

Bibliografía

Una reseña de Zuluaga, John. Der richterliche Rechtsschutz bei Grundrechtseingriffen. Eine rechtsvergleichende Analyse. Berlin:

Duncker & Humboldt, 2023

"La protección judicial ante injerencias en derechos fundamentales. Un análisis de derecho comparado"

JHASLEN RICARDO RAMÍREZ-LEMUS

RAMÍREZ-LEMUS, JHASLEN RICARDO, "Una reseña de Zuluaga, John. Der richterliche Rechtsschutz bei Grundrechtseingriffen. Eine rechtsvergleichende Analyse. Berlin: Duncker & Humboldt", 2023, *Nuevo Foro Penal*, 103, (2024)

**Una reseña de Zuluaga, John.
Der richterliche Rechtsschutz
bei Grundrechtseingriffen. Eine
rechtsvergleichende Analyse. Berlin:
Duncker & Humboldt, 2023.**

**La protección judicial ante injerencias en derechos
fundamentales. Un análisis de derecho comparado.**

A review of Zuluaga, John. Der richterliche Rechtsschutz bei Grundrechtseingriffen. Eine rechtsvergleichende Analyse. Berlin: Duncker & Humboldt, 2023.

The Judicial Protection against Interventions in Fundamental Rights. A Comparative Legal Analysis.

JHASLEN RICARDO RAMÍREZ-LEMUS*

Se presentará aquí noticia de la que fuese la tesis doctoral presentada por el profesor John Zuluaga a la Universidad de Gotinga en el semestre de invierno de 2016/2017 y que apareciese publicada como libro en alemán, para el año 2023, bajo el sello de la editorial berlinesa de Duncker & Humblot.

La obra se divide en dos grandes partes. A saber, una relativa a la contextualización del/la lector(a) frente al sistema colombiano de protección judicial

* Personero Delegado para asuntos penales en Medellín. Contacto: rijarl@hotmail.com

tratándose de procedimientos de investigación jurídico-penales, y otra centrada en los problemas que surgen de cara a la determinación de la antijuridicidad de una injerencia durante la investigación jurídico-penal.

La primera parte, de corte expositiva, se subdivide en cinco párrafos (§), siendo el primero introductorio de la obra y los cuatro restantes dedicados al pasado y presente del sistema procesal penal colombiano. En esta parte se ofrece al/la lector(a) el trasegar sociopolítico que ha influenciado a los distintos modelos de procedimiento penal en Colombia durante el siglo XX, para luego exponer el actual modelo, haciendo énfasis en los actos de investigación permitidos a la fiscalía y el papel que al respecto ejerce el/la juez(a) con funciones de control de garantías.

En el §2 presenta el trasfondo y desarrollo del procedimiento penal colombiano hasta 2002 desde un plano social y normativo. Zuluaga considera que el conflicto armado colombiano ha sido una variable que influye notoriamente en la estructura y objetivos de los distintos procedimientos penales colombianos. Para ello destaca cifras y distintas etapas del conflicto, amén de reseñar lo que fue durante larga data el recurso político-jurídico a los estados de excepción.

Así, como respuesta jurídico-procesal a la violencia, el autor repasa las orientaciones del estatuto de seguridad (decreto 1923 de 1978), distintas leyes procesales contra el tráfico de drogas (ley 17 de 1973, decreto 1188 de 1974, ley 30 de 1986), el estatuto de defensa de la democracia (decretos 180, 181 y 182 de 1988), la justicia especial de orden público (decreto 181 de 1988); y cierra con el estatuto para la defensa de la justicia (decreto 2790 de 1990).

A partir de ahí introduce un nuevo corte histórico con la aparición de la Constitución Política de 1991 y la subsiguiente aparición de procedimientos penales con el decreto 2700 de 1991, la ley 81 de 1993, la ley 600 de 2000 y la reforma constitucional de 2002.

En el §3 presenta el sistema vigente de la ley 906 de 2004. A este lo caracteriza a partir de objetivos institucionales y jurídico procesales. En cuanto a los primeros refiere el fortalecimiento de la función de investigación de la fiscalía y la descongestión de los juzgados. En cuanto a los segundos identifica la introducción de la figura del/la juez(a) de control de garantías que controlará, entre otros, la autorización para ordenar medidas coercitivas. Destaca también el principio acusatorio, el procedimiento público, oral, contradictorio y concentrado, la modificación del derecho de pruebas, así como la introducción del principio de oportunidad. Respecto de los actores, resalta el monopolio para el encausamiento de la investigación y de la acusación en cabeza de la fiscalía, materializándose así la separación que permite que la adjudicación quede en cabeza de los/las jueces(zas) de conocimiento.

Termina reseñando las tres etapas del proceso previsto por la ley 906 de 2004 como investigación (indagación e investigación), procedimiento intermedio (acusación-preparación) y el procedimiento principal (juicio oral).

En el §4 Zuluaga se centra en la figura del/la juez(a) de control de garantías. Para ello describe su concepto, organización, funciones y tareas, dentro de las cuales destaca los controles previos y posteriores a los actos de investigación dirigidos por la fiscalía. Además, recuerda que la tarea de este tipo de juez(a) no se agota en la evaluación de la idoneidad, necesidad y en general la proporcionalidad de la medida que afecta derechos fundamentales, sino también su admisibilidad y el fundamento material que les justifica.

A partir del §5 se introduce el autor en discusiones más concretas, como la relativa al control judicial posterior cuando se adelantan actos que afectan a la intimidad. En este apartado centra su atención en la configuración normativa y jurisprudencial de los registros y allanamientos (art. 219-232), la vigilancia de personas y cosas (arts. 239-240), el análisis e infiltración de organización criminal (art. 241), el agente encubierto (art. 242) y la entrega vigilada (art. 243).

En el §6 aborda Zuluaga la protección judicial posterior cuando se limita la inviolabilidad de las comunicaciones y cuando se afecta la libertad. En cuanto a las comunicaciones trata lo relativo a la retención de correspondencia (art. 233) y a la interceptación de comunicaciones (art. 235). En cuanto a la libertad, expone el tratamiento jurídico que en Colombia tiene la captura en situación de flagrancia (art. 302) y la que acaece por orden judicial esto es, tanto la autorizada por juzgado de control de garantías (art. 297), como la excepcional por orden de la fiscalía (art. 300). Llegado a este punto, el autor se detiene en la posibilidad de que, a excepción de orden de captura ordinaria, las demás injerencias en derechos fundamentales pueden llevarse a cabo por orden de la fiscalía, efectuándose con posterioridad el respectivo control del juzgado de garantías.

La segunda parte del libro se subdivide en cuatro párrafos (§), los cuales albergan las principales discusiones que al autor le merecen los “motivos fundados” en el ordenamiento jurídico colombiano, así como una introducción a la doctrina de la “sospecha de un hecho” «Tatverdacht» alemana, la presentación de un ejercicio comparativo entre las dos anteriores figuras y la formulación de una crítica general a la configuración legislativa de los “motivos fundados” en Colombia.

En el §7 Zuluaga centra su atención en el concepto de los “motivos fundados” como uno de los más importantes requisitos para justificar el despliegue de actos de investigación que injieren en derechos fundamentales. Luego de repasar la normativa

y jurisprudencia¹ colombiana sobre los “motivos fundados”, los describe en general como un presupuesto material que ha de ser soportado con medios de prueba y que dista de basarse en meras sospechas o simples convencimientos policiales.

Y en este punto se advierten los problemas a partir de los cuales girarán las principales discusiones y propuestas de la obra. Luego de repasar múltiples actos de investigación cuyo punto de partida ha de ser el de los “motivos fundados”, Zuluaga reflexiona críticamente sobre: (i) la carencia de criterios respecto de la gradación de la fundamentación «*Abstufung der Begründung*» de dichos “motivos fundados”, (ii) la falta de determinación del alcance jurídico «*Rechtsweite*» de principios tales como el de contradicción, publicidad, oralidad e inmediatez; y (iii) la ausencia de una interpretación sistemática acerca de los objetivos a los que debiesen conducir las conclusiones apoyadas² en “motivos fundados”.

Destaca además como se ha relativizado el principio de reserva judicial estricta para que la fiscalía no deba acudir previa sino posteriormente al/a juez(a) de garantías para controlar actos de investigación tales como los de registro y allanamiento, de incautación o la vigilancia de comunicaciones.

En el §8, el autor introduce un apartado comparativo con el sistema jurídico-penal alemán. Para ello expone la doctrina de la “sospecha de un hecho” «*Tatverdacht*», en virtud de la cual la fiscalía alemana puede desplegar medidas coercitivas en la fase de investigación. Así, Zuluaga expone cómo la doctrina alemana³ coincide en la existencia de una escala de tres grados de sospecha en el StPO⁴: (i) sospecha inicial «*Anfangsverdacht*», (ii) sospecha urgente «*dringender Verdacht*» y (iii) sospecha razonable «*hinreichender Verdacht*».

La sospecha inicial⁵ implica la existencia de indicios⁶ fácticos suficientes para

1 Para lo cual centró su análisis en las sentencias C-673 de 2005, C-822 de 2005, C- 336 de 2007, C-185 de 2008 y, en menor medida, la C-024 de 1994.

2 El autor utiliza la expresión «*Zwecke einer berechtigten Schlussfolgerung*», la cual podría ser traducida literalmente como “objetivos o fines de una conclusión justificada”. Con esta expresión hace referencia al estándar de probabilidad de éxito de cara al enjuiciamiento que debiese pretenderse en virtud de las conclusiones obtenidas a partir de motivos fundados y que, por ejemplo, pueden suscitar la activación de actos de investigación que injerieren en derechos fundamentales.

3 En este punto recurre principalmente a Lohner (1994), Ebert (2000), Schulz (2001), Steinberg (2006), Beulke (2012), Volk/Engländer (2013), Roxin/Schünemann (2014), Zabel (2014) o Kühne (2015).

4 Abreviatura de «*Strafprozeßordnung*», traducible como “ordenamiento procesal penal”, aunque usualmente conocido como código de procedimiento penal alemán.

5 Prevista en el §152 Abs. 2 del StPO.

6 «*Anhaltspunkte*», también traducibles como puntos de referencia en sentido no jurídico.

la persecución de un hecho punible. Esta sospecha inicial activaría la obligación de investigar y limitaría la facultad de intervención jurídico-penal. Se distingue de las simples suposiciones o posibilidades, pues estas últimas no fundamentan sospechas. Sin embargo, no requiere aún la individualización de autores o partícipes.

La sospecha urgente⁷, en cambio, es una condición necesaria para la injerencia en derechos fundamentales. Esta se presentaría cuando existe una alta probabilidad de que el indiciado⁸ sea autor o partícipe de un hecho punible y ciertas medidas, incluso con ulteriores fines preventivos, son requeridas.

La sospecha razonable⁹, por su parte, resulta uno de los requisitos fundamentales para la presentación de una acusación. Se define como la probabilidad de que el imputado¹⁰ haya cometido un hecho punible y deba ser condenado. Como tal, implica que los resultados de la investigación sirvan como prueba y que con alta probabilidad logren que el convencimiento del/la juez(a) resulte de la valoración de estos resultados, bajo el estándar probatorio de la audiencia principal.

De esta manera, este análisis de circunstancias y modalidades permite evaluar la probabilidad de éxito que la atribución de responsabilidad al/la afectado(a) tendría en un futuro proceso penal, dando forma a una suerte de pronóstico.

En el §9 Zuluaga ofrece una comparación entre la doctrina de la “sospecha de un hecho” y la de los “motivos fundados”. Fruto de dicho ejercicio, concluye que en Colombia podría ser posible formular un sistema de graduación de los “motivos fundados” al estilo de la doctrina alemana, a partir del reconocimiento de tres niveles: (i) los motivos fundados iniciales, (ii) los actos urgentes y (iii) la probabilidad de verdad.

Como “motivos fundados iniciales” el autor recurre al art. 205 del CPP, concluyendo que estos deberían llevar a una conclusión sobre el grado de posibilidad de que se cometió una conducta punible. Este nivel activaría el deber de investigar y daría pie al desarrollo de actos urgentes. Sin embargo, de estos “motivos fundados iniciales” solo debiesen derivar actuaciones que promuevan la obtención de información y aún no medidas de carácter coercitivo que demanden a la injerencia en

7 Principalmente prevista por el §112, pero también en los §81 Abs. 2, §132 Abs.1 y §138a Abs.1 del StPO.

8 «Angeklagte» si bien podría ser traducido como acusado, en el sentido de la fase procesal propia de estos actos de investigación, sería mejor entendido como indiciado en el sistema colombiano.

9 Establecida en los §170 Abs. 1 y §203 del StPO.

10 «Beschuldigte» si bien podría ser traducido como el inculpado, en el sentido de la fase procesal sería más comparable en Colombia con el imputado o acusado.

derechos fundamentales. El estándar de probabilidad de éxito en el enjuiciamiento penal, por tanto, podría ser bajo.

En cuanto a los “actos urgentes”, a partir del denominado respaldo probatorio de los motivos fundados previsto por el art. 221 CPP podría concluirse que este nivel ha de consultar cuatro aspectos: la intensidad de las medidas coercitivas, la base probatoria que los soporta, el tipo de control judicial y la relación con el autor o partícipe. Así, Zuluaga parece compartir la opinión dominante que considera necesario un control doble. A saber, el de la orden propiamente dicha y el de la ejecución de aquella. El estándar de probabilidad de éxito en el enjuiciamiento penal, para este nivel, debiese conducir a la fundamentación de algún grado de inculpación.

En cuanto a la “probabilidad de verdad”, advierte el autor que su fundamento se hallaría en el art. 336 CPP, esto es, el de la presentación de la acusación. Así, el más elevado estándar de calificación probatoria que exige la “probabilidad de verdad” debiese corresponderse con distintas probabilidades: que la comisión de un hecho punible es demostrable y que el/la juez(a) se convencerá de la existencia de los elementos que fundamentan la punición de la conducta. Junto con ellas, ha de ser también altamente probable la inexistencia de obstáculos procesales.

Finalizando, en el §10 el autor problematiza el control que de los “motivos fundados” realiza el/la juez(a) de control de garantía. Dos son los principales puntos que despiertan reparos frente al legislador por parte de Zuluaga: (i) la base probatoria de los “motivos fundados” y (ii) los objetivos a los que debiesen conducir las conclusiones apoyadas en “motivos fundados”.

El primer reparo se fundamenta en que no advierte el autor ninguna cláusula general que sirva de parámetro para identificar cuáles medios de conocimiento han de servir como fundamento probatorio de los “motivos fundados”, ni cuál debiese ser el procedimiento para determinarlos. Así, resulta discutible concluir que el art. 221 del CPP podría ser generalmente aplicado a otros actos de investigación, que la declaración jurada de testigos o informantes puedan ser medios de conocimiento adecuados y efectivos de cara a la subsistencia¹¹ de los motivos fundados; o cuál es el contenido y alcance de la expresión “verosimilitud” que esta disposición trae.

El segundo reparo pone de relieve que la regulación de las conclusiones exigibles en el CPP es heterogénea y predispone al aparato de persecución penal hacia objetivos extrajudiciales. Se queja el autor de que, como es patente tratándose de operaciones encubiertas, la policía goza de una amplia y además secreta

11 La expresión utilizada es «Aufrechterhaltung» que puede ser entendida como mantenimiento, conservación o subsistencia.

discrecionalidad para intervenir, mientras que el control material por parte del/la juez(a) de garantías resultaría insuficiente. Esto porque las conclusiones exigidas se refieren esencialmente al éxito de la investigación, pero no necesariamente al grado de probabilidad de autoría o participación de la persona sospechosa. Esta situación lleva a Zuluaga a concluir que es necesario concretar interpretaciones de corte restrictivo.

Al respecto propone tres criterios aplicables tanto a la orden como al control de la medida. En virtud del primer criterio, la orden debiese vincularse a una conclusión de carácter inculpatario que delimite materialmente los requisitos de las medidas coercitivas. Como segundo criterio, plantea la evaluación de la idoneidad de la información por recabar (basado en el art. 375 CPP). En cuanto al tercer criterio, propone que los análisis inferenciales inculpatorios tales como los de idoneidad de la prueba puedan ser susceptibles de estricta contradicción. Esto teniendo en cuenta que la inferencia estará unilateralmente influida por la posición de preeminencia de la policía y la fiscalía. Además, porque el control del/la juez(a) de garantías respecto de los fundamentos de la injerencia en derechos fundamentales se encuentra debilitado dada la configuración y aplicación del actual modelo de proceso penal.

Vista de panorama, la obra de Zuluaga merece ser recomendada por sus valiosos *output* e *input* comparativos, así como por su discusión crítica.

Como *output* comparativo es indudable que esta obra permitirá al lector en lengua alemana aproximarse al sistema jurídico procesal de la especialidad penal en Colombia. Y no se trata de un panorama general de la asunción de un modelo oral, con visos contradictorios y acusatorios, sino que descende a la minucia del fundamento de la mayoría de los actos de investigación tolerados por el legislador para el ejercicio de persecución penal de la fiscalía y sus órganos de policía judicial.

Como *input* comparativo, Zuluaga despliega un ejercicio de derecho comparado con miras a formular constructos teórico-prácticos cuyo fin último reside en el robustecimiento de la doctrina, de la jurisprudencia y, por qué no, de la legislación colombiana. Fruto de la comparación con una figura análoga del ordenamiento jurídico alemán, el autor construye una serie de propuestas que permitirían a los distintos actores del proceso penal colombiano una más coherente sistematización. Esta tendría aplicación tanto en la orden como en el control de los actos de investigación que injieren en derechos fundamentales a partir de los denominados "motivos fundados".

Y como discusión crítica, el autor no solo arroja censuras al legislador y a la jurisprudencia, sino que ofrece soluciones fruto de la investigación y comparación

plasmada a lo largo de la obra. Algunas de ellas implicarían variaciones de postura doctrinales o jurisprudenciales, pero indudablemente, otras constituirían un catálogo de argumentos de *lege ferenda* para la mejora de la legislación. En este sentido, el valor de la obra merecería elevada consideración para el derecho procesal penal colombiano.

Ojalá el Profesor Zuluaga considere traducir su obra al castellano, de manera que la comunidad jurídica y académica colombiana, principal beneficiaria de la discusión abierta en la segunda parte de la obra, pueda examinar su aporte en profundidad y enriquecer el debate que la injerencia en derechos fundamentales durante la investigación penal demanda. Por lo pronto, valga la pena invitar a la comunidad académica, judicial y tomadora de decisiones jurídico-penales a la consulta de esta estructurada y propositiva obra.