. Del control de un concepto jurídico indeterminado

2.1.1 De la probabilidad como condición de los motivos fundados

De la estructura conceptual vinculada a los motivos fundados (véase *supra* 1.1.) se destacan dos elementos nucleares para la determinación de los mismos. En primer lugar, la referencia a un conjunto articulado de hechos (situación objetiva) de cuyo análisis se desprende, en segundo lugar, una inferencia razonable o conclusión objetiva. Este ejercicio de conclusión objetiva a partir de una base fáctica corresponde, más concretamente, a lo que una parte mayoritaria de la doctrina reconoce como un *juicio de probabilidad*⁸⁰. Como examen de probabilidad, con la determinación de un motivo fundado se evalúa una determinada circunstancia y la modalidad de su ocurrencia, es decir, responde a la pregunta sobre cómo y si es probable que una persona haya participado en un hecho punible y que éste haya sucedido de una determinada manera.

79 Al respecto JOHN E. ZULUAGA TABORDA, “Reflexiones sobre la protección judicial frente a medidas restrictivas de derechos fundamentales durante la investigación penal en Colombia, cit., pp. 23 y ss.; LUIS GONZAGA VÉLEZ OSORIO, *Otra cara del sistema acusatorio colombiano: menosprecio de la libertad personal y autoritarismo penal*, cit., pp. 27, 32.

80 Así se menciona en la misma sentencia C-024 de 1994, M.P. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, cit., num. II 7.2., donde se dice que “más allá de la simple sospecha, la detención debe estar entonces basada en situaciones objetivas que permitan concluir con cierta probabilidad y plausibilidad que la persona está vinculada a actividades criminales”. El juicio de probabilidad también es reconocido por una parte mayoritaria de la doctrina procesal penal alemana, como una característica de la noción sospecha (*Tatverdacht*). Véase HANS-HEINER KÜHNE, *Strafprozessrecht: eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts*, cit., nm. 327 y nota a pie 38; ERWIN LOHNER, *Der Tatverdacht im Ermittlungsverfahren: Begriff, rechtliche Ausgestaltung, praktische Handhabung und Kontrolle am Beispiel der polizeilichen Verdachtsfeststellung*, Frankfurt am Main, Lang, 1994, p. 39; DIANA KOHLMANN, *Online-Durchsuchungen und andere Maßnahmen mit Technischeinsatz*, cit., p. 162 y nota a pie 725; GEORG STEINBERG, „Verdacht als quantifizierbare Prognose?“, en JZ 21/2006, pp. 1045-1049; ANDREAS EBERT, *Der Tatverdacht im Strafverfahren unter spezieller Berücksichtigung des Tatnachweises im Strafbefehlsverfahren*, Frankfurt am Main, Lang, 2000, p. 16. Esta noción es comparable con la de motivos fundados, pues hace alusión a un umbral o nivel probatorio al que se debe llegar para que la Fiscalía puede iniciar o ejecutar medidas procesales coactivas en la fase de investigación, lo cual es a la vez una barrera protectora para el ciudadano frente a intervenciones estatales.

La probabilidad a la que conduce el tratamiento de los motivos fundados en el CPP es una deducción basada en un ejercicio de valoración de hechos que permite concluir la ocurrencia de una situación. El análisis circunstancial y modal que se ve implicado en un juicio de probabilidad sobre un hecho cierto que supuestamente constituye un delito, replica la estructura de un *pronóstico*. Este tipo de juicios lógico-predictivos propio de los pronósticos no son extraños al derecho penal colombiano. Como ejemplos se pueden mencionar el Art. 63 num. 3 Código Penal (en adelante “CP”) para los casos en que se debe valorar el comportamiento futuro de una persona para decidir sobre la *suspensión de la ejecución de la pena*, es decir, si los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado resultan indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena. El Art. 300 num. 2 que incorpora “la probabilidad fundada de alterar los medios probatorios” como una de las causales de la *captura excepcional* por orden de la Fiscalía. Asimismo, el Art. 308 num. 3 CPP que incorpora como requisito de la *medida de aseguramiento* que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia. Lo que caracteriza este tipo de pronóstico es que sobre la base de presupuestos fácticos y normativos conocidos se ha de derivar un hecho desconocido.

A diferencia de los ejemplos anteriores, la concreción de probabilidad circunscrita a los motivos fundados posee unas características especiales. Un motivo fundado debe estar vinculado a una base fáctica determinada, es decir, debe hacer referencia a una persona y a un hecho concreto, razón por la cual se explica también que – en principio – esté excluida la posibilidad de establecer un motivo fundado y ejecutar medidas de investigación penal contra personas indeterminadas⁸¹. Este elemento, como ya se ha visto, es recogido por la doctrina de la Corte Constitucional como parte del concepto motivos fundados (véase *supra* 1.2.1.). A pesar de que es asumido como un componente esencial, la base fáctica objetiva viene condicionada por dos asuntos adicionales y distintivos del proceso de determinación de un motivo fundado. Por un lado, a partir de una situación fáctica objetiva no se intenta deducir un hecho futuro incierto, sino que se discute si un determinado asunto tuvo lugar en el pasado⁸². Por otro lado, este ejercicio lógico deductivo ocurre no al final de la

81 En Alemania se dice, asimismo, que la sospecha debe estar vinculada a una base fáctica, véase ANDREAS EBERT, *Der Tatverdacht im Strafverfahren unter spezieller Berücksichtigung des Tatnachweises im Strafbefehlsverfahren*, cit., p. 18, 101 y ss., quien distingue entre sospecha vinculada a hechos (*Tatbezogener Verdacht*) y sospecha vinculada al autor (*Täterbezogene Verdacht*).

82 Asimismo para el caso alemán véase ANDREAS EBERT, *Der Tatverdacht im Strafverfahren unter spezieller Berücksichtigung des Tatnachweises im Strafbefehlsverfahren*, cit., p. 17; en ese sentido y negando la caracterización como pronóstico predictivo GEORG STEINBERG, „Verdacht als quantifizierbare Prognose?“, cit., p. 1047.

investigación penal, sino que es paralelo a los resultados de investigación. Por lo tanto, el pronóstico que se vincula al ejercicio de establecer un motivo fundado no es el de una predicción, sino que se trata de una deducción a partir de un conjunto articulado de hechos. No es una manifestación predictiva sobre un determinado suceso, sino que es una expresión de probabilidad de un suceso o circunstancia del pasado. Por esta razón, la delimitación de la probabilidad se representa como un *pronóstico retrospectivo*⁸³.

En ese sentido, se puede decir que la comprensión de un motivo fundado se basa en tres presupuestos concretos. Por un lado, se trata de un análisis que esta vinculado a un ámbito subjetivo determinado y/o una base fáctica concreta. Por otro lado, se trata de un *juicio de probabilidad* que responde a la pregunta sobre cómo y si es probable que un determinado hecho punible haya sucedido de una determinada manera. Finalmente, el planteamiento circunstancial y modal que se ve implicado en un juicio de probabilidad sobre un hecho cierto que supuestamente constituye un delito replica la estructura de un pronóstico. Concretamente, con la determinación de un motivo fundado se lleva a cabo un *pronóstico retrospectivo*, es decir, es una expresión de probabilidad de un suceso o circunstancia del pasado. En síntesis, el concepto motivo fundado representa, en ese sentido, un pronóstico retrospectivo sobre la probabilidad de autoría o participación⁸⁴.

Esto es notorio, por ejemplo, en los Arts. 233, 234, 235 CPP que para los casos de intervención en las comunicaciones exigen que *se infiera que existe* información útil o relevante para la investigación. Asimismo, el Art. 236 CPP que conduce a *inferir un hecho cierto* como la transmisión de datos. En tanto juicios lógico-deductivos en torno a la probabilidad de participación en un hecho punible, a la determinación de un motivo fundado en todos estos casos le es inherente un margen de discrecionalidad que canaliza cada operador judicial en la concreción de las respectivas inferencias razonables. Dicho *margen de discrecionalidad* se concreta no sólo ante la ausencia de un desarrollo legal que delimite la estructura y aplicación judicial del pronóstico

83 La teoría del pronóstico retrospectivo ha sido ampliamente acogida en la doctrina procesal penal alemana, véase ERWIN LOHNER, *Der Tatverdacht im Ermittlungsverfahren*, cit., p.p. 69 y ss.; ANDREAS EBERT, *Der Tatverdacht im Strafverfahren unter spezieller Berücksichtigung des Tatnachweises im Strafbefehlsverfahren*, cit., p. 17; HANS-HEINER KÜHNE, *Strafprozessrecht: eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafrechts*, cit., nm. 327; GEORG STEINBERG, „Verdacht als quantifizierbare Prognose?“, cit., p. 1047; MARTIN FINCKE, „Zum Begriff des Beschuldigten und den Verdachtsgraden“, en *ZStW* 95 (1983), p. 925.

84 En ese sentido, respecto a la sospecha, ANDREAS EBERT, *Der Tatverdacht im Strafverfahren unter spezieller Berücksichtigung des Tatnachweises im Strafbefehlsverfahren*, cit., p. 22, quien habla adicionalmente de la reserva del pronóstico (*Vorbehaltlichkeit*) como una característica más de la sospecha.

requerido por cada artículo, sino, también, en tanto no es claro cuáles factores deben analizarse para determinar la probabilidad aludida, es decir, cuáles elementos para la determinación de un motivo fundado deben y pueden ser incorporados en la probabilidad. Este punto es ampliamente discutido a nivel comparativo en la doctrina análoga a la de los motivos fundados, donde se reconoce que independientemente de los elementos que soportan la determinación de probabilidad, el único componente ineludible es la incertidumbre⁸⁵.

El dilema de la indeterminación inherente a la estructura de definición de un motivo fundado no logra ser resuelto a partir de planteamientos de la Corte Constitucional acerca de la exigencia de concreción y precisión de la motivación de una injerencia en derechos fundamentales durante la fase de investigación (véase *supra* 1.2.1.). La exigencia de concreción, precisión y determinación que se deriva del Art. 250 CN⁸⁶, desde la cual la Corte evalúa el Art. 300 CPP, no es discutida frente a los rezagos de discrecionalidad que están vinculados a los pronósticos retrospectivos que supone la determinación de un motivo fundado. En ese sentido, se podría hablar de dos *niveles divergentes de definición de un motivo fundado*. Por un lado, uno enlazado al juicio de determinación del motivo que tiene que resolver los dilemas de probabilidad sin que exista una estructura lógico-deductiva que oriente tal juicio de probabilidad. Por otro lado, el escenario “correctivo” que a partir de la contradicción entre partes en la audiencia de control busca supervisar las falencias de la motivación de una medida.

En primer lugar, resulta relevante el análisis que a nivel comparativo se puede encontrar para delimitar en abstracto este proceso lógico deductivo, incluso, a partir de diferentes enfoques. La doctrina procesal penal alemana da cuenta de cinco métodos con los que se intenta establecer una comprensión abstracta de la noción sospecha (análoga a la de motivos fundados). Primero, se habla de un método casuístico (*kasuistischen Methode*) que con fundamentos criminalísticos intenta definir un catálogo para delimitar cuáles casos se pueden identificar como una sospecha⁸⁷. Segundo, se alude al método estadístico (*statistische Methode*)

85 HANS-HEINER KÜHNE, *Strafprozessrecht: eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts*, cit., nm. 326; DIANA KOHLMANN, *Online-Durchsuchungen und andere Maßnahmen mit Technikeinsatz*, cit., p. 165; sobre la dependencia de este tipo de conceptos de indicios y elementos de conocimiento meramente preliminares véase MARTIN FINCKE, „Zum Begriff des Beschuldigten und den Verdachtsgraden“, cit., p. 927.

86 Véase Corte Constitucional, C-185 de 2008, M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, cit., num. V. 5.

87 De este método se critica que plantea un registro o catálogo muy complicado de los supuestos de sospecha. Los ejemplos de sospecha que, a su vez, representan máximas de experiencia, no se acomodan a muchos casos concretos. Véase ERWIN LOHNER, *Der Tatverdacht im Ermittlungsverfahren*, cit., p. 39 con más referencias.

que aborda la comprensión de la sospecha a partir de cálculos de probabilidad. Para el enfoque estadístico, determinados indicios permiten identificar como autores a un determinado grupo de personas en una sociedad. Aquella parte de ese grupo de personas que concentre varios indicios puede ser considerada como sospechosa⁸⁸. Tercero, se describe un enfoque en el que se pronostica el éxito (*Erfolgsprognoseverfahren*) y que define la sospecha a partir de puntos de vista relativos a la efectividad. Para este enfoque, la respuesta sobre la perspectiva de éxito de la investigación o juicio es vista como condición inmediata para definir el nivel de sospecha⁸⁹. Cuarto, se habla de sospecha prima facie (*prima facie Verdacht*) que intenta obtener una definición de sospecha a partir de un paralelo con el método de obtención de una sentencia propia del derecho civil por medio de pruebas prima facie sobre la base de máximas de experiencia (*Erfahrungssätze*)⁹⁰. Quinto, se mencionan otros puntos de vista que se pueden considerar esquemas de intersección o intermedios entre los métodos nombrados⁹¹. A pesar de todas estas variantes, sigue siendo dominante la crítica que refuta la capacidad de dichos enfoques para fijar directrices que permitan la formación de probabilidades y, por lo tanto, de la sospecha⁹².

En segundo lugar, ante la ausencia de un procedimiento que permita deducir a partir de claves lógicas y sistemáticas un motivo fundado, los dilemas de probabilidad

88 Frente a este enfoque, la crítica señala como imposible que desde una colectividad, que es definida por medio de la coincidencia de determinadas características de algunos elementos de la misma, se pueda derivar consecuencias para una constelación de casos específica. Bajo esa misma lógica, si el análisis se realiza frente a otro tipo de población, se llegará a otras propiedades y a otros valores de probabilidad. Véase ERWIN LOHNER, *Der Tatverdacht im Ermittlungsverfahren*, cit., p. 40 con más referencias.

89 De este enfoque se critica que no ofrece ningún punto de partida para la definición de sospecha. Además, es contradictorio del principio de legalidad que, independientemente del factor éxito, exige investigar todos los hechos punibles. Véase ERWIN LOHNER, *Der Tatverdacht im Ermittlungsverfahren*, cit., p. 41 con más referencias.

90 A este método se le cuestiona por no aportar criterios objetivos o sustanciales para la determinación de una probabilidad. Este enfoque no permite encontrar un método aplicable para la determinación de una sospecha. Véase ERWIN LOHNER, *Der Tatverdacht im Ermittlungsverfahren*, cit., p. 42; HANS-HEINER KÜHNE, *Strafprozessrecht: eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts*, cit., nm. 328 con más referencias.

91 Así ERWIN LOHNER, *Der Tatverdacht im Ermittlungsverfahren*, cit., p. 44, quien establece algunas coincidencias entre estos enfoques, advirtiendo que acogen a las máximas de experiencia o principios estadísticos fundamentales como directrices de sus propuestas, a partir de cuya utilización se intenta derivar un determinado grado de probabilidad.

92 Para un resumen de todas las críticas véase DIANA KOHLMANN, *Online-Durchsuchungen und andere Maßnahmen mit Technikeinsatz*, cit., p. 166; en detalle ERWIN LOHNER, *Der Tatverdacht im Ermittlungsverfahren*, cit., pp. 39 y ss.

encuentran un escenario correctivo en la confrontación propia de las audiencias de control judicial. Si bien esta confrontación tampoco se orienta por criterios objetivos o sustanciales para la determinación de una probabilidad, el proceso de argumentación jurídica permite reducir el margen de discrecionalidad inherente al primer nivel de formación. Para el modelo alemán, así lo reconoce una importante parte de la doctrina procesal penal, incluso se advierte que la mera impresión de un posible control de instancia superior y/o posterior, fuerza a la fundamentación de la sospecha⁹³. Sin embargo, la crítica a este enfoque pasa por su implementación en la práctica procesal penal⁹⁴. Como se verá más adelante (véase *infra* 2.2.1), los procesos de determinación de un motivo fundado se adecuan fundamentalmente a las reglas e instancias de funcionarios policiales.

2.1.2 Acerca de las inferencias razonables

Un problema adicional vinculado al *régimen de inferencias razonables* incorporado por el CPP es el carácter tan heterogéneo de las finalidades. En muchos casos las conclusiones que se deben derivar del análisis del conjunto articulado de hechos (situación objetiva), van más allá de la probabilidad de autoría o participación en el hecho punible. Así, por ejemplo, para los casos de vigilancia de cosas, el Art. 240 CPP exige inferir que “un inmueble, nave, aeronave o cualquier otro vehículo o mueble se usa para almacenar droga que produzca dependencia, elemento que sirva para el procesamiento de dicha droga, o para ocultar explosivos, armas, municiones, sustancias para producir explosivos y, en general, los instrumentos de comisión de un delito o los bienes y efectos provenientes de su ejecución”. El Art. 241, respecto del análisis e infiltración de organización criminal, determina que los motivos fundados deben conducir a inferir que el indiciado o imputado pertenece o está relacionado con alguna organización criminal. También el Art. 243 CPP, que ni siquiera exige una inferencia, sino que los motivos fundados sirvan para creer “que el indiciado o el imputado dirige, o de cualquier forma interviene en el transporte de armas, explosivos, municiones, moneda falsificada, drogas que producen dependencia o también cuando sea informado por agente encubierto o de confianza de la existencia de una actividad criminal continua”.

93 HANS-HEINER KÜHNE, *Strafprozessrecht: eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts*, cit., nm. 340; ERWIN LOHNER, *Der Tatverdacht im Ermittlungsverfahren*, cit., p. 43; Para una diferenciación de los métodos de control formal de la sospecha véase SCHULZ, LORENZ, *Normiertes Misstrauen: der Verdacht im Strafverfahren*, cit., pp. 634 y ss.

94 Véase ERWIN LOHNER, *Der Tatverdacht im Ermittlungsverfahren*, cit., p. 43, quien extiende su crítica al enfoque de HELGERTH de iguales características al de KÜHNE.

En este tipo de casos se desborda cualquier pronóstico retrospectivo de autoría o participación y, más bien, se regulan concretas intervenciones sobre *expectativas de seguridad*. Más concretamente dicho, se trata de reacciones ante (supuestos) hechos punibles, situaciones de peligro o riesgo por medio de medidas de investigación, de control u otras medidas procesales coactivas⁹⁵. Una representativa constelación de casos servil a la intervención sobre expectativas de seguridad puede encontrarse en el *análisis e infiltración de organización criminal*. El Art. 241 CPP establece que si de motivos razonablemente fundados se infiere que el investigado pertenece o está relacionado con alguna organización criminal, la FGN podrá ordenar la infiltración de la misma. El tenor literal de esta prescripción obliga a fundamentar dos asuntos. Por un lado, debe establecer que el investigado está relacionado con el crimen organizado. Por otro lado, debe inferirse de los motivos fundados que se continúa desarrollando una actividad criminal⁹⁶. Sin embargo, no se dirige a respaldar el sustento de una consecuencia jurídica frente al quebrantamiento de la normal penal, sino que se trata de una reacción de observación con fines de neutralización. En ese sentido van dirigidas las críticas a la justificación de la infiltración a una organización en los casos en que el investigado ya ha cometido un delito o que aun siendo parte de la organización criminal se prepara a perpetrar otros. Se afirma que lo que debería proceder es la captura, imputación y solicitud de medida de aseguramiento⁹⁷.

A una ejecución no desbordada de esta medida conduciría la vinculación de *límites materiales especiales* a la justificación de la orden de la FGN. Si se valora en clave del principio de proporcionalidad, la ejecución de este tipo de medidas tendría una limitación especial. La justificación de la medida no sólo debe sustentar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad, sino, también, debe tener aptitud para demostrar la existencia del delito y, en consecuencia, sustentar la inferencia de

95 En el mismo sentido para el caso alemán véase BENNO ZABEL, “Dogmatik und Funktionswandel des Tatverdachts”, en *ZIS* 7-8 (2014), p. 346.

96 Así MANUEL ALBERTO MORALES TÁMARA, *La investigación encubierta con fines judiciales como técnica especial de investigación*, cit., p. 239 y ss.; JAIME BERNAL CUELLAR/EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, *El proceso penal*. T. II cit., p. 276; ÓSCAR JULIÁN GUERRERO PERALTA, *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal*, cit., pp. 144 y ss.

97 ÓSCAR JULIÁN GUERRERO PERALTA, *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal*, cit., p. 144, quien contradice esta interpretación porque el objeto de la medida es el éxito de la investigación en el sentido desarticulación de bandas de criminalidad organizada, lo que define su carácter imprescindible (p. 145). Para un análisis crítico de las reglas del agente encubierto en Colombia véase MANUEL ALBERTO MORALES TÁMARA, *La investigación encubierta con fines judiciales como técnica especial de investigación*, cit., pp. 239 y ss.

responsabilidad⁹⁸. Sin embargo, precisamente en el deslinde entre la motivación de la medida y el pronóstico retrospectivo de autoría o participación (inferencia de responsabilidad) es donde los procesos de decisión sobre una medida de investigación se abren a un marco de valores político-criminales que van más allá de la definición de responsabilidades individuales. En estos casos la vinculación de los motivos fundados a una inferencia de autoría o participación pierde su carácter de límite funcional de la investigación y pasa a desarrollar una función de conexión, a la manera de bisagra, entre expectativas de seguridad de la sociedad con el deber de protección de bienes jurídicos por medio del proceso penal⁹⁹.

De esto se derivan varias consecuencias en los roles y competencias de las partes e intervinientes en el proceso, entre las que es importante resaltar las siguientes: Primero, la apertura de este tipo de medidas al fin de obtener “información útil” conduciría a la posibilidad de irrestrictas sub-intervenciones colaterales¹⁰⁰. No se trataría de diligencias condicionadas por los supuestos de una “teoría del caso” que delimite la determinación judicial de la verdad procesal, sino de un ejercicio policial desprovisto de límites claros y cuya finalidad consistiría “en darle cuerpo de sospecha concreta a suposiciones criminalísticas de todo punto subjetivas”¹⁰¹. Segundo, resulta problemático desde el punto de vista del nivel de

98 Respecto del principio de proporcionalidad y la aptitud de la evidencia como límites materiales véase JAIME BERNAL CUELLAR/EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT T. I, *El proceso penal. Tomo I: Fundamentos constitucionales y Teoría General*, cit., pp. 273 y 274 mencionando otras limitaciones. Debe agregarse que, además, tratándose de agentes encubiertos el legislador limitó su utilización a organizaciones criminales, a los casos de continuación de actividades delictivas y frente a hechos constitutivos de delitos contra la administración pública (Art. 242A).

99 En el mismo sentido, para el caso de la sospecha en la ordenanza procesal penal alemana véase BENNO ZABEL, “Dogmatik und Funktionswandel des Tatverdachts”, cit., p. 346.

100 Así lo advierte también la doctrina procesal penal alemana, donde se denuncia el desborde investigativo para la adquisición de sospechas iniciales y se señala que la tensión entre la obligación de establecimiento de la verdad de lo ocurrido durante la investigación (*Sachverhaltserforschung*) al frente de la obligación judicial de determinación de la verdad (*Aufklärungspflicht des Gerichts*), conlleva a una infinita actividad investigativa (*endlose Ermittlungstätigkeit*) de la mano de la búsqueda de material probatorio desconocido. En ese sentido véase MARK DEITERS, *Legalitätsprinzip und Normgeltung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, p. 163; también KAI AMBOS, “Control de la policía versus dominio policial de la instrucción”, cit., resaltando la tensión entre el trabajo policial de averiguación de sospecha inicial y el preparatorio de la acusación por parte del fiscal, en términos de que mientras “la policía en el marco de las investigaciones en estadio previo trabaja orientada a la obtención de una sospecha inicial, la fiscalía examina dicha sospecha inicial a la vista de su solidez de cara a una ulterior acusación y – en última instancia – condena del acusado o acusados” (p. 169 con más referencias).

101 KAI AMBOS, “Control de la policía versus dominio policial de la instrucción”, cit., para quien “las objeciones desde consideraciones del Estado de derecho frente a una *fase policial de obtención*

protección a la presunción de inocencia de quienes se ven involucrados en las actividades de vigilancia¹⁰². Estas medidas justifican un alto grado de intromisión, sin cláusulas para limitar una intensidad inapropiada de la injerencia. La cuestión no sólo es objetada por el déficit de constitucionalidad, sino incluso por razones de efectividad, especialmente en el ámbito de la lucha contra la criminalidad organizada¹⁰³. Tercero, tienen importantes repercusiones en la manera como se realiza el control posterior a la injerencia. Al JCG se le dificulta una evaluación detallada de la ejecución material de dicha diligencia y, asimismo, en el análisis de proporcionalidad en sentido estricto, se entorpece una valoración en clave del criterio de “*prohibición de exceso*”¹⁰⁴.

En suma, el régimen de inferencias razonables establece en su marco de finalidades un obstáculo adicional a la verificación judicial de los motivos fundados. Se trata de referencias heterogéneas que van desde la inferencia de autoría y

de sospechas previa a la sospecha inicial procesal-penal son obvias: la revaloración policial de la criminalidad demostrada en estudios criminológicos adquiere nueva cualidad, pues la policía sienta ‘proactivamente’ los puntos básicos de la investigación de forma completamente autónoma y, en ocasiones, hasta origina delincuencia – a través de la *provocación del hecho* –.” (p. 169 con más referencias - énfasis original -).

- 102 Un análisis dogmático de la sospecha (*Tatverdacht*) - como concepto análogo a los motivos fundados- y su relación frente a la presunción de inocencia (*Unschuldvermutung*) véase SCHULZ, LORENZ, *Normiertes Misstrauen: der Verdacht im Strafverfahren*, cit., pp. 129-155, 475-507; Para un análisis en el escenario de la lucha contra la criminalidad organizada en Alemania de los rendimientos en materia de protección judicial de derechos al frente de medidas con alta injerencia en los mismos véase BERNHARD PAA, *Der Zugriff der Strafverfolgungsbehörden auf das Private im Kampf gegen schwere Kriminalität*, München, C.F. Müller, 2013, pp. 103 y ss., 135 y ss., 168 y ss., 192 y ss., 203 y ss., 216 y ss., 235 y ss.
- 103 En este ámbito existe una amplia literatura cuestionando la legitimación y eficacia de medidas con alta injerencia en derechos fundamentales. Así, por ejemplo, sobre el déficit de legitimación de las investigaciones online véase DIANA KOHLMANN, *Online-Durchsuchungen und andere Maßnahmen mit Technikeinsatz*, cit., pp. 214 y ss.; Crítica de la eficiencia de las interceptaciones de comunicaciones en el proceso penal alemán CLAUDIA DORSCH, *Die Effizienz der Überwachung der Telekommunikation nach den §§ 100^a, 100b StPO*, Duncker & Humblot, Berlin, 2005, pp. 309 y ss.; Para una crítica del agente encubierto en Alemania (*V-Leute*) véase SIRI ANN DOKA, *Die Kontrolle von Vertrauenspersonen im Strafprozess*, Hamburg, Kovač, 2008, pp. 215 y ss., quien desde una investigación empírica demuestra que la ejecución de dicha medida es excepcionalmente controlada por el fiscal o el juez de la investigación y que se realiza bajo las reglas y el secreto de la policía; En el ámbito hispanohablante, una importante crítica de la figura del agente encubierto como medio extraordinario para la “lucha” contra la criminalidad organizada puede verse en FLÁVIO CARDOSO PEREIRA, *Agente encubierto como medio extraordinario de investigación: perspectivas desde el garantismo procesal penal*, Bogotá, Ibañez, 2013, pp. 389 y ss., 441 y ss.
- 104 En ese sentido y con relación a las medidas de seguimiento pasivo véase ÓSCAR JULIÁN GUERRERO PERALTA, *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal*, cit., p. 138.

participación hasta supuestos de normalización de expectativas de seguridad, percepciones de peligro o miedos colectivos¹⁰⁵ En otras palabras, los cálculos que se exige desprender del análisis de motivos fundados articulan la interacción entre expectativas de seguridad y garantías estatales. La apertura a referencias político-criminales difusas restringe los ejercicios de protección judicial de los perseguidos penalmente, pues las justificaciones traspasan el margen de definición judicial de responsabilidades individuales y, con ello, el imperativo de concreción y determinabilidad de los motivos de una medida de investigación.

2.2 ¿Efectivo control judicial de los motivos fundados?

2.2.1 Dominio policial de la determinación de los motivos fundados

El reducido potencial de control que poseen los motivos fundados como noción jurídica indeterminada, se ve aún más limitado si se tiene en cuenta que la definición de lo que es un motivo fundado esta cruzada por el *dominio policial y fiscal* de, por lo menos, dos elementos esenciales del proceso de determinación de dicho concepto. Por un lado, un monopolio de la definición del conjunto articulado de hechos (situación objetiva) a partir de los cuales se constituye un motivo fundado. Por otro lado, por el dominio de los elementos materiales probatorios con los cuales se respalda dicha situación objetiva y a partir de lo cual se desprende la inferencia razonable exigida para cada medida investigativa. Este escenario toma cuerpo especialmente en el marco de la ejecución de medidas investigativas con control posterior, en las cuales se asegura al fiscal y a la policía una reserva de intervención flexible, muchas veces activadas a partir de ponderaciones preventivo-policiales.

La situación fáctica-objetiva es construida en gran medida de manera *unilateral* por la fiscalía y la policía judicial. Ello es normativamente posible en todos aquellos casos en que la FGN debe llevar de oficio una investigación penal (Art. 66 CPP), lo cual se concreta en la práctica judicial en los supuestos en los que la fiscalía *selecciona* estratégicamente la información con que respalda sus solicitudes y la presenta de forma *incompleta y tácticamente orientada* a lograr autorizaciones o confirmaciones por parte del JCG¹⁰⁶. Esto conlleva a que el JCG tome decisiones no

105 En ese sentido, también se destaca en Alemania la actual dogmática y evolución funcional de la sospecha, véase BENNO ZABEL, “Dogmatik und Funktionswandel des Tatverdachts”, cit., p. 346 con más referencias.

106 Este es uno de los problemas más denunciados en los sistemas con control judicial posterior de actividades de investigación penal. Véase JANIQUE BRÜNING, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, Baden-Baden, Nomos, 2005, p. 222, acerca del proceso de confirmación de la fase de investigación penal en Alemania (*Bestätigungsverfahren*).

sobre la base de los factores relevantes de ponderación, sino desde fundamentos definidos unilateralmente por el órgano de persecución penal. Este tipo de situaciones son mucho más previsibles en las audiencias reservadas y justificadas tanto por el Art. 155 CPP como por el 237 CPP. Estos supuestos no son descartables, incluso a pesar de la sentencia C-637 de 2005, pues se restringe de entrada – aunque no se excluye – la participación efectiva de los investigados y sus defensores. A ello se suma, que por vía jurisprudencial se tolera cierta reserva de los datos de los informantes (véase *supra* 1.3.1.).

La unilateralidad en la determinación de los fundamentos de decisión del JCG, también se ha instalado en nuestro sistema procesal penal por medio del redimensionamiento del *principio de investigación integral* como límite funcional del trabajo de la fiscalía¹⁰⁷. En tanto ha hecho carrera aquella doctrina según la cual las competencias de la Fiscalía se circunscriben “al recaudo del material de convicción necesario para formular la acusación contra el imputado”¹⁰⁸, parece encontrarse justificado el *secretismo* en torno a los elementos materiales probatorios obtenidos por la fiscalía pero que puedan ser favorables al imputado¹⁰⁹. En ese sentido, la génesis de lo que es un motivo fundado y la fundamentación de múltiples injerencias en derechos fundamentales del investigado quedan reducidas a la discrecionalidad de la fiscalía y la policía judicial¹¹⁰. El hecho de que ello sea así pareciera estar determinado por la necesidad estructural de que el ejercicio de las funciones por parte del juez se haga dentro de determinados límites de tolerancia, para que no entorpezca aquellas esferas donde las necesidades del sistema policial de investigación lleguen a ser resueltas a costa de la desconexión con los compromisos que, en materia de libertades y derechos, se derivan del modelo constitucional¹¹¹.

107 Véase JAIME BERNAL CUELLAR/EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT *El proceso penal. T. II*, cit., pp. 71 y ss.

108 Corte Constitucional, C-396 de 2007, M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA, num. II. 26.

109 Así lo denuncian JAIME BERNAL CUELLAR/EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT *El proceso penal. T. II*, cit., quienes reclaman que a pesar de la postura de la Corte Constitucional la búsqueda de la verdad construida entre Fiscalía y defensa exige necesariamente realizar la investigación de forma integral (p. 72).

110 Véase PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ, “El papel de la justicia penal en el estado de la crisis”, en *Jueces para la Democracia. Información y Debate* N. 10, Madrid, Sep. /1990, p. 35. También lo ha dicho LUIGI 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.” (“Jurisdicción y democracia”, en *Jueces para la Democracia. Información y Debate* N. 29, Madrid, Jul. /1997, p. 4).

111 Esta repotenciación del poder punitivo, y la minimización de la función judicial como límite, toma forma muy visible en lo que se ha dado en llamar el subsistema preventivo policial. Al respecto véase

En la desconexión entre JCG y órganos de investigación penal podrían encontrarse, también, serias razones para la consolidación de dicha autonomía “policial-fiscal” durante la fase de investigación. Un factor determinante para que ello sea así es, también, el *deficiente acceso del funcionario de investigación al JCG y del ciudadano común a la administración de justicia*, sobre todo en zonas donde no existe la presencia de la judicatura¹¹². Si bien con la implementación del sistema procesal penal acusatorio se ha intentado asegurar una permanente disponibilidad del JCG, tal como lo ha exigido la misma Corte Constitucional para justificar la activación de competencias excepcionales de la FGN¹¹³, lo cierto es que no existen indicaciones concretas para la configuración de un sistema amplio de acceso al JCG. A estos vacíos responden, por ejemplo, las constantes denuncias ante la ausencia de jueces para la función de control de garantías¹¹⁴.

in extenso LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trota, 6ª ed., 2004, pp. 763 y ss.

- 112 Véase CORPORACIÓN EXCELENCIA EN LA JUSTICIA (CEJ), *Lineamientos de política pública en materia de acceso a la justicia a partir de un estudio de necesidades jurídicas insatisfechas*, Bogotá, CEJ, 2009, p. 2 y ss. (Disponible en http://www.cej.org.co/files/DOCS_POLITICA_PUBLICA_Y_ACCESO_A_LA_JUSTICIA_1.pdf última visita 30.09.2014); también CAMILO CASTILLO/MAURICIO GARCÍA VILLEGAS/ SOLEDAD GRANADA/ADRIANA VILLAMARÍN, “La justicia en zonas de conflicto armado”, en GARCÍA VILLEGAS (ed.), *Jueces sin Estado. La justicia colombiana en zonas de conflicto*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores et al., 2008, pp. 165 y ss.
- 113 Véase C-185 de 2008, M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, cit. donde se mencionan las siguientes posibilidades para que siempre haya un juez de control de garantías competente: “La Ley 1142 de 2007 en su artículo 3, estableció varias reglas que garantizan que siempre haya un juez de control de garantías jurídicamente disponible. En efecto: a) señaló como regla general de competencia del juez de control de garantías, al juez penal municipal del lugar de comisión de los hechos (inciso 1, artículo 3, Ley 1142 de 2007); b) fijó turnos previamente definidos en los municipios donde haya más de un juez penal municipal competente para ejercer la función de control de garantías (inciso 2, artículo 3, Ley 1142 de 2007); c) admitió la competencia territorial del juez penal municipal con funciones de control de garantías del lugar donde se produce la aprehensión o del lugar donde se realice la reclusión por razones de urgencia, cuando no haya juez de control de garantías en el lugar de comisión del delito (inciso 3, artículo 3, Ley 1142 de 2007); d) en caso de ausencia de jueces penales municipales, asignó funciones de control de garantías a jueces municipales de otras especialidades (inciso 3, artículo 3, Ley 1142 de 2007); e) permitió que las funciones de control de garantías sean ejercidas por un juez municipal de cualquier especialidad ubicado en el municipio más cercano, cuando el juez penal municipal con funciones de control de garantías del lugar de comisión del delito se encuentre impedido (inciso 4, artículo 3, Ley 1142 de 2007); f) creó jueces de control de garantías ambulantes en lugares de difícil acceso (parágrafo 3, artículo 3, Ley 1142 de 2007).” A esto debe añadirse que el artículo 48 de la ley 1453 de 2011 introdujo nuevas modificaciones a la materia y ordenó que la función de control de garantías sea ejercida por cualquier juez penal municipal.
- 114 Véase CEJ, *Balance de los primeros cinco años de funcionamiento del sistema acusatorio en Colombia*, Bogotá, CEJ, 2010, p. 136; Ante el reducido marco de recomendaciones a nivel colombiano, debe decirse que propuestas como la jornada de servicio continuo no representaría un criterio

Una constancia de los problemas de acceso al control de garantías es visible con la introducción del *JCG ambulante*. Tal como lo dispone el art. 39 parágrafo 3 del CPP, esta figura intenta suplir la deficiente disponibilidad del JCG en “los sitios donde sólo existe un juez municipal o cuando se trate de un lugar en el que el traslado de las partes e intervinientes se dificulte por razones de transporte, distancia, fuerza mayor o en casos adelantados por la Unidad Nacional de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación o en los que existan problemas de seguridad de los funcionarios”. Con ello se busca privilegiar ante todo la *celeridad y eficiencia a la administración de justicia* y evitar riesgos y dificultades a las partes e intervinientes. Así lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia, advirtiendo que lo que se busca es que el JCG “intervenga dentro del menor tiempo posible, tendiente a sortear las muchas dificultades que por razón de la carencia de jueces y fiscales, limitaciones geográficas y condiciones de seguridad, dificultan la posibilidad material de que en todo los casos los indiciados sean presentados, de manera inmediata, ante el juez de control de garantías con asiento en el lugar de los hechos”¹¹⁵.

Las respuestas frente a la limitada disponibilidad del JCG parecieran privilegiar la distribución y organización de los mismos, en la idea de asegurar la *eficacia de la administración de justicia*¹¹⁶. Una constancia de esta orientación político-procesal podría encontrarse en las modificaciones al factor de competencia territorial introducidas por el Art. 48 de la Ley 1453 de 2011. En tanto cualquier juez penal municipal puede ejercer función de control de garantías, el acceso y la determinación sobre quién controla se somete así a un criterio abierto, es decir, pareciera que puede ser una decisión discrecional del fiscal. Esta posibilidad de definición del juez competente recrea lo que en el fondo sería sólo un nido de connivencias entre JCG y fiscales. El capricho del fiscal podría estar, incluso, legitimado si se tiene en cuenta que la misma Ley 1453 de 2011 autoriza el control de garantías por cualquier Juez municipal, sin importar su especialidad, en los casos en que no existe Juez

determinante para decidir sobre la activación de competencias excepcionales, sin embargo si podría reducir significativamente el ejercicio de las mismas, tal como lo reconoce la doctrina comparada, véase JANIQUE BRÜNING, *Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, cit., p. 222.

115 Corte Suprema de Justicia, Auto del 16 de febrero de 2011, Radicado 35704, M. P. JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS, Consideraciones.

116 Así lo reconoce la Corte Suprema de Justicia, Auto del 16 de febrero de 2011, Radicado 35704, M. P. JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS, cit., cuando dice “En efecto, estudiada la norma en su integridad como actualmente está redactada, ésta únicamente señala que para efectos de distribución y organización, en orden a la *eficacia de la administración de justicia*, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, indicará qué despachos judiciales cumplirán la función de control de garantías y cuáles de juzgamiento, sin que de ninguna manera la norma señale que la competencia del juez de control de garantías viene delimitada por el factor territorial”. (énfasis fuera de texto).

penal municipal o concurra causal de impedimento del único funcionario disponible. Con el juego de competencias y especialidades pareciera alimentarse un control formalmente *instrumental* y subordinado a la necesidad y pautas del fiscal y la policía, resignando la figura del JCG como un juez guardián de derechos fundamentales.

2.2.2 La insuficiencia evaluativa de los actos de investigación

A la relajación de la supervisión judicial a los fundamentos de las injerencias en derechos fundamentales durante la fase de investigación penal contribuyen problemas logísticos y de ejecución del modelo procesal penal, los cuales se presentan en dos niveles diferentes. Por un lado, las *deficiencias propiamente logísticas y de infraestructura* que impiden un involucramiento más inmediato del JCG frente a la práctica de diligencias por parte de la FGN. Por otro lado, se vienen consolidando ciertas *prácticas procesales* en el desarrollo de las audiencias de control que obstaculizan una verificación más concreta y eficiente del JCG a las actuaciones de la fiscalía.

Respecto a los problemas logísticos y de infraestructura, los diferentes informes y balances sobre el funcionamiento del sistema penal acusatorio indican, primero, que el “impulso que han tenido algunos procesos no provenientes de flagrancias ha derivado en aumento del número de audiencias públicas realizadas y con ellas se han hecho más notorios y críticos los problemas relacionados con su gestión”¹¹⁷. Esta situación encuentra sus causas en problemas como la falta de coordinación entre intervinientes, que afecta especialmente a los defensores públicos a quienes se les convoca, incluso, a una misma hora a diferentes audiencias¹¹⁸. Asimismo, existen grandes deficiencias en el traslado de detenidos a las audiencias debido al déficit de personal y recursos del INPEC¹¹⁹. Segundo, existen importantes problemas de recursos e infraestructura. Los mismos son visibles en el déficit de salas de audiencias o la falta de laboratorios para la administración de específicos elementos materiales probatorios. Adicional a lo anterior es ampliamente denunciado el déficit de herramientas esenciales para los diferentes operadores del sistema¹²⁰.

117 CEJ, *Balance de los primeros cinco años de funcionamiento del sistema acusatorio en Colombia*, Bogotá, cit., p. 11.

118 CEJ, *ibid.*, p. 11.

119 CEJ, *ibid.*, p. 12.

120 Según la CEJ, muchos operadores no disponen de computadores, impresoras, conexión a internet, suplementos de oficina, etc. Se denuncia, incluso, que “no es extraño encontrar seccionales en las que los funcionarios tienen que hacer colectas para hacer reparaciones locativas (¡incluso de los baños que usan!), para trasladar carpetas de un lugar a otro o para comprar los cartuchos de las impresoras” (*supra* nota 114, p. 13).

En relación a las prácticas procesales en el desarrollo de las audiencias, se cuestionan algunos vicios de las intervenciones de las partes¹²¹. Así, por ejemplo, se señala la excesiva retórica, la falta de precisión en las solicitudes y argumentos de las partes o la discusión de temas que no son objeto de la audiencia¹²². Las evaluaciones al funcionamiento del sistema acusatorio han denunciado la persistencia en “algunos despachos de segunda instancia de realizar la transcripción de las audiencias surtidas en la primera, lo cual claramente genera tiempos para los funcionarios y retrasa la adopción de la decisión”¹²³. A ello se suma que los jueces que actúan en funciones de control de garantías *no disponen del suficiente tiempo o conocimiento* para evaluar, de forma rigurosa, las solicitudes de autorización, razón por la cual en muchos casos el JCG acepta, palabra por palabra, la fundamentación de la FGN¹²⁴. La resignificación del principio de oralidad (Art. 13 CPP), que brinda capacidad realizativa a otros límites del poder punitivo (contradicción, intermediación y publicidad) flexibiliza a su vez el control racional a las prácticas de la fiscalía y policía. En medio del énfasis dado a los formatos, actas, intervenciones y comunicaciones escritas, parece que la estructura procedimental se despersonaliza de la verificación crítica a través de la oralidad y queda sintetizada como una práctica burocrática y paquidérmica¹²⁵.

En esos términos, las prácticas propias de las audiencias de control no representan ni una condición de seguridad jurídica ni indemnidad personal. En efecto, la relajación de las máximas que aseguran una metodología falsacionista

121 En el caso de la FGN, especialmente se denuncia una deficiente nivel de gestión y amplios problemas de estrategia de investigación penal. Véase COMISIÓN ASESORA DE POLÍTICA CRIMINAL, *Informe Final. Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano*, Bogotá, El Autor, 2012, pp. 48 y ss.

122 Sobre la incertidumbre cognoscitiva del debate probatorio ante el JCG y con referencia a la audiencia de formulación de imputación véase JAIME GRANADOS PEÑA, “Breves reflexiones sobre la afectación de las garantías fundamentales en la formulación de imputación”, en *Derecho penal contemporáneo* 41 (Oct.-Dic. 2012), Bogotá, Legis, pp. 82 y ss.; MARÍA ISABEL ARANGO H., “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, pp. 231-242

123 CEJ, *Balance de los primeros cinco años de funcionamiento del sistema acusatorio en Colombia*, Bogotá, cit., p. 13.

124 Véase CEJ, *ibid.*, pp. 115 y ss.

125 Este aspecto ha sido cuestionado en diferentes ámbitos de opinión. Véase CEJ, “¿Sistema penal aplazatorio?”, en *La República* 08.09.2014, disponible en http://www.larepublica.co/%C2%BFsistema-penal-aplazatorio_165131 (Última visita 30.09.2014); asimismo FERNANDO VELÁSQUEZ, “Sistema penal acusatorio e injusticia”, en *El Colombiano*, 12.12.2013 disponible en http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/S/sistema_penal_acusatorio_e_injusticia/sistema_penal_acusatorio_e_injusticia.asp (Última visita 30.09.2014).

de tendencia acusatoria¹²⁶, 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-burocrático*, 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. Las deficiencias logísticas, estructurales y las inherentes a las prácticas de los intervinientes en las audiencias, representan una técnica de vaciamiento de las garantías fundamentales que se refuerza, incluso, por la indeterminabilidad de las denotaciones fácticas y jurídicas que sostienen la prognosis del juez (generalizaciones y prejuicios como terrorista, peligroso, drogadicto, ratero, etc.) como criterio para el control a las actuaciones preliminares.

Conclusiones

Si bien la exigencia de motivación de las injerencias en derechos fundamentales durante la fase de investigación es acogida en el ordenamiento procesal penal colombiano tanto a nivel constitucional (Art. 250 inc. 1 CN) como en el CPP (Ley 906 de 2004), no hay una definición legal de dicha noción. A pesar de ello, existen diferentes acercamientos desarrollados por la Corte Constitucional desde la sentencia C-024 de 1994 que permiten una conceptualización de la noción motivos fundados. Además, en razón de la promulgación del Acto Legislativo 03 de 2002 y su desarrollo por medio de la Ley 906 de 2004 se logra una valoración más detallada sobre el fundamento y límites de dicho concepto, es decir, sobre aspectos esenciales como la finalidad, la necesidad de concreción, precisión y determinación, el respaldo probatorio y el control de legalidad por el JCG a los motivos fundados.

A pesar de estos puntos, la constitución de una doctrina de los motivos fundados se ve limitada ante la ausencia de contenidos respecto del alcance de los grados de motivación definidos en el CPP, el alcance de principios como el de contradicción, publicidad, oralidad e intermediación en la construcción de la motivación, así como una interpretación sistemática de las finalidades de las inferencias razonables a las que deben conducir los motivos fundados. De esta manera, puede decirse que no existen parámetros estrictos que determinen todos los aspectos de la fundamentación de medidas de investigación.

126 Sobre la justificación falsacionista del modelo proceso penal acusatorio véase LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, cit., pp. 537 y ss.

La inexistencia de parámetros estrictos para la comprensión y tratamiento de los motivos fundados, abre las puertas a la discrecionalidad de la FGN en la fundamentación y ejecución, especialmente, de medidas que no requieren orden judicial previa. A lo anterior contribuyen diferentes problemas relativos al tratamiento y control de los motivos fundados, es decir, a la motivación de las diligencias de investigación. Por un lado, es cuestionable la limitación al derecho de defensa por medio de la restricción de la contradicción a las diligencias del fiscal en la indagación preliminar. Por otro lado, de la mano de las restricciones al derecho de defensa, también es dudosa la legitimación que se ha consolidado en la jurisprudencia de la Corte del secreto presumarial (carácter reservado) de las audiencias de control a las medidas que no requieren autorización judicial previa.

Una corrección a este escenario por medio de la verificación judicial a la motivación de las medidas de investigación resulta también restringida. En primer lugar porque está fundada en un análisis probabilístico orientado por unas reglas de actuación cuyo estatus lógico-cognoscitivo es generalmente incierto y contaminado por el contexto cultural policial-burocrático. Si bien los motivos fundados son producto de una construcción judicial, la base normativa y cognitiva a partir de la cual se determinan los mismos se relaciona cada vez más con la ponderación de las necesidades de estabilización normativa y expectativas de seguridad. A ello se suma que las deficiencias logísticas, estructurales y las inherentes a las prácticas de los intervinientes en las audiencias, se vienen consolidando como una técnica de vaciamiento de las garantías de protección judicial implícita al control del JCG. Ello se refuerza, incluso, por la indeterminabilidad de las denotaciones fácticas y jurídicas que sostienen la prognosis del juez (generalizaciones y prejuicios como terrorista, peligroso, drogadicto, ratero, etc.) como criterio para el control a las actuaciones preliminares.

Bibliografía

- AMBOS, KAI, “Control de la policía versus dominio policial de la instrucción”, en *Derecho Penal Contemporáneo* 1 (Oct.-Dic. 2002), Bogotá, Legis, pp. 149 y ss.
- 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, pp. 849-851.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, PERFECTO, “El papel de la justicia penal en el estado de la crisis”, en *Jueces para la Democracia. Información y Debate* N. 10, Madrid, Sep. /1990, p. 35.
- APONTE CARDONA, ALEJANDRO DAVID, *Captura y medidas de aseguramiento: El régimen en la nueva estructura procesal penal de Colombia*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2006.
- APONTE CARDONA, ALEJANDRO DAVID, *Guerra y derecho penal de enemigo: reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo*, Bogotá, Ibáñez, 2006.
- APONTE CARDONA, ALEJANDRO DAVID, *Manual para el juez de control de garantías en el sistema acusatorio penal* 2ª Edición, 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, pp. 231-242
- BERNAL CUELLAR, JAIME/MONTEALEGRE LYNETT, EDUARDO, *El proceso penal. Tomo I: Fundamentos constitucionales y Teoría General*, 6ª Edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.
- BERNAL CUELLAR, JAIME/MONTEALEGRE LYNETT, EDUARDO, *El proceso penal. Tomo II: Estructura y Garantías Procesales*, 6ª Edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.
- CALLE CALDERÓN, ARMANDO LUIS, “Acerca de la reforma procesal penal. Una primera aproximación”, en *Nuevo Foro Penal – NFP* -, Medellín, EAFIT, N. 67, Ene-Jun 2005, pp. 145-175.
- CALLE CALDERÓN, ARMANDO LUIS, “Fundamentación político-constitucional del debido proceso”, en *Nuevo Foro Penal*, Medellín, Temis, N. 63, 2000, pp. 3–28.
- CAMARGO, PEDRO PABLO, *El debido proceso*, Bogotá, Leyer, 2002.
- CARDOSO PEREIRA, FLÁVIO, *Agente encubierto como medio extraordinario de investigación: perspectivas desde el garantismo procesal penal*, Bogotá, Ed. Ibáñez, 2013.

- CASTILLO, CAMILO / GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO / GRANADA, SOLEDAD / VILLAMARÍN, ADRIANA, "La justicia en zonas de conflicto armado", en GARCÍA VILLEGAS (ed.), *Jueces sin Estado. La justicia colombiana en zonas de conflicto*, Bogotá: Siglo del Hombre Editores et al., 2008, pp. 165 y ss.
- COMISIÓN ASESORA DE POLÍTICA CRIMINAL, *Informe Final. Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano*, Bogotá, El Autor, 2012.
- CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, *El rol de los jueces y magistrados en el sistema penal acusatorio colombiano*, Bogotá, USAID-CSJ, 2005.
- CORPORACIÓN EXCELENCIA EN LA JUSTICIA (CEJ), *Balance de los primeros cinco años de funcionamiento del sistema acusatorio en Colombia*, Bogotá, CEJ, 2010.
- CORPORACIÓN EXCELENCIA EN LA JUSTICIA, *Lineamientos de política pública en materia de acceso a la justicia a partir de un estudio de necesidades jurídicas insatisfechas*, Bogotá, CEJ, 2009.
- DEITERS, MARK, *Legalitätsprinzip und Normgeltung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006.
- DOKA, SIIRI ANN, *Die Kontrolle von Vertrauenspersonen im Strafprozess*, Hamburg, Kovač, 2008.
- DORSCH, CLAUDIA, *Die Effizienz der Überwachung der Telekommunikation nach den §§ 100^a, 100b StPO*, Duncker & Humblot, Berlin, 2005.
- EBERT, ANDREAS, *Der Tatverdacht im Strafverfahren unter spezieller Berücksichtigung des Tatnachweises im Strafbefehlsverfahren*, Frankfurt am Main, Lang, 2000.
- FERNÁNDEZ LEÓN, WHANDA, *Procedimiento penal acusatorio y oral. Una reflexión crítica sobre la Reforma Constitucional de 19 de diciembre de 2002 y la Ley 906 de 2004, nuevo CPP*, Bogotá, Ediciones del Profesional, 2005.
- FERRAJOLI, LUIGI, "Jurisdicción y democracia", en *Jueces para la Democracia. Información y Debate* N. 29, Madrid, Jul. /1997, p. 4.
- FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 6^a Edición, 2004.
- FINCKE, MARTIN, „Zum Begriff des Beschuldigten und den Verdachtsgraden“, en *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft – ZStW* - 95 (1983), pp. 919 y ss.
- GLESS, SABINE, "Rechtsvergleichender Querschnitt und rechtspolitische Bemerkungen", en Gless, Sabine/Grote, Rainer/Heine, Günter (Eds.), *Justitielle Einbindung und Kontrolle von Europol, Rechtsvergleichendes Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz*, Freiburg i. Br. 2001, pp. 645-695.

- GRANADOS PEÑA, JAIME, “Breves reflexiones sobre la afectación de las garantías fundamentales en la formulación de imputación”, en *Derecho Penal Contemporáneo – DPC* -41 (Oct.-Dic. 2012), Bogotá, Legis, pp. 82 y ss.
- GUERRERO PERALTA, OSCAR JULIÁN, “El juez de control de garantías”, en *Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal. Los grandes desafíos del juez penal Colombiano*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2004, pp. 163-214.
- GUERRERO PERALTA, OSCAR JULIÁN, *El control de garantías como construcción de una función jurisdiccional*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2006.
- GUERRERO PERALTA, OSCAR JULIÁN, *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal* 2ª Edición, Bogotá, Ediciones nueva jurídica, 2007.
- KOHLMANN, DIANA, *Online-Durchsuchungen und andere Maßnahmen mit Technischeinsatz, Bedeutung und Legitimation ihres Einsatzes im Ermittlungsverfahren*, Baden-Baden, Nomos, 2012.
- KÜHNE, HANS-HEINER, *Strafprozessrecht: eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrens* 8ª Edición, Heidelberg, Müller, 2010.
- LOHNER, ERWIN, *Der Tatverdacht im Ermittlungsverfahren: Begriff, rechtliche Ausgestaltung, praktische Handhabung und Kontrolle am Beispiel der polizeilichen Verdachtsfeststellung*, Frankfurt am Main, Lang, 1994.
- MARTÍNEZ RAVE, GILBERTO, *Procedimiento penal colombiano*, Bogotá, Temis, 2002.
- 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, pp. 69-117.
- MOLINA ARRUBLA, CARLOS MARIO, *Fundamentos de derecho procesal penal*, Bogotá, Leyer, 2002.
- MOLINA LÓPEZ, RICARDO, *La conformidad en el proceso penal*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, Universidad de los Andes-Universidad Pontificia Bolivariana, 2012.
- MORALES TÁMARA, MANUEL ALBERTO, *La investigación encubierta con fines judiciales como técnica especial de investigación: análisis constitucional y legal desde la perspectiva de la teoría de la prevención general positiva*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.
- PAA, BERNHARD, *Der Zugriff der Strafverfolgungsbehörden auf das Private im Kampf gegen schwere Kriminalität*, München, C.F. Müller, 2013.
- PAVA LUGO, MAURICIO, *La defensa en el sistema acusatorio*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2009.
- PRIETO VERA, ALBERTO JOSÉ, *Régimen de libertad en el sistema acusatorio colombiano (Ley 906 de 2004)*, Bogotá, Defensoría del Pueblo, 2006.

- RESTREPO MEDINA, MANUEL ALBERTO, *El comiso: Análisis sistemático e instrumentación cautelar*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2007.
- RIVERA LOAIZA, JULIÁN, "El Juez de Garantías ¿La dimensión más transparente de la justicia?", en *Revista de Derecho Penal*, Bogotá, Leyer, N. 40, pp. 121-160.
- ROXIN, CLAUS/SCHÜNEMANN, BERND, *Strafverfahrensrecht: ein Studienbuch*, 27ª Edición, München, Beck, 2012.
- SÁNCHEZ MARTÍNEZ, GERMÁN ANDRÉS, *Captura sin flagrancia y sin orden judicial. "Captura administrativa"*, Bogotá, Leyer, 2003.
- SCHULZ, LORENZ, *Normiertes Misstrauen: der Verdacht im Strafverfahren*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2001.
- STEINBERG, GEORG, „Verdacht als quantifizierbare Prognose?“, en *Juristische Zeitung – JZ - 21/2006*, pp. 1045-1049.
- SUÁREZ SÁNCHEZ, ALBERTO, *El debido proceso penal* 2ª Edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.
- URBANO MARTÍNEZ, JOSÉ JOAQUÍN, *Nueva estructura probatoria del proceso penal*, Bogotá, Ediciones jurídicas Andrés Morales, 2011.
- VÉLEZ OSORIO, LUIS GONZAGA, *Otra cara del sistema acusatorio colombiano: menosprecio de la libertad personal y autoritarismo penal*, Medellín, Universidad de Antioquia, 2012.
- VOLK, KLAUS/ENGLÄNDER, ARMIN, *Grundkurs StPO* 8ª Edición, München, Beck, 2013.
- ZABEL, BENNO, "Dogmatik und Funktionswandel des Tatverdachts", en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik – ZIS - 7-8/2014*, pp. 340-347.
- ZAPATA BETANCUR, CARLOS MARIO, *Las audiencias del nuevo sistema penal acusatorio*, Medellín, Señal Editora, 2ª Edición, 2007.
- ZULUAGA TABORDA, JOHN E, "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, pp. 133-165.
- 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* Nr. 4, Göttingen, Ene-Jun 2013, pp. 23 y ss.

Jurisprudencia de la Corte Constitucional analizada

Sentencia	Fecha	Magistrado Ponente
C-150	22.04.1993	Fabio Morón Díaz
C-412	28.09.1993	Eduardo Cifuentes Muñoz
C-024	27.01.1994	Alejandro Martínez Caballero
C-179	13.04.1994	Carlos Gaviria Díaz
C-270	09.06.1994	Hernando Herrera Vergara
C-327	10.07.1997	Fabio Morón Díaz
C-475	25.09.1997	Eduardo Cifuentes Muñoz
T-181	23.03.1999	Fabio Morón Díaz
C-1711	12.12.2000	Carlos Gaviria Díaz
C-251	11.04.2002	Eduardo Montealegre Lynett/Clara Inés Vargas Hernández
C-580	31.07.2002	Rodrigo Escobar Gil
C-805	01.10.2002	Manuel José Cepeda Espinosa/Eduardo Montealegre Lynett
C-033	28.01.2003	Eduardo Montealegre Lynett
C-1092	19.11.2003	Álvaro Tafur Galvís
C-013	20.01.2004	Marco Gerardo Monroy Cabra
C-970	07.10.2004	Rodrigo Escobar Gil
C-1039	22.10.2004	Álvaro Tafur Galvís
C-592	09.06.2005	Álvaro Tafur Galvís
C-334	04.04.2005	Clara Inés Vargas Hernández
C-673	30.06.2005	Clara Inés Vargas Hernández
C-591	09.06.2005	Clara Inés Vargas Hernández
C-799	02.08.2005	Jaime Araújo Rentería
C-822	10.08.2005	Manuel José Cepeda Espinosa
C-1154	15.11.2005	Manuel José Cepeda Espinosa
C-1194	22.11.2005	Marco Gerardo Monroy Cabra
C-1260	05.12.2005	Clara Inés Vargas Hernández
C-789	20.09.2006	Nilson Pinilla Pinilla
C-176	14.03.2007	Marco Gerardo Monroy Cabra
C-210	21.03.2007	Marco Gerardo Monroy Cabra
A-089	18.04.2007	Rodrigo Escobar Gil
C-336	09.05.2007	Jaime Córdoba Triviño
C-396	23.05.2007	Marco Gerardo Monroy Cabra
C-185	27.02.2008	Manuel José Cepeda Espinosa
C-186	27.02.2008	Nilson Pinilla Pinilla.
C-740	23.07.2008	Jaime Araujo Rentería
C-025	27.01.2009	Rodrigo Escobar Gil
C-131	24.02.2009	Nilson Pinilla Pinilla
C-806	11.11.2009	María Victoria Calle Correa
C-334	12.05.2010	Juan Carlos Henao Pérez
C-127	02.03.2011	María Victoria Calle Correa
T-508	30.06.2011	Jorge Iván Palacio