

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

**El rol del juez de control de garantías en la materialización del derecho a la libertad en el
municipio de Quibdó**

Kendy M. Turner-Valencia

Asesor

Juan Sebastián Tisnes Palacio

Universidad De Medellín

Maestría En Derechos Humanos Y Derecho Internacional Humanitario

Junio De 2021

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

Tabla de Contenido

| | |
|--|----|
| INTRODUCCIÓN | 6 |
| 1. CAPÍTULO I: DELIMITACIÓN DE LA FUNCIÓN DEL JUEZ CONTROL DE GARANTÍAS EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO | 10 |
| 1.1. El Juez Control de Garantías frente al Concepto de Derechos Humanos y Derechos Fundamentales | 11 |
| 1.2. El Juez Control de Garantías en el Derecho Procesal Colombiano | 15 |
| 1.3. Funciones | 17 |
| 2. CAPÍTULO II: EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO HERRAMIENTA DEL JUEZ CONTROL DE GARANTÍAS PARA RESOLVER EL PROBLEMA JURÍDICO EN LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO EN EL MUNICIPIO DE QUIBDÓ | 21 |
| 2.1. Principio de proporcionalidad y Medida de aseguramiento | 22 |
| 2.2. Metodología | 29 |
| 2.2.1. Instrumento | 29 |
| 2.2.2. Participantes | 30 |
| 2.3. Análisis de la Problemática Objeto de Estudio | 31 |
| 3. CAPÍTULO III: ANÁLISIS DE LA SUBJETIVIDAD DEL JUEZ, ASOCIADA A LA PONDERACIÓN, COMO ELEMENTO PARA FUNDAMENTAR SUS DECISIONES | 39 |
| 3.1. Las decisiones judiciales y la subjetividad | 40 |
| 3.1.1. Orden sociológico. | 43 |
| 3.1.2. Orden ético-profesional. | 48 |
| 3.1.3. Orden jurídico. | 49 |
| 3.2. La ponderación como paso racionalizador de la subjetividad deseable en el juez de control de garantías. | 53 |

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

3

4. CONCLUSIONES

75

5. LISTA DE REFERENCIAS

79

6. ANEXOS

85

Tablas

Tabla 1 35

Tabla de figuras

Figura 1 35

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

Introducción

La presente investigación tiene como objetivo general analizar el rol del Juez de Control de Garantías en la materialización del derecho a la libertad en el municipio de Quibdó. La importancia de su estudio radica en que se buscan los elementos que le permiten al Juez de Control de Garantías realizar una ponderación adecuada de los derechos fundamentales de las personas reclaman ante él, en concordancia con las controversias que se suscitan cuando la fiscalía pretende limitar este derecho, y a la luz del artículo 308 de la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal).

Con el desarrollo de la propuesta, además, se pretende proporcionar instrumentos que le permitan identificar al Juez de Control de Garantías los elementos para administrar justicia con base en el bloque de constitucionalidad que es un presupuesto introducido por el legislador en aras de un garantismo real; de tal manera que la ponderación y análisis que realice el funcionario en la toma de decisiones, esté cimentada en principios constitucionales y en los estándares internacionales relacionados con los derechos fundamentales, como el derecho a la libertad, evitando así que el ejercicio que realice se torne mecánico sino que, por el contrario, haga una interpretación justa e imparcial de la misma en cada caso concreto, sin estar supeditado a las decisiones de la fiscalía, hecho que ha dado lugar a que no haya una efectiva materialización del Juez de Control de Garantías.

La propuesta investigativa se origina a partir de la necesidad de implementar el efectivo control en la intervención del Juez Control de Garantías del municipio de Quibdó y que éste realice un ejercicio interpretativo y argumentativo, desde el cual fundamente sus decisiones y logre la graduación de la afectación de los principios, la determinación de su peso abstracto y de

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

la certeza de las premisas empíricas y la elección de la carga de argumentación apropiada para cada caso, a fin que la imposición de una medida de aseguramiento no sea la regla sino la excepción, con el objetivo de contribuir a la confianza y seguridad en la administración de justicia por parte de los ciudadanos, teniendo una institucionalidad visible, que obligue al ente acusador a realizar un mayor esfuerzo en sus investigaciones, partiendo del hecho de que debe actuar con criterio, garantismo e imparcialidad, y sin influencia directa de la fiscalía.

En consecuencia, a partir del objetivo planteado se formula la siguiente pregunta de investigación ¿Cumplen los Jueces de Control de Garantías en el municipio de Quibdó su rol en la materialización del derecho a libertad?, en caso negativo, ¿cuál es la razón?

Desde el punto de vista metodológico se realiza un análisis documental crítico que busca determinar si este objetivo se puede confirmar por medio del desarrollo de tres capítulos: En el primero, se delimita la Función Del Juez Control de Garantías en el Proceso Penal Colombiano, en el cual se definen los conceptos de derechos humanos y derechos fundamentales para determinar el rol de este funcionario frente a dichos conceptos y al desarrollo de la constitucionalización del proceso penal, para así indicar cómo se concibe esta figura en el proceso penal colombiano y así delimitar sus funciones.

En el segundo capítulo, se determina el Principio de Proporcionalidad como la herramienta del Juez Control De Garantías para resolver el problema jurídico sobre la implementación de la medida de aseguramiento en el municipio de Quibdó, en el cual se aborda el principio de cara a la función constitucional del juez, partiendo de la responsabilidad que posee el funcionario y el tiempo con el que cuenta para tomar sus decisiones en virtud de las audiencias preliminares contempladas en el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, concretamente en la imposición de una medida de aseguramiento privativa de la libertad, si bien, su principal

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

herramienta es el principio de proporcionalidad materializado a través de la ponderación, en aras de que pueda realizar una proyección del texto constitucional sobre la legalidad ordinaria y sobre la tarea investigativa, buscando una garantía efectiva de éste y haciendo de los principios y derechos verdaderos límites que no afecten a las personas sobre las cuales recae la investigación penal.

En el tercer capítulo, se hace un análisis de la subjetividad del Juez, asociada a la ponderación, como elemento para fundamentar sus decisiones, y que se define como una decisión judicial la cual se explica cómo esa subjetividad en las decisiones es legal y es, incluso, jurídica y deseable, pues además de que el juez a través de ella puede darle una aplicación correcta a mandamientos constitucionales y legales que, si bien en muchos casos escapan a la legalidad y formalismo en sentido estricto, resulta en el ideal de justicia, que para el caso que nos ocupa le permitirá al Juez De Control De Garantías cuando estudia la procedencia de la medida de aseguramiento, establecer la existencia de la inferencia razonable, graduar la medida, abstenerse de imponerla o reducir su aplicación desmedida.

Ante esta perspectiva, la presente investigación abarca el concepto de ponderación como un criterio formal que permita la identificación de los pasos en la argumentación a la que recurre el Juez de Control de Garantías para determinar su decisión. Se podrá determinar desde una óptica jurídica la metodología válida para controlar racionalmente cómo avanza el desempeño del juzgador en cada una de las etapas de su argumentación y demuestra si emplea las herramientas dogmáticas de forma correcta.

Para respaldar los hallazgos de la presente investigación, se desarrolla un análisis de investigación documental con enfoque cualitativo en la medida en que se orienta hacia la profundización conceptual del rol desempeñado por los Jueces de Control de Garantías en la

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

materialización del derecho a la libertad en el municipio de Quibdó, en donde se aborda un fenómeno jurídico determinado que implica la comprensión desde su conjunto, con método y técnica de investigación socio jurídica (Universidad Externado de Colombia, 2011).

De la misma manera, se realizó un trabajo de campo, consistente en entrevistas realizadas a los Jueces de Control de Garantías de Quibdó, con base en las cuales se pudo profundizar la temática analizada. Así mismo, se obtuvo información acerca del pasivo contingente litigioso del departamento del Chocó y la misma se consignó en una matriz de información. Más aún, para asegurar la objetividad en la sistematización de la información también se realizó un sondeo de opinión en la comunidad (litigantes y ciudadanía), a partir de las cuales se pudo establecer los principales puntos de referencia, ideas principales, ideas secundarias y análisis previo de la bibliografía, permitiendo un tratamiento previo de los datos antes de la consignación final en el estudio.

De otro lado como complemento al cumplimiento de los objetivos planteados, en cada uno de ellos se incluye las conclusiones y las referencias bibliográficas.

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

1. Capítulo I: Delimitación de la función del Juez Control De Garantías en el Proceso Penal Colombiano

La Constitución Política de Colombia de 1991 definió al Estado como social y democrático de derecho, concepto en virtud del cual fue imperante la transformación del sistema procesal penal colombiano.

Es así como con la entrada en vigencia de la ley 906 de 2004, atrás quedó un sistema basado en la concentración de funciones, la reserva, la permanencia de la prueba, las restricciones a los derechos fundamentales y el sistema escritural y se dio paso a la constitucionalización del derecho penal, es decir:

La constitución de 1991 fue la base de la revolución en la administración de justicia, que enhorabuena empezó frente al más lesivo de todos los poderes del Estado, el poder punitivo, que como tal requiere de un control igual de poderoso, para poder construir un freno a esta fuerza que ni aun siendo legítima pierde su carácter de mal; ese contrapeso son los derechos fundamentales del individuo.

Este laborioso análisis sobre el nuevo sistema penal acusatorio en Colombia y su vinculación con el desarrollo de los derechos fundamentales garantizados en la Carta Política, constituye una forma de interpretación ius constitucionalista del nuevo sistema procesal penal, donde el respeto por el individuo es el principal límite al poder de intervención del Estado, la cual debe estar precedida de una teoría argumentativa basada en criterios de razonabilidad, necesidad y ponderación, de forma que se ponga en la balanza, de un lado los derechos fundamentales del investigado, y del otro, los derechos de las víctimas y los intereses de la administración de justicia, pues solo de esta manera se obtiene una visión completa, o por lo menos suficiente, para

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

resolver el conflicto que entre normas igualmente fundamentales suele presentarse en los casos penales, para poder optar por la respuesta justa. (Bedoya, 2008, pról.)

Conforme a lo anterior, el concepto de juez de control de garantías, o como también es llamado, juez constitucional, nació con el teórico Hans Kelsen, quien formalizó el concepto, instituyendo la noción de juicio para aplicar las normas constitucionales abiertas, que afirma son las características de las constituciones, además de ser comprensivas y abarcar el pluralismo. (Zagrebelky, 2008)

Ahora bien, en desarrollo de la constitución, y del surgimiento de una modalidad de condicionamiento del ordenamiento jurídico, aparece la figura del Juez Control de Garantías, en virtud del cual se desarrolla el presente artículo, a fin de delimitar su función en el derecho procesal penal colombiano y, a partir de ello, establecer los parámetros que le permiten realizar una ponderación adecuada de los derechos fundamentales de las personas que ante él reclaman para que se diriman las controversias que se susciten cuando la fiscalía, en ejercicio de la potestad como ente persecutor, toda vez que pretende realizar una injerencia en los derechos de las partes e intervinientes en un proceso penal sin que medien las garantías constitucionales

1.1. El Juez Control de Garantías frente al Concepto de Derechos Humanos y Derechos Fundamentales

Se inicia el presente escrito hablando de los derechos humanos, teniendo en cuenta que son derechos inherentes a todas las personas, sin distinción de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional, color, religión, lengua o cualquier otra condición.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) se constituye en un documento principal y de carácter legal que tiene como fin proteger los derechos humanos, mediante la

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

libertad, la justicia para todas las personas y la paz mundial, reconociendo la dignidad intrínseca y los derechos inalienables de todos los seres humanos.

En este mismo sentido, los Derechos Humanos son aquellos que la persona posee por su propia naturaleza y dignidad, que le son inherentes y no una concesión de la comunidad política; los que concretan en cada momento histórico las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, los cuales deben ser reconocidos positivamente por el orden jurídico nacional e internacional; que corresponden a la persona por esencia, simultáneamente, en su vertiente corpórea, espiritual y social, y que deben ser reconocidos y respetados por todo poder o autoridad y toda norma jurídica positiva, pero que ceden en su ejercicio ante las exigencias del bien común; que son expectativas no previstas con claridad en alguna norma jurídica, incluso se llega a identificarlos con los "derechos morales", que son aquellos imprescindibles para poder conducir una vida digna y auténticamente humana y constituyen el elemento fundamental de un Estado constitucional democrático de derecho (Carpizo 2011, p. 4).

Para Gómez (2016), los Derechos Fundamentales “son aquellos derechos humanos con rango constitucional que se consideran como esenciales en el sistema político que define la constitución, es decir, son aquellos derechos que en el ordenamiento jurídico disfrutan de un estatus especial en cuanto a garantías.” En Colombia, con la implementación del sistema penal acusatorio nace la figura del Juez de Control de Garantías, funcionario encargado de ejercer una revisión estricta de una importante parte de actuaciones penales, en las que se ven involucrados los derechos fundamentales de las personas que son sometidas a la acción penal del Estado; de allí su papel de ser un garante y ejercer una función eminentemente constitucional, que garantice la debida protección de los derechos humanos de las personas.

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

De otro lado, se puede decir que la principal tarea del Juez de Control de Garantías es ejercer control de la actividad del Estado en lo que corresponde a la limitación de derechos fundamentales, por lo que su rol esencial es el de guardián de los derechos y garantías de los titulares de intereses legítimos¹ involucrados en el proceso penal.

El Juez de Control de Garantías tiene la categoría de Juez Penal Municipal² y debe mediar sobre los conflictos que se presenten entre el ejercicio del *ius puniendi* y los principios, garantías y derechos inherentes a las personas (Arango, 2010, p.232).

Por tal razón, su labor debe estar encaminada a ponderar la utilidad real de las injerencias penales sobre los derechos fundamentales del imputado, para ello, debe realizar una proyección del texto constitucional sobre la legalidad ordinaria y sobre la tarea investigativa, buscando una garantía efectiva de éste y haciendo de los principios y derechos verdaderos límites que pongan en la balanza, de un lado, los derechos fundamentales del investigado y, del otro, los derechos de las víctimas y los intereses de la administración de justicia (Arango, 2010).

Uno de los asuntos que más relevancia tiene en la relación Individuo – Estado es el escenario donde el poder político irrumpe con mayor ferocidad en la esfera de los derechos fundamentales de las personas (García, 2004, p.1). Así las cosas, el proceso penal deja de concebirse como un simple instrumento institucional puesto al servicio de la cristalización del *ius puniendi*, para erigirse en una auténtica plataforma de realización de los derechos básicos de los ciudadanos (Montero, 2008, p.20). Por eso, una de las principales necesidades en un Estado social y democrático de Derecho pasa por la revisión asidua de los intereses que subyacen al proceso

¹ Imputado, acusado, víctimas terceros y sociedad.

² Esta condición varía en asuntos de los cuales deba conocer la Corte Suprema de Justicia, caso en el cual la función de garante según lo prevé el artículo 39 del Código de Procedimiento Penal, será ejercida por un magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

penal, en aras de lograr el punto de equilibrio entre las exigencias de eficacia del sistema de enjuiciamiento criminal y la salvaguarda de las libertades esenciales del sujeto investigado (Palacios, 2013, p.25).

La doctrina y la jurisprudencia han tratado con prolijidad el origen y naturaleza del Juez Control de Garantías, definiéndolo como un juez constitucional a cuyo cargo se encuentra la maximización de la protección de las garantías fundamentales de los titulares de intereses legítimos involucrados en el proceso penal.

Se trata de un administrador de justicia de acuerdo al Art. 116 de la Constitución Política, nacido con el Acto Legislativo 03 de 2002, por cuyo medio el Congreso de la República dio vida, a nivel de reforma constitucional, a un procedimiento penal de naturaleza mixta con una marcada tendencia acusatoria (de ahí que sea un error referirse al nuevo procedimiento como si se tratara de un sistema acusatorio puro³).

³ En sentencia C-591 de 2005 la Corte Constitucional al referirse a las características del nuevo sistema procesal penal, señaló que se trata de un nuevo modelo que presenta características fundamentales especiales y propias, que no permiten adscribirlo o asimilarlo, prima facie, a otros sistemas acusatorios como el americano o el continental europeo. Se diseñó desde la Constitución un sistema procesal penal con tendencia acusatoria, desarrollado por la Ley 906 de 2004, con acento en la garantía de los derechos fundamentales del inculcado, para la definición de la verdad y la realización efectiva de la justicia, teniendo presentes los derechos de las víctimas. Se estructuró un nuevo modelo de tal manera, que toda afectación de los derechos fundamentales del investigado por la actividad de la Fiscalía, queda decidida en sede jurisdiccional, pues un funcionario judicial debe autorizarla o convalidarla en el marco de las garantías constitucionales, guardándose el equilibrio entre la eficacia del procedimiento y los derechos del implicado mediante la ponderación de intereses, a fin de lograr la mínima afectación de derechos fundamentales. El nuevo diseño no corresponde a un típico proceso adversarial entre dos partes procesales que se reputa se encuentran en igualdad de condiciones; por un lado, un ente acusador, quien pretende demostrar en juicio la solidez probatoria de unos cargos criminales, y por el otro, un acusado, quien busca demostrar su inocencia. En desarrollo de la investigación las partes no tienen las mismas potestades, y la misión que corresponde desempeñar al juez, bien sea de control de garantías o de conocimiento, va más allá de la de ser un mero árbitro regulador de las formas procesales, sino en buscar la aplicación de una justicia material, y sobre todo, en ser un guardián del respeto de los derechos fundamentales del indiciado o sindicado, así como de aquellos de la víctima, en especial, de los derechos de ésta a conocer la verdad sobre lo ocurrido, a acceder a la justicia y a obtener una reparación integral, de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad. Con todo, en el curso del proceso penal, la garantía judicial de los derechos fundamentales, se adelantará sin perjuicio de las competencias constitucionales de los jueces de acción de tutela y de habeas corpus.

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

Lo propio se aterrizó en el plano legislativo con la expedición de la Ley 906 de 2004, cuya entrada en vigencia hizo realidad la intención del constituyente derivado de contar con un proceso penal constitucional, humanista, enmarcado en el respeto de la dignidad humana, concentrado, ágil, eficaz y justo (Cabezas, 2016, p.26).

En este orden de ideas, direccionado el proceso penal hacia el ser humano como titular de derechos que escapan a las arbitrariedades del gran mostro llamado Estado, aparece la figura del Juez Control de Garantías, funcionario al cual le fue encomendada la tarea de defensa constitucional de los derechos fundamentales en un sinnúmero de actuaciones al interior del proceso penal.

De ahí que, encomendada esta tarea, le corresponde a este funcionario judicial la obligación de prepararse social, física, psicológicamente, moral e intelectualmente, a fin de ejercer con derecho y justicia el rol que el ordenamiento jurídico le ha confiado.

La protección de los derechos fundamentales no puede determinarse conforme a parámetros de juicio previamente establecidos, por el contrario, debe cimentarse en una comprensión detallada de los asuntos concretos para evitar que se convierta en una máquina de aplicar la ley, ya que la diversidad de asuntos puestos en su conocimiento exige un análisis concreto conforme a las exigencias y posibilidades de cada caso, pues el conflicto de intereses varía de conformidad con los intervinientes.

1.2. El Juez Control de Garantías en el Derecho Procesal Colombiano

Al abordar el tema del Juez de Control de Garantías, es preciso señalar que según Acero (2005), esta figura proviene de legislaciones foráneas, como la española, en la cual se convirtió

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

al juez de instrucción en este nuevo funcionario, surgiendo la necesidad de contrarrestar e, idealmente, igualar el poder estatal que en forma normal está sobre la cabeza del imputado.

Su primera finalidad es hacer prevalecer la dignidad⁴ del ser humano en todo su esplendor, de ahí que este principio rector y garantía procesal consagrado en el artículo 1 del C.P.P constituye la premisa mayor sobre la cual debe actuar, ya que en virtud a ella se justifica la consagración de los derechos humanos como elemento esencial de la Constitución Política⁵ (Gómez, 2012).

Por esta razón y sin miedo a equivocarnos, podemos manifestar que una de las modificaciones importantes que introdujo el Acto Legislativo 003 de 2002, al nuevo Sistema Procesal Penal Colombiano, tiene que ver con la creación del Juez de Control de garantías, el cual tiene la función de adelantar:

1. Un control sobre la aplicación del principio de oportunidad.
2. Un control posterior sobre las capturas realizadas por la Fiscalía General de la Nación.
3. Un control posterior sobre las medidas de registro, allanamiento, incautación e interceptación de llamadas.
4. Un control previo para la adopción de medidas restrictivas de la libertad⁶.
5. Decretar medidas cautelares sobre bienes

⁴ “El principio de la dignidad no es sólo una declaración ética, sino una norma jurídica de carácter vinculante para todas las autoridades; es consecuencia un valor fundante y constitutivo del orden jurídico y de los derechos fundamentales, que se expresa en el respeto a la vida y a la integridad física de los demás; es un sentido moral y jurídicamente extenso que no se reduce sólo a un ámbito policivo o penal; también compromete el deber de las autoridades y de los particulares de no maltratar ni ofender ni torturar ni infringir tratos crueles o degradantes a las personas por razón de sus opiniones, creencias, ideas políticas o filosóficas, pues cualquier acción contraria desconoce el derecho a la igualdad” (Corte Constitucional, Sala Plena, T-46, 1996).

⁵ Colombia es un estado personalista, democrático, participativo y humanista que hunde sus raíces en los campos axiológicos de la dignidad humana; la persona es, pues, el sujeto, la razón de ser y el fin del poder político, en donde la misión del estado, como derecho es la de proteger y consagrar la dignidad humana. En sentencia C-525 de 1992, M.P Alejandro

⁶ Excepto en casos de captura en flagrancia

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

6. Autorizar cualquier medida adicional que implique afectación de derechos fundamentales y que no tenga una autorización expresa en la Constitución⁷.

La función de Juez Control de Garantías no solo se centra en proteger la constitucionalidad y legalidad del procedimiento que afecta las garantías e intereses de quien resulte implicado en una investigación, sino también los derechos de las víctimas consagrados en los artículos 134, 135, 136 y 137 del C.P.P, cuando es requerido para ello, en virtud a lo dispuesto en el artículo 92 de la misma norma⁸.

1.3. Funciones

La Ley 906 de 2004, en su artículo 153, establece que las actuaciones, peticiones y decisiones que no deban ordenarse, resolverse o adoptarse en audiencia de formulación de acusación, preparatoria o del juicio oral, se adelantarán, resolverán o decidirán en audiencia preliminar, ante el Juez de Control de Garantías.

La Fiscalía General de la Nación en el módulo de capacitación como apoyo a la actividad investigativa y acusatoria de los fiscales delegados, titulado Las Audiencias Preliminares en un sistema penal acusatorio, indica que:

La Ley 906 de 2004, el artículo 154 de la misma norma presenta una lista enunciativa de los asuntos que se resuelven en audiencias preliminares, entre los cuales menciona el control

⁷ De tal suerte que el juez de control de garantías examinará si las medidas de intervención en el ejercicio de los derechos fundamentales, practicadas por la Fiscalía General de la Nación, no sólo se adecuan a la ley, sino si además son o no proporcionales, es decir, si la medida de intervención en el ejercicio del derecho fundamental: a) es adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo; b) si es necesaria por ser la más benigna entre otras posibles para alcanzar el fin; y c) si el objetivo perseguido con la intervención compensa los sacrificios que esta comporta para los titulares del derecho y la sociedad. (Sentencia c-591 de 2005)

⁸ Artículo 92: Medidas cautelares sobre bienes. El juez de control de garantías, en la audiencia de formulación de la imputación o con posterioridad a ella, a petición del fiscal o de las víctimas directas podrá decretar sobre bienes del imputado o del acusado las medidas cautelares necesarias para proteger el derecho a la indemnización de los perjuicios causados con el delito.

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

posterior a los allanamientos, los registros e interceptaciones de comunicaciones, la solicitud de práctica de prueba anticipada, la adopción de medidas de protección a víctimas y testigos, la petición de una medida de aseguramiento o de medidas cautelares, la formulación de imputación, el control sobre la aplicación del principio de oportunidad, las peticiones de libertad que se presenten con anterioridad al anuncio del sentido del fallo, y al final en el numeral 8º abre una gama de posibilidades de otras audiencias preliminares, al señalar que “... se resolverán en audiencia asuntos similares a los anteriores”. Estos asuntos son todos los actos de investigación y momentos procesales, que se citan a lo largo del Código de Procedimiento Penal, en especial en el título de la indagación y la investigación, como el control a las vigilancias y seguimientos, a la búsqueda selectiva en base de datos, la revocatoria de la medida de aseguramiento, entre otros eventos que se controlan en audiencia preliminar y que no aparecen en el artículo 154. (Villa, 2007, p. 20)

El juez al cual le son atribuidas las funciones enunciadas en precedencia es un juez penal municipal, excepto en los casos que conoce la Corte Suprema de Justicia, cuya competencia reside en un magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá. Conforme a ello, quien ejerce el control de garantías quedará impedido para ejercer la función del conocimiento del mismo caso en su fondo.

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

A este funcionario en sede de audiencias preliminares, en virtud a los principios rectores y garantías consagrados en la Ley 906 de 2004 en los artículos 4⁹, 8¹⁰, 10¹¹, 124¹² y 138¹³, le corresponde aplicar el principio de igualdad de armas¹⁴ y su protección, necesariamente, se alude a esa función de limitar la actividad estatal, por estimarse que el Estado posee los medios y capacidad logística suficientes para adelantar la tarea encaminada a acusar; el principio en mención busca igualar a la defensa, ofreciéndole medidas positivas, precisamente esas que debe vigilar y hacer cumplir el juez de control de garantías, en virtud de lo cual la Corte Suprema de Justicia en el radicado 91096 del 3 de mayo de 2017 señala que:

Los Jueces de Control de Garantías, desde su misma consagración de principalística legal, tienen como función, no solo servir de límite o acotación al poder estatal representado por la Fiscalía, sino que se les encomienda la protección de los derechos de todos los intervinientes en el proceso; y si

⁹ Artículo 4: Igualdad. Es obligación de los servidores judiciales hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal y proteger, especialmente, a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.

¹⁰ Establece que, en desarrollo de la actuación, el imputado tendrá derecho “en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal” en lo que aplica a las distintas prerrogativas sustanciales y procesales allí consagrados.

¹¹ La actuación procesal se desarrollará teniendo en cuenta el respeto a los derechos fundamentales de las personas que intervienen en ella y la necesidad de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia. En ella los funcionarios judiciales harán prevalecer el derecho sustancial.

¹² “Derechos y facultades. La defensa podrá ejercer todos los derechos y facultades que los Tratados Internacionales relativos a Derechos Humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad, la Constitución Política y la ley reconocen a favor del imputado”.

¹³ Los deberes comunes de todos los servidores públicos, funcionarios judiciales e intervinientes en el proceso penal, en el ámbito de sus respectivas competencias y atribuciones, los siguientes: 2. Respetar, garantizar y velar por la salvaguarda de los derechos de quienes intervienen en el proceso.

¹⁴ La Corte constitucional en sentencia C-536 de 2008 se ha referido al principio de igualdad de armas como un elemento esencial de la garantía del derecho de defensa, de contradicción, y más ampliamente del principio de juicio justo, y hace relación a un mandato según el cual, cada parte del proceso penal debe poder presentar su caso bajo unas condiciones y garantías judiciales, que permitan equilibrar los medios y posibilidades de actuación procesal, dentro de las cuales se presente como esencial las facultades en cuanto al material probatorio a recabar, de tal manera que no se genere una posición sustancialmente desventajosa de una de las partes frente a la otra parte procesal, como la que de hecho se presenta entre el ente acusador y el acusado, a favor del primero y detrimento del segundo. De este modo, el principio de igualdad de medios o de armas implica, para el caso que nos ocupa, que el imputado dentro del proceso penal pueda ejercer las facultades en materia probatoria y desde la etapa de investigación previa que la ley le otorga, y ello sin encontrarse limitado o condicionado en dicho ejercicio por el ente acusador, el cual como se anotó tiene superioridad de medios en materia de investigación, sino que cualquier límite en dicho ejercicio y ello en aras de garantizar derechos fundamentales, debe venir impuesto por un juez.

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

además se tiene claro que ese trámite, consagrado en la ley 906 de 2004, demanda de las partes en contienda, Fiscalía y defensa, adelantar su particular tarea investigativa, luego de que se ha abierto formalmente el proceso por virtud de la formulación de imputación, mal puede afirmarse que no corresponde a un asunto propio del mismo aquel encaminado a permitir de la defensa allegar los elementos de juicio necesarios para adelantar su labor, siempre y cuando lo que pretenda introducir lleve consigo la afectación de derechos fundamentales, pues en la mayoría de los casos la defensa allega elementos materiales probatorios sin necesidad de pasar por el Juez Control de Garantías. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal STP6135-91096, 2017)

Lo anterior para indicar que los actos de investigación son un puente para acceder a los medios de prueba, los cuales juegan un papel importante en el proceso de determinación de la responsabilidad penal, lo que tiene una innegable trascendencia constitucional, lo cual permite deducir que los jueces deben actuar con sumo cuidado al analizar la procedencia de un acto de investigación que pueda afectar derechos fundamentales, pues es su responsabilidad mantener un punto de equilibrio entre el cabal ejercicio de la acción penal por parte de la Fiscalía General de la Nación, el ejercicio de la defensa y la protección de los derechos que pueden resultar afectados con el respectivo procedimiento.¹⁵ (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, STP6135-91096, 2017).

¹⁵ En tal sentido, la Corte Constitucional ha emitido múltiples decisiones, en las que ha resaltado que el Juez, al tomar este tipo de decisiones, inevitablemente debe considerar aspectos como: la trascendencia de la información que se pretende obtener, el nivel de afectación de los derechos fundamentales que podrían resultar comprometidos con el acto de investigación, la existencia de otros procesos que permitan lograr el fin investigativo con una menor exposición de los derechos fundamentales, la proporcionalidad –en sentido estricto– entre el fin perseguido y la vulneración de derechos que pueda derivarse del medio utilizado (C-822 de 2005, C-336 de 2007, C-334 de 2010, C-186 de 2008, entre otras).

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

2. Capítulo II: El principio de proporcionalidad como herramienta Del Juez Control de Garantías para resolver el problema jurídico en la medida de aseguramiento en el municipio de Quibdó

En la legislación colombiana, el juez, lejos de ser un convidado de piedra, es una autoridad plenamente activa en la búsqueda de la verdad, la realización de la justicia y la defensa de los derechos y garantías individuales que se encuentran en tensión en el proceso penal (Corte Constitucional, Sala Plena, C- 396, 2007). Por esa razón, la labor asignada, concretamente al Juez De Control De Garantías, está encaminada a ponderar la utilidad que entrañan las injerencias sobre los derechos fundamentales de las personas que intervienen en el proceso penal. A causa de ello, por ser el encargado de garantizar la eficacia de la investigación y la preservación de los derechos y libertades que pueden resultar afectados con el proceso penal (Corte Constitucional, Sala Plena, C- 396, 2007), en el presente texto se abordará el principio de proporcionalidad de cara a la función constitucional del juez control de garantías, ya que se entiende que, en razón a la gran responsabilidad que pesa sobre sus hombros y al corto tiempo con el que cuenta para tomar sus decisiones en sede de las audiencias preliminares, concretamente, refiriéndose a la imposición de una medida de aseguramiento privativa de la libertad, su principal herramienta es el principio de proporcionalidad materializado a través de la ponderación, en aras de que pueda realizar una proyección del texto constitucional sobre la legalidad ordinaria y sobre la tarea investigativa, buscando una garantía efectiva de éste y haciendo de los principios y derechos verdaderos límites que no afecten a las personas sobre las cuales recae la investigación penal.

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

2.1. Principio de proporcionalidad y Medida de aseguramiento

La libertad personal es un derecho fundamental, que lleva intrínseca la posibilidad y ejercicio efectivo de todas las acciones dirigidas a desarrollar las aptitudes y elecciones individuales que no choquen con los derechos de los demás ni admitan abuso de los propios (Corte Constitucional, Sala Plena, C-342, 2017). Y “así mismo, presume la prohibición de todo acto de coerción física o moral, oficial o proveniente de particulares, que interfiera, suprima o reduzca indebidamente la autonomía de la persona” (Corte Constitucional, Sala Plena, C-469, 2016).

No obstante, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el derecho a la libertad personal no es absoluto, sino que se está sujeto a privaciones y restricciones temporales, las cuales son llevadas a cabo, en esencia, en el marco del proceso penal, bajo la forma de sanciones contra el acusado, como consecuencia de su declaratoria de responsabilidad penal. Sin embargo, también en el trámite de la actuación el Estado puede afectar la libertad personal a través de decisiones cautelares, denominadas medidas de aseguramiento, transitorias, decretadas con fines preventivos. (Sentencia C-622/03, 2003, Sentencia C-318, 2008 y Sentencia C-469, 2016).

Las medidas de aseguramiento implican la privación efectiva del derecho a la libertad personal, restricciones a su ejercicio o la imposición de otras obligaciones, es así como en el ordenamiento jurídico colombiano se presentan medidas como: la obligación de residencia, las restricciones temporales y las autorizaciones para salir fuera del país para determinadas autoridades, con el objeto de evitar los riesgos de obstrucción, reiteración o fuga, de modo que se contrarresten hipotéticas e indeseables situaciones como producto del tiempo transcurrido en la adopción de la decisión y las medidas de fondo a que haya lugar (Corte Constitucional, Sala Plena, C-469, 2016). Estas adquieren, sin embargo, una particular incidencia constitucional debido, ante todo, a su capacidad para afectar de manera intensa la libertad personal, por lo cual

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

se hallan sometidas a un conjunto de límites que funcionan como garantías para la salvaguarda de la dignidad humana y la proscripción del exceso en su utilización (Corte Constitucional, Sala Plena, C-221, 2017).

En los contenidos del Código de Procedimiento Penal, específicamente en su artículo 295, se establece que “las disposiciones que autorizan preventivamente la privación o restricción de la libertad del imputado tienen un carácter excepcional; solo podrán ser interpretadas restrictivamente y su aplicación debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales”. Es de resaltar que la misma ocurre cuando sea necesaria para evitar la obstrucción de la justicia, para asegurar la comparecencia del imputado al proceso, la protección de la comunidad y de las víctimas, o para el cumplimiento de la pena, establecido en el Código de Procedimiento Penal artículo 296.

La competencia del Juez Control de Garantías en materia de protección del derecho y garantía fundamental a la libertad reviste una trascendental importancia, toda vez que a su cargo corre la obligación de garantizar que los procedimientos tendientes a su limitación consulten criterios de ponderación y corrección propios de una situación excepcional, reflejada en el artículo 295 cuyo contenido se estableció en el párrafo anterior.

En este escenario, la labor de este funcionario es esencial para la protección de los contenidos constitucionales, por eso no se reduce a la verificación formal del cumplimiento de requisitos legales ni, mucho menos, debe limitarse a apoyar las pretensiones de la fiscalía sin presentar oposición (Martinez, 2008, p.133).

Consecuente con ello, en el ejercicio de dicha función, de cara a la constitucionalización y humanización del proceso penal, entendido como el impacto generado actualmente por los derechos humanos en el ámbito internacional con su consagración en diversos instrumentos

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

internacionales, permeando significativamente los ordenamientos internos de los Estados, cuya injerencia se ve reflejada en el proceso penal con el establecimiento de principios limitadores del poder punitivo del Estado y que operan como fuentes de obligaciones del mismo (Llacsahuanga, 2011). Esto significa que el juez control de garantías, a la hora de tomar decisiones que afecten derechos fundamentales y, en especial la libertad, debe materializar el principio de proporcionalidad a partir de su componente fundamental e inseparable, como es la ponderación; sea decir, equilibrio de diferentes posturas jurídicas implicadas dentro del proceso penal.

Resulta de interés analizar cada una de las posiciones comprometidas en la actividad punitiva del Estado, esto es, los bienes jurídicos pertenecientes al imputado o acusado y a la víctima, sumado a intereses constitucionales adjudicados a la fiscalía, tales como la prevalencia del interés general, la consecución de la justicia material, la eficacia, eficiencia, economía procesal, entre otros. Y de otro lado, porque analiza cada una de las situaciones, entrelazando una visión argumentativa que tiene como resultado la formación de un juicio de valor constitucional que ofrezca un mayor peso al ejercicio o defensa de derechos.

Así las cosas, cuando el artículo 295 del Código de Procedimiento Penal le indica al operador jurídico, en este caso al Juez Control de Garantías, que la restricción de la libertad solo podrá ser interpretada restrictivamente y su aplicación debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales, debe entender que el principio de proporcionalidad delimitó la mencionada producción normativa y, por tanto, se constituye en el principio fundante a la hora de adoptar una medida cautelar que restrinja la libertad, dado que solo si la medida se mantiene dentro de los cauces conserva su carácter preventivo y no punitivo, previniendo con ello el empleo arbitrario e injustificado de disposiciones cautelares con efectos deplorables sobre los derechos del procesado y encauza su legítimo ejercicio con arreglo a los

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

mandatos constitucionales (Corte Constitucional, Sala Plena, C-469, 2016), tal como lo ha señalado el máximo Tribunal Constitucional de Colombia:

Es importante precisar que la resolución de detención preventiva no conlleva en todos los casos la privación efectiva y material de la libertad individual. En realidad, bajo el supuesto de que el procesado se encuentra amparado por la presunción de inocencia incluso durante la etapa del juzgamiento, “la restricción de su libertad sólo puede estar determinada por la necesidad de que se cumplan los fines de la investigación penal.

(...) La medida de aseguramiento consistente en detención preventiva no comporta siempre la privación efectiva de la libertad, pues dada la presunción de inocencia que acompaña al procesado durante toda la investigación penal, la restricción de su libertad sólo puede estar determinada por la necesidad de que se cumplan los fines de la investigación penal. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-318, 2008)

Además de lo anterior, en esa interpretación restrictiva y excepcional se encuentra la necesidad, concebida como un requisito del principio de proporcionalidad, que implica que una medida de aseguramiento es constitucionalmente legítima si ella puede cumplir el fin superior que se persigue, esto es, si no puede ser reemplazada por otra orden cautelar diferente menos lesiva para los derechos del imputado.

En concordancia con lo anteriormente expresado, podría el Juez de Control de Garantías pensar que la opción enlistada en el Art. 307 del Código de Procedimiento Penal, en su literal A numeral 2, sea decir -detención preventiva en la residencia señalada por el imputado, cuya naturaleza, de acuerdo con los artículos 38 del Código Penal y 314 del Código de Procedimiento Penal, corresponde a un sustituto de la pena o de la medida de aseguramiento de reclusión en

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

establecimiento penitenciario y carcelario, porque cambia el lugar de la privación de la libertad y, como lo ha sostenido la jurisprudencia constitucional, “no otorga la libertad de locomoción, pero sí amplía su espectro” (Corte Constitucional, Sala octava de revisión, T-265, 2017); Sin embargo, de cara al principio de necesidad, debe entender el juez control de garantías que la restricción de la libertad, sea en establecimiento carcelario o en el lugar de residencia del imputado, procede en el evento que ninguna de las restricciones que se enuncian a continuación, previstas en el del art. 307 del Código de Procedimiento Penal resulten suficientes para satisfacer el fin expuesto y sustentado por la fiscalía:

- La obligación de someterse a un mecanismo de vigilancia electrónica.
- La obligación de someterse a la vigilancia de una persona o institución determinada.
- La obligación de presentarse periódicamente o cuando sea requerido ante el juez o ante la autoridad que él designe.
- La obligación de observar buena conducta individual, familiar y social, con especificación de la misma y su relación con el hecho.
- La prohibición de salir del país, del lugar en el cual reside o del ámbito territorial que fije el juez.
- La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o lugares.
- La prohibición de comunicarse con determinadas personas o con las víctimas, siempre que no se afecte el derecho a la defensa.
- La prestación de una caución real adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, entrega de bienes o la fianza de una o más personas idóneas (Código de Procedimiento Penal, 2004).

Aponte (2006), afirma lo siguiente:

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

Necesidad significa que cuando el instructor no tenga a disposición ningún otro medio que permita obtener el mismo resultado, es legítima la intervención. Por lo tanto, el juez, al ser solicitado para decretar u ordenar una medida, debe exigir al investigador que presente las alternativas que tiene y las dificultades frente a su hipótesis delictiva y que justifique que no existe otra posibilidad, sino aquella de limitar el derecho fundamental. Es decir, debe evaluar que efectivamente el resultado pretendido no se podría obtener o sería sumamente difícil llegar al mismo. Solo así podría autorizar la injerencia. (P.30)

En la triada de los elementos del principio de proporcionalidad encontramos la idoneidad, que es un subjuicio de valor constitucional del principio de proporcionalidad que realiza un análisis que recae sobre contenidos estrictamente teleológicos. Este es el encargado del estudio de los diferentes objetivos que se detectan dentro del contexto de una decisión jurídica emanada de los sujetos jurídicos. En virtud del cual corresponde a los operadores jurídicos la carga argumentativa que justifique la concreción material de la finalidad y el medio estipulado en la decisión jurídica, debiéndose demostrar que la medida es útil para la consecución de un propósito, en tanto que la fundamentación de la medida debe permitir dilucidar la limitación del derecho fundamental y la finalidad de la medida misma en relación con la obtención de un resultado jurídico (Ayala, 2009).

Es decir, que este elemento consiste en determinar qué medios no son idóneos, centrándose el examen no en encontrar el idóneo sino en saber cuál no es apropiado para alcanzar el fin previsto.

Por las anteriores razones, el Juez Control de Garantías, al estudiar la procedencia de la medida de aseguramiento, debe realizar un juicio de proporcionalidad concreto que requiere:

1. Verificar que tanto el medio como el fin en sí mismos sean constitucionales, es decir, que la

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

elección del primero y fijación del segundo estén dentro del margen de acción que proporciona el ordenamiento a la autoridad competente para su imposición y; 2. adelantar el test a través de tres subprincipios: a) idoneidad: exige que el medio restrictivo del derecho individual sea adecuado para la satisfacción del principio que se beneficia con la realización del fin propuesto, en tanto no es aceptable limitación alguna cuando quiera que con ello no se cumple el propósito constitucional aducido por la autoridad. b) necesidad: esta demanda que de todos los medios posibles de idéntica eficacia, el órgano estatal escoja el que sea menos restrictivo de los derechos. Y c) proporcionalidad en sentido estricto: impone que la intensidad de la limitación de la garantía iusfundamental que implica el uso del medio, no resulte mayor que el beneficio jurídico que puede proveer la consecución del fin perseguido (Sentencia C-575/09, 2009).

En este mismo orden y dirección, el que sea proporcional la medida de aseguramiento significa que la limitación del derecho fundamental a la libertad que implica su imposición, sea: (i) idónea para la satisfacción de alguno de los fines constitucionales que la justifican –seguridad de la sociedad y las víctimas, efectividad de la administración de justicia y comparecencia del implicado-; (ii) necesaria para ese mismo efecto en los términos explicados en precedencia, y (iii) ponderada, es decir, que la gravedad de su restricción sea de menor o igual entidad en comparación con la satisfacción del principio o los principios que se pretenden beneficiar con los fines fijados (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, AP7109, 2016).

En el municipio de Quibdó, los argumentos de Jueces de Control de Garantías, hacen alusión a la necesidad de la medida, como se puede vislumbrar a continuación: se hace necesario imponer la medida de aseguramiento, pues para el despacho éste puede obstruir la justicia y, además, representa un peligro para la comunidad en cuanto al manejo de la cosa pública se refiere, que esta medida es necesaria, urgente, idónea, proporcional adecuada y razonable, pues es muy

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

probable que este (el procesado), por estar vinculado a la administración, continué en su actividad delictual, además se debe tener en cuenta la naturaleza de los delitos, la gravedad y modalidad de la conducta (Informe de la fiscalía, 2019).

2.2. Metodología

La metodología planteada dentro del texto es producto de un trabajo de campo que se materializó a través de entrevistas semiestructuradas, y se diseñó un instrumento basado en un guion para dichas entrevistas, enfocadas en identificar el rol del Juez de Control de Garantías en el municipio de Quibdó y el modo en el que opera, para captar información cualitativa con el fin de desarrollar un análisis y conclusiones de las mismas en contraste con la teoría.

2.2.1. Instrumento

Las entrevistas se dividieron en dos estructuras, del siguiente modo:

2.2.1.1. Entrevista a jueces

1. ¿En su opinión cuales son las principales dificultades que ha encontrado para el cumplimiento de las funciones como juez control de garantías?
2. ¿Considera que existe presión para tomar decisiones en algunos casos específicos?
3. ¿El principio de proporcionalidad le ha sido útil para tomar decisiones referentes a la medida de aseguramiento? Si/ no, ¿por qué?
4. ¿Ha hecho uso de su subjetividad para tomar decisiones??
5. En caso de que la respuesta sea afirmativa ¿la misma la ha asociado al principio de ponderación?

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

2.2.1.2. Entrevista a abogados

1. ¿En su opinión cuáles son las principales dificultades que ha encontrado para el ejercicio de defensa en la audiencia de medida de aseguramiento?
2. ¿Considera que las decisiones de los jueces son tomadas como producto de la presión?
3. ¿Cuáles considera que son los factores que tienen en cuenta los jueces de control de garantías para tomar sus decisiones? ¿existen factores externos que influyen? En caso de que la respuesta sea afirmativa ¿Cuáles?
4. ¿Ha invocado el principio de proporcionalidad en aras que el juez de abstenga, gradúe o imponga una medida menos invasiva del derecho a la libertad y las misma han sido tenida en cuenta por los jueces?
5. ¿Considera que los jueces de control de garantías cumplen con sus funciones?

Así mismo, se estudian dos asuntos en el municipio de Quibdó, acerca de medidas de aseguramiento que corresponden a los radicados 270016008787201600005 del Juzgado Primero Penal Ambulante Con Funciones De Control De Garantías sobre el caso de la alcaldesa de Quibdó y 27001600109920190079800 del Juzgado Segundo Penal Municipal Con Funciones De Control De Garantías sobre un caso de feminicidio.

2.2.2. Participantes

En la ejecución del proyecto se entrevistó a cuatro jueces de Control de Garantías, y diez abogados. Para la selección de estas personas, se tuvo en cuenta el conocimiento de las mismas

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

en el área penal sobre control de garantías y los criterios de selección fueron el cargo que desempeñan, teniendo en cuenta que debían ser jueces y abogados que litigaran sobre dicho tema. El total de entrevistados fueron cuatro jueces: Juez Primero Penal Ambulante Con Funciones De Control De Garantías, Juez Segundo Ambulante Con Funciones De Control De Garantías, Juez Primero Penal Municipal Con Funciones De Control De Garantías, y Juez Segundo Penal Municipal Con Funciones De Control De Garantías, y diez abogados, para un total de catorce personas. El promedio de duración de cada entrevista fue de una hora aproximadamente.

2.3. Análisis de la Problemática Objeto de Estudio

Establecida la complejidad analítico discursiva del principio de proporcionalidad de cara a sus elementos, resulta pertinente aterrizarlos al tema de investigación, que no es otro que el rol del Juez Control de Garantías en la materialización del derecho a la libertad en el municipio de Quibdó, ya que actualmente en el desarrollo de la audiencia de solicitud de medida de aseguramiento se viene observando que este operador jurídico no está haciendo una verdadera ponderación a la hora de limitar la libertad del imputado, pues los argumentos expuestos en sus decisiones no se acompañan con los criterios jurisprudenciales, doctrinales y legales establecidos para ello, sino que, por el contrario, en muchas de aquellas providencias lo que se observa es un afán por limitar la libertad en respuesta a la presión social, para así demostrar a la ciudadanía efectividad de la justicia; fenómeno este que no es ajeno a la solicitud de medida de aseguramiento que realiza el ente acusador cuando intenta persuadir al funcionario judicial que su petición es proporcional y necesaria, en virtud al mensaje que se le envía a la ciudadanía,

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

queriendo con ello generar un show mediático que permita que socialmente la imposición de la medida sea la única manera de demostrar que se imparte justicia en aras de garantizar la convivencia social, dejando de lado los criterios de proporcionalidad delimitados por la jurisprudencia constitucional.

En sus decisiones, los jueces se limitaron a decir “así lo ha establecido la jurisprudencia y la ley”, “sin precisar cuáles son las normas en las cuales está cimentado el test de proporcionalidad que realiza respecto a la imposición de la medida de aseguramiento e incluso en sede de segunda instancia” (Juzgado Segundo Penal del Circuito de Quibdo, 2017) se ha llamado al estudio juicioso del caso y al respeto por los derechos humanos, en aquellos casos en los que se han referido en términos desobligantes al procesado, esbozando señalamientos que llevan un tinte de responsabilidad, mas no presuntivo, desconociendo la presunción de inocencia de la cual goza el imputado.

Una vez se presenta la controversia en sede de la audiencia de solicitud medida de aseguramiento, el Ministerio Público al momento de su intervención coadyuva la solicitud deprecada por la fiscalía y, en muchas ocasiones, cuando esta (Fiscalía) se queda corta en la sustentación de la medida, ha intentado suplir este rol con sus argumentaciones en aras que la solicitud quede bien sustentada. Esto sumado a que el Ministerio Público interviene inmediatamente después del fiscal (vale la pena aclarar que el orden en que participan las partes e intervinientes en audiencia está determinado en el artículo 306 del Código de Procedimiento Penal inciso 2), se deja entrever el sesgo que desde la producción normativa existe en el sentido que si bien el proceso penal se hizo para proteger al procesado, son marcadas las desventajas que tiene el procedimiento penal y que permiten pensar que, aunque en un estado constitucional prima el ser humano, cuando se trata de persecución penal prima la acción punitiva del estado, es

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

decir, que al momento que hace uso de la palabra en la audiencia solo ha conocido los elementos materiales probatorios con los que cuenta la fiscalía desconociendo los de la defensa, lo que a mi juicio representa un desequilibrio, pues si su función es intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales (Const.,1991, art.277), esta función, de cara al momento procesal en que se da su intervención, no se cumple y, contrario a ello, en vez de ser este funcionario un apoyo en la función garantista del juez, emite un concepto parcializado que sesga la decisión del operador jurídico, máxime si se tiene en cuenta que el Ministerio Público en la ciudad de Quibdó representa credibilidad y, como consecuencia de ello, su concepto puede ejercer influencia en las decisiones del juez, porque este se apoya en los mismos para sentirse más tranquilo ante los posibles cuestionamientos sociales.

A causa de ello, se ha convertido para la defensa en un problema evitar que a su prohijado se le imponga una medida de aseguramiento privativa de la libertad, ya que al indagar a los jueces que ejercen función de control de garantías en el municipio de Quibdó, tres de los cuatro existentes vienen de ser fiscales y dicho origen ha dificultado que asuman su verdadero rol como garantes de la constitución, la ley y los derechos humanos.

De continuar esta situación, la administración de justicia seguirá perdiendo credibilidad, por cuanto no se materializa el principio de proporcionalidad en las decisiones sobre las medidas de aseguramiento y cada día se reforzaría más la concepción que tiene la sociedad, que en las palabras de Juan Sebastián Tisnés Palacio, se concretan en:

La sociedad tiene otras formas de motivar y fundamentar la prisión preventiva, se dirá, por ejemplo, que es tan necesaria como atentatoria del principio de inocencia o, en palabras más vulgares, que se trata de un mal necesario. Sin ánimo justificativo sino meramente explicativo,

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

ello sucede porque el delito es considerado un mal público, de modo que cualquier medida para prevenirlo o reprimirlo es bienvenida, así vulnere garantías constitucionales del indiciado; la sociedad entonces se siente segura y considera que el Estado está cumpliendo sus funciones. Tisnes (2011), trata, en palabras de David Garland, la enérgica retórica de la “seguridad ciudadana”, como prueba imponente de la supremacía del Estado y de la confianza de la sociedad en sus instituciones. El castigo y la medida de aseguramiento adquieren entonces la misma dimensión social (Garland, 2007) (texto de cita). (Tisnes, 2011).

Por consiguiente, el mensaje para quien se enfrenta a un proceso penal es que el Juez no está para garantizar derechos y aplicar la ley sino que posee identidad de pretensiones con el ente acusador, tendencia a todas luces peligrosista, ya que no tiende a reducir el fenómeno delictual ante la fuerza de la institucionalidad que representa la justicia sino que, ante la ausencia de una ponderación y test de razonabilidad sobre cada elemento material probatorio, esto es, con plena observancia de las distintas norma procesales y sustanciales que gobiernan estas medidas, se avala la pretensión de la fiscalía sin tener un caso sólido, incurriendo los operadores en una serie de falencias que al final redundan en cuantiosas condenas contra el Estado, cuando el proceso penal no concluye con una sentencia condenatoria, que pudieran ser fácilmente prevenidas.

Actualmente el municipio de Quibdó está viviendo una ola de violencia nunca antes vista como resultado del asentamiento de bandas criminales, que operan incluso desde la cárcel, lo que ha traído una descomposición social dominante y que, ante la falta de credibilidad de las instituciones judiciales, adquieren fuerza, pues el pensamiento de algunos litigantes, en sondeos de opinión manifestados a la investigadora, consideran que algunos jueces trabajan de la mano con la fiscalía, obedeciendo al show mediático del momento, realizando las cosas para responder

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

a estadísticas institucionales, con miras a lograr mayores niveles de gestión, que solo aumentan la litigiosidad contra el Estado, lo que se reflejan en la siguiente tabla:

Tabla 1

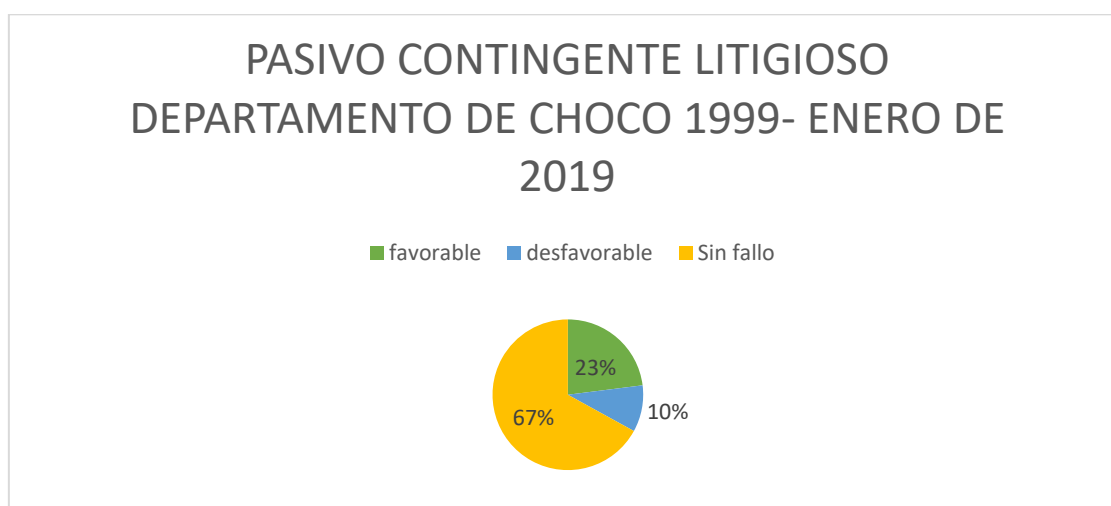
Pasivo contingente litigioso departamento de Chocó 1999- enero de 2019.

| Fallos | Cantidad | Monto | Porcentaje |
|--------------|----------|----------------|------------|
| Favorable | 45 | 16.880.674.148 | 23% |
| Desfavorable | 19 | 4.874.257.838 | 10% |
| Sin fallo | 130 | 38.963.604.986 | 67% |
| Total | 194 | 60.715.536.869 | 100% |

Fuente: Elaboración propia con base en registro de la Coordinación Administrativa de la Seccional Chocó

Figura 1

Pasivo Contingente Litigioso Departamento De Chocó 1999- Enero De 2019



Fuente: elaboración propia

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

Como se puede ver en el cuadro número 1 y gráfica número 1, para el periodo 1999 -2019 se presentaron en la administración judicial del Chocó 194 demandas de reparación directa por privación injusta de la libertad, de las cuales 45 fueron fallos favorables que representaron el 23%, por un monto de \$16.880.674.148 (fueron negadas las pretensiones del demandante) y 19 desfavorables, equivalentes al 10%, por un monto de \$4.874.257.838 (fueron concedidas las pretensiones del demandante), y aún se encuentran sin resolver 130 demandas equivalentes al 67%, las cuales ascienden a un monto de \$38.963.604.986. Lo que quiere decir que las pretensiones ascendieron a \$60.715.536.839 millones de pesos.

Ahora bien, se debe indicar que el Juez Control de Garantías presenta una confusión en su rol, pues además de ser garante de derechos de las partes e intervinientes, también tiene a su cargo que la ley se cumpla, a ello se le suma su preocupación por que sus decisiones tengan aceptación, el corto tiempo que tiene para tomarlas, las investigaciones que puede adelantar en su contra la fiscalía, las críticas de los medios de comunicación; circunstancias que se encuentran presentes al momento de dar respuestas a los problemas jurídicos que debe resolver, lo que solo hará con una adecuada ponderación de los derechos fundamentales a través del principio de proporcionalidad, que presenta objeciones tales como:

1. El rechazo como elemento racional, pues se considera como una figura retórica que permite niveles de subjetividad ilimitados, al no existir estándares racionales para ponderar y el problema conceptual que presenta, cuando la aproximación ponderativa deja a la regulación jurídica fuera de la esfera de los conceptos bueno o malo; correcto o incorrecto, así como también la idea de justificación, colocándola dentro de la esfera definida por conceptos como adecuado e inadecuado y como discreción; pues se ha dicho que la ponderación de valores puede orientar un juicio en cuanto a su resultado, pero no lo puede justificar (Alexy, 2007).

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

2. Posee una zona de penumbra entre la proporcionalidad negativa (reductora de los contenidos constitucionales) y la positiva (garantizadora de derechos constitucionales) que no viabiliza la resolución de todos los problemas que se le presentan al derecho porque en él aparece un margen incierto que deja al decisor jurídico la posibilidad de elegir facultativamente si determinada medida es proporcional o no, por lo cual los casos de penumbra terminan siendo solucionados atendiendo a criterios individualistas. (Ayala, 2009).

3. Provoca inseguridad e incertidumbre jurídica, entendiéndose que vulnera el principio de legalidad y otorga una injustificada preeminencia a la protección de los derechos individuales frente a la importancia de la forma estatal como garantizadora de los intereses generales, en tanto que los argumentos constitucionalistas que le dan prevalencia a lo individual son flexibles y abren el sistema de normas a la incertidumbre, indeterminación, indefinición, inseguridad y desigualdad. (Ayala, 2009).

Argumentos que no descalifican el principio de proporcionalidad como principal herramienta del operador jurídico que tiene a su cargo las audiencias preliminares, por el contrario, el mismo adquiere preponderancia, tal como lo sostiene Prieto (2003) porque:

La ponderación se endereza a la construcción de una regla y, si nos tomamos en serio las exigencia de la argumentación, ello significa el respeto a un principio de universalización que opera como garantía última de racionalidad; al igual que ocurre siempre que carecemos de una única respuesta correcta, la universalización obliga a considerar todas las circunstancias relevantes y a justificar a la vista de ellas una solución susceptible de ser asumida en el futuro por todos y en primer lugar por el juez. (P. 2018)

Con el principio de proporcionalidad, las tensiones que surgen entre dimensiones garantizadoras de derechos constitucionales y reductoras de contenidos constitucionales, tendrá

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

que prevalecer la primera porque en “derecho constitucional toda tensión que edifique duda en la respuesta que el derecho deba ofrecer al conflicto jurídico deberá atender a la primacía de las garantías fundamentales frente a cualquier indefinición e incertidumbre”. (Ayala, 2009, p.206).

Del mismo modo se espera que el principio de proporcionalidad como instrumento de interpretación y aplicación de normas jurídicas en el desarrollo de la función del juez control de garantías en el municipio de Quibdó, sea el que inspire la ponderación y el test de razonabilidad que se haga en cada decisión jurídica que se tome en la audiencia de solicitud de medida de aseguramiento, de tal manera que los argumentos plasmados en las mismas no obedezcan a la subjetividad del juez sino a fines y propósitos constitucionales.

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

3. Capítulo III: Análisis de la subjetividad del juez, asociada a la ponderación, como elemento para fundamentar sus decisiones

Pese a la objetividad pretendida en las decisiones judiciales, diferentes teorías han demostrado que las providencias emitidas por los jueces se ven potencialmente afectadas por distintos factores que determinan el sentido del fallo emitido por el sujeto que juzga, lo que torna dicha resolución parcialmente subjetiva.

En este orden de ideas, teoría como la Psicológica, más conocida como teoría del afecto-control, sostiene que las decisiones judiciales se ven influenciadas por diversas circunstancias tales como las características del acto criminal y la reacción afectiva del juzgador (Goodman-Delahunty et al., 2005, Citado por Colín García & Monterrubio Cordero, 2010). Igualmente, otras investigaciones han sugerido que los actos judiciales pueden expresar valores y emociones adquiridas en el pasado; al respecto, Schoereder (1918) argumenta que, si las decisiones judiciales son consideradas como un acto humano más, entonces éstas se ven determinadas por una serie de impulsos adquiridos en el pasado (Colín y Monterrubio, 2010). En este mismo contexto, algunos autores sostienen inclusive que el género de quien resuelve influye en la decisión a tomar, pues dicen que los jueces del sexo masculino presentan diferente perspectiva y actúan de forma distinta a los del sexo femenino Coontz (2000) texto de cita (Colín y Monterrubio, 2010). Otros más añaden que, aparte de las emociones y prejuicios, existen factores adicionales como la raza, la edad, la religión y el grado de estudios que intervienen en la toma de decisiones Coontz (2000); Sisk et al., (1998) texto de cita (Colín & Monterrubio, 2010).

Ahora bien, dicha subjetividad no puede ser rechazada de plano, pues estos factores ordenados a través de una correcta interpretación y argumentación desembocan en una adecuada ponderación y, por consiguiente, en una correcta aplicación de justicia.

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

Frente al panorama anterior, el rol del juez cuando debe decidir acerca de la procedencia de una medida de aseguramiento, está encaminado a lograr un equilibrio razonable y ponderado entre, por un lado, el grado de severidad que representa la injerencia oficial y, por el otro, el grado concreto de satisfacción y obtención del fin que aquella se propone (Corte Constitucional, Sala Plena, C-496, 2016).

El funcionario, de esta manera, puede escoger entre las distintas opciones que prevé el art. 307 de la ley 906 de 2004, pero está condicionado a un estándar básico de moderación, cuyo propósito es justificar dicha intromisión importante en los derechos del imputado y mantener la estabilidad del derecho afectado, entre sus alcances y sus legítimas restricciones (Corte Constitucional, Sala Plena, C-496, 2016).

Partiendo de ello, en este capítulo se define qué es una decisión judicial y se explica cómo esa subjetividad en las decisiones es legal y es, incluso, jurídica y deseable, pues además de que el juez a través de ella puede darle una aplicación correcta a mandamientos constitucionales y legales que, si bien en muchos casos escapan a la legalidad y formalismo en sentido estricto, resulta en el ideal de justicia, que para el caso que nos ocupa le permitirá al juez de control de garantías cuando estudia la procedencia de la medida de aseguramiento, establecer la existencia de la inferencia razonable, graduar la medida, abstenerse de imponerla o reducir su aplicación desmedida. Todo ello respecto al trabajo de campo realizado con los catorce participantes a quienes se les realizó la entrevista.

3.1. Las decisiones judiciales y la subjetividad

La decisión judicial es una resolución o determinación que se adopta por autoridad de la justicia en una materia dudosa (Gómez, 2016).

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

Consecuente con lo anterior, diferentes tesis han ido permeando este concepto y la misma se ha visto desde un espectro mucho más amplio, a tal punto de considerar que las decisiones judiciales son construidas a partir de un consenso social en el que se involucran no solo la comunidad llamada jurídica sino la no jurídica, pues las decisiones judiciales requieren de una aceptación para que puedan ser consideradas como válidas, además de estar revestidas de autoridad por la propia aceptación que de ella se hace (Hart, 2000).

Este criterio de validez o regla de reconocimiento descrito, resulta trascendente al momento en que el Juez debe decidir, ya que es en esta actividad donde el ejercicio de la interpretación es mayor. El juez tiene que interpretar tanto los hechos como el derecho que aplicará, así como, auxiliado de la regla de reconocimiento, sabrá si ese derecho que aplicará es efectivamente derecho y es válidamente aplicable al caso o los hechos concretos que está juzgando (Morales, 2013).

De otro lado, tesis como la Dworkiniana, al concebir la idea de una decisión judicial, se ubica en la idea de un juez al que llama Hércules, quien es totalmente imparcial y sin errores, que puede elevarse por encima de sus propias pasiones y colocarse en la perspectiva moral mejor para cada caso.

Es un juez que puede vislumbrar la única respuesta correcta a través de su intuición de lo implícito a través de lo explícito del sistema jurídico. Este juez, no crea derecho, no hace lo que se le da la gana ante la irracionalidad del sistema. Precisamente porque el sistema es racional y coherente, el juez de Dworkin tiene siempre una respuesta. Además, por si hiciera falta, dentro del sistema está la determinación del pasado sobre el presente. El juez no tiene discrecionalidad, pues aún en los casos difíciles donde es complicado determinar las premisas y sus contenidos, el

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

juez está determinado por los precedentes de sus predecesores, tal y como si se escribiera una “novela” colectiva y en serie (Dworkin, 2005).

Finalmente, la tesis neoconstitucionalista, imperante en las decisiones judiciales hoy día, concibe este concepto como el resultado, es decir:

Conexión, necesaria o contingente, entre el derecho, la moral y la política, la relación de codeterminación entre validez, eficacia y legitimidad del derecho y la pluralidad de ordenamientos jurídicos, la posición del jurista, en especial del juez, en relación con la creación – aplicación del derecho, entre otras y, todo ello, orientado a emprender, desde una perspectiva comprensiva una reformulación de la ciencia jurídica. (Prieto, 2003)

De ahí que todas las tesis orientadas a darle un significado al concepto de decisión judicial, obedecen a varias cosas: el papel que cumplen las constituciones al reformular la noción misma del Estado y su rol en las relaciones sociales complejas de nuestros días; la implicación que trae la inclusión de una exhaustiva tabla de derechos en las constituciones; los cambios que esto introduce en las prácticas jurisprudenciales de los distintos tribunales, ya que ahora los jueces tienen que interpretar con base en principios y directrices políticas (Dworkin); la ponderación, la razonabilidad y la maximización (Alexy) de los efectos normativos de los derechos fundamentales; las complejas relaciones entre el derecho, la moral y la política; la pérdida de la primacía de la ley con significados únicos; y el alcance y peso de las nuevas constituciones, entre otras (Jaramillo, 2015).

En este orden de ideas, como quiera que en audiencia preliminar de solicitud de medida de aseguramiento, el juez adopta una decisión judicial conocida como auto interlocutorio, a través del cual analiza la procedencia o no de la medida, de conformidad con los requisitos establecidos en el Art. 308 del C.P.P y resulta obvio que este funcionario judicial es una persona, un ser

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

humano que, más allá de su nombramiento, cargo o investidura, tiene sus propias convicciones, principios e ideologías. “Las decisiones judiciales, al ser un acto emanado de un sujeto, potencialmente hospedan errores, es decir, son susceptibles de falibilidad” (Cordero y Eloy, 2010). En relación a los errores de una decisión judicial, Medina Peñaloza realiza una clasificación en la que encuadra los siguientes aspectos:

3.1.1. **Orden sociológico.** Son vinculados o condicionados por otros factores de la vida social diversos al jurídico, que pueden orientar el sentido del fallo. Desde esta óptica, el factor descrito puede repercutir en las decisiones del juez de control de garantías a la hora de analizar una medida de aseguramiento de manera no deseable, piénsese en el caso de la alcaldesa de Quibdó, la cual fue capturada como presunta autora de los delitos de celebración indebida de contratos y peculado por apropiación a favor de terceros. Al momento de solicitar la medida de aseguramiento la fiscalía esgrime como fin constitucional a salvaguardar, la preservación de la prueba, aduciendo que la misma en razón a su poderío político podía destruir el archivo que reposa en la Alcaldía y aprovechándose de la relación de subordinación y dependencia que ejerce frente a los empleados de este ente territorial persuadirlos a su favor. Aunado a la preservación de la prueba, se apoya en la gravedad de la conducta toda vez que, al ser una funcionaria elegida por voto popular, está en la obligación de dar buen ejemplo a la sociedad y, por tanto, debe mandarse un mensaje ejemplarizante a la comunidad quien demanda de sus representantes ética y responsabilidad en el ejercicio de sus funciones. Todas estas apreciaciones del fiscal huérfanas de elementos materiales probatorios y que quedan en suposiciones. (Cordero y Eloy, 2010)

Es claro que un caso como este concentra la atención de la comunidad y cualquier decisión que tome el operador jurídico es motivo de controversia, pero el punto neurálgico en estos casos

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

son los comentarios que se generan en la sociedad y de los cuales se vale la fiscalía para ejercer cierta presión en el juez en torno a los delitos de administración pública y, en el caso concreto, que si a la alcaldesa no se le impone una medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario es porque el juez está comprado. Por más que el juzgador quiera adoptar una decisión lo más objetiva posible, la presión social en estos casos siempre influye en la decisión que emite, prefiriendo no arriesgar su reputación y sin tener elementos materiales probatorios que demuestren que la alcaldesa puede obstruir el proceso de recolección de pruebas, opta por imponer una medida de aseguramiento privativa de la libertad en su lugar de residencia, pues siendo así, no queda tan enojado el fiscal y la defensa se da por bien servida,¹⁶ de la información extraída por el entrevistado, se puede inferir que esta clase de situaciones son las que hacen que el juez no desempeñe adecuadamente su función, por el miedo al qué dirán, y dicha presión termina siendo un freno en la aplicación adecuada del ejercicio ponderativo que debe realizar el juez, volviéndose la imposición de una medida de aseguramiento un acto populista.

Otro aspecto social que influye en las decisiones de los jueces, y que fue abordada en el trabajo de campo, es la existencia de investigaciones penales, aspecto que despierta en el funcionario judicial una serie de emociones¹⁷ que lo llevan a identificarse con el momento que está viviendo el investigado y a mirar con más detenimiento cada uno de los elementos materiales probatorios que presenta la fiscalía para limitar el derecho a la libertad de una persona, pues el haber estado en una situación similar le permite darle prelación a la libertad del

¹⁶ Tomado de entrevista realizada a un Juez de Control de Garantías de la ciudad de Quibdó.

¹⁷ Las emociones son reacciones psicofisiológicas que representan modos de adaptación a ciertos estímulos del individuo cuando percibe un objeto, una persona, un lugar, un suceso o un recuerdo importante. Es aquello que sentimos, cuando percibimos algo o a alguien.

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

indiciado y cualquier error en que incurra el fiscal es razón suficiente para no limitar este derecho.¹⁸

Del mismo modo, dentro de esta clasificación aparecen las características del acto criminal y la reacción afectiva del juzgador de la que hablan los participantes del trabajo de campo, quienes argumentan a través de ejemplos esta situación. Como el caso del juez que debe decidir sobre la solicitud de medida de aseguramiento frente al delito de hurto, donde una persona al salir del banco después de retirar una suma de dinero considerable, es perseguido e interceptado por dos personas en una motocicleta, quienes usan la retención para que entregue el dinero que lleva en su bolso, amenaza que la persona no atiende y, ante el hecho, uno de los sujetos le propina un disparo en la cabeza que le ocasiona la muerte inmediata.¹⁹

A la luz de un abogado litigante, resulta inevitable no pensar que una persona por más objetiva que pretenda ser, al tener que decidir la situación jurídica de personas sindicadas de hurto, también en motocicleta y que haya herido a la víctima no va a pensar que estos individuos con base en criterios de ponderación y gradualidad, pese a ser delincuentes primarios y representar un peligro para la sociedad, pueda imponérseles una medida no privativa con algunas obligaciones de las que trata el artículo 317 literal B del C.P.P, sino que al ser víctima de un delito como estos a su juicio, pese a que taxativamente no quede plasmado es su decisión, la relación afectiva con el acto criminal le permite contemplar como única medida idónea la detención preventiva intramural.²⁰

¹⁸ Tomado de entrevista realizada a una Juez de Control de Garantías de la ciudad de Quibdó.

¹⁹ Tomado de entrevista realizada a un Juez de Control de Garantías de la ciudad de Quibdó.

²⁰ Tomado de entrevista realizada a un abogado de la ciudad de Quibdó.

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

La clasificación anterior, se relaciona con el caso donde el juez de control de garantías debe decidir sobre la solicitud de medida de aseguramiento presentada por la fiscalía en el caso de una mujer de 15 años quien presuntamente fue abusada por su hermano, y como elementos materiales probatorios, el ente acusador presenta la entrevista de la menor, la de su mejor amiga y la de la tía, a quienes la víctima les comentó lo sucedido.²¹

Al momento de solicitar la medida de aseguramiento la fiscalía hace alusión a la gravedad de la conducta para indicar que el indiciado representa un peligro para todo el género femenino toda vez que, si hizo esto con su hermana, qué más puede esperar la sociedad. Si analizamos, la actuación procesal de la fiscalía se limitó a enrostrarle al juez la gravedad de la conducta, pero esta, per se, no denota la procedencia de la medida de aseguramiento, aunque a donde realmente quiero llegar es que situaciones como estas tocan las emociones más profundas del juez que sin avizorar estos requisitos de procedencia de la medida, con base a su propia experiencia puede considerar que la medida resulta necesaria, procedente, lo que obedecería a una decisión más emocional que racional y que bien sustentada no se mira como arbitraria, sino como el producto del análisis de los elementos materiales probatorios que, a su juicio, resultaron suficientes para restringir el derecho a la libertad del imputado, incurriendo en la aplicación desmedida de la detención preventiva intramural, que no es el objeto de este trabajo.²²

Además, el sexo del juzgador también entra a jugar un papel determinante en la decisión que este adopte en la audiencia de solicitud de medida de aseguramiento y, más concretamente, en aquellas conductas delictuales que afectan la libertad y formación sexual, cuyas víctimas en su mayoría son mujeres, situación que permite que si el Juez Control de garantías es una mujer

²¹ Tomado de entrevista realizada a un Abogado de la ciudad de Quibdó.

²² *Ibidem*

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

existe una identidad de género y ello genera sentimientos de adhesión que, quiera o no la funcionaria judicial, se ven reflejados en su decisión, le hacen ser más severa con este tipo de asuntos y, aunque en muchos casos el relato de la víctima como único elemento demostrativo de la inferencia razonable de autoría o participación, tienda a ser desdibujada con declaraciones de personas que den cuenta que el indiciado no estuvo en el lugar de los hechos o que la relación sexual se dio de mutuo acuerdo, una mujer siempre hará uso de su instinto femenino, otorgándole más peso a la declaración de la víctima, lo que en la mayoría de casos deviene en la imposición de una medida de aseguramiento privativa de la libertad. Contario sensu ocurre cuando el resolutor de la controversia en este tipo de delitos es de sexo masculino, cuyo sentimiento de adhesión puede inclinarse hacia el indiciado, pues aunque en los delitos sexuales el relato coherente de la víctima constituye la inferencia razonable, ante este funcionario es más dable sembrar la duda sobre la existencia de la inferencia razonable, ya que no se identifican con la víctima y su perspectiva de los hechos puede ser distinta e incluso otorgarle peso a las declaraciones que pretenden desdibujar la misma.²³

De manera análoga, en este grupo de errores también se encuentra el factor de la línea de formación del resolutor que la determina su trayectoria profesional y estudios realizados, en razón de los cuales se estructura una línea de razonamiento jurídico que entra a justificar sus decisiones y, así concretamente, nos encontramos con funcionarios amantes de la presunción de inocencia, otros que creen en las oportunidades de resocialización o los que sencillamente ven la restricción de la libertad como ideal de justicia.²⁴

²³ Tomado de entrevista realizada a una Juez de Control de Garantías de la ciudad de Quibdó sobre el caso 27001600109920190079800.

²⁴ *Ibidem*

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

3.1.2. *Orden ético-profesional.* “Son los relativos a la inconsistencia profesional y ética del resolutor, y distanciamiento entre teoría y práctica” (Medina, 2009). Aquí podemos pensar en el caso que la fiscalía construya la inferencia razonable sobre un delito que de los elementos materiales se evidencie que no es ese delito. Por ejemplo, un ciudadano es imputado como presunto autor del delito de feminicidio; sin embargo, de los elementos materiales probatorios se evidencia que la imputación correcta obedece a la conducta punible de homicidio, ya que la acción no la precedió el hecho de ser mujer, la identidad de género o alguno de los antecedentes descritos en los literales del Art. 104A. Cuando se habla de homicidio contra una mujer la comunidad no jurídica tiende a catalogarlo como feminicidio, obviando que este delito tiene unos elementos que se escapan de toda pasión y son bastante complejos de demostrar incluso en grado de inferencia razonable. Siguiendo con el ejemplo planteado, los elementos que sustentan la solicitud de medida de la fiscalía se limitan al acta de inspección al cadáver, la cual describe las múltiples heridas ocasionadas a la víctima y una entrevista realizada a una compañera de trabajo de la víctima que manifiesta que sabe que el victimario era su pareja, porque en una ocasión la víctima le manifestó que vivían juntos.²⁵

Una vez el juez estudia los elementos materiales probatorios se percata que los mismos no son suficientes para demostrar la existencia de inferencia razonable por el delito de feminicidio el cual fue imputado en precedencia. En este punto inicia el dilema en si observar el procedimiento que dice que cuando no existe inferencia razonable no se puede estudiar la precedencia de la medida y, por ende, el indiciado debe quedar en libertad, o de conformidad con

²⁵ Tomado de entrevista realizada a un Abogado de la ciudad de Quibdó

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

los hechos avizorar que efectivamente existe inferencia razonable de autoría o participación de un delito que, aunque no fue el imputado por la fiscalía, se adecua al núcleo fáctico del caso.

Aquí entra una dicotomía en el juez que es hacerse el de la vista gorda con la ley y suplir el rol del fiscal o, en atención a la conmoción y a la vez rechazo que genera en su interior la gravedad de la conducta cometida, decida imponer una medida de aseguramiento violando derechos y garantías fundamentales al indiciado. Esta confrontación entre lo que moralmente debe hacer y lo que su función como juez de control de garantías le exige es la que influye en su decisión, por tanto, un juez garante del debido proceso optará por abstenerse de imponer una medida de aseguramiento y un juez más populista a toda costa impondrá una medida para garantizar una sensación de justicia a la comunidad.²⁶

3.1.3. *Orden jurídico.* Este tipo de errores no son determinantes en el ejercicio valorativo que realiza el juez de control de garantías en la solicitud de medida de aseguramiento, sin embargo, nos referiremos a ellos a título informativo, en el entendido que se encuentran dentro de la clasificación que realiza Medina Peñaloza. En este orden de ideas “son vinculados con el producto de la función resolutoria, y pueden ser: formales y materiales” (Medina, 2009). En otras palabras, se refieren a simples equivocaciones cometidas al consignar un determinado número o el resultado de operaciones aritméticas sometidas a reglas claramente establecidas, cuya corrección no cambia el sentido de la decisión, ni implica un juicio valorativo, ni exige apreciaciones de calificación jurídica o nuevas, ni supone resolver cuestiones discutibles u opinables por evidenciarse el error directamente al deducirse, con toda certeza, del propio texto

²⁶ Tomado de entrevista realizada a un Abogado de la ciudad de Quibdó

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

de la sentencia, sin necesidad de hipótesis, deducciones o interpretaciones, por ejemplo una equivocación en el nombre, apellido o cédula del indiciado (Diccionario Panhispánico, 2020).

Por consiguiente, todos los errores que puede contener una decisión judicial son atribuibles al juez; pero es dentro de los primeros (los de orden sociológico) donde se localizan los de mayor subjetividad, debido a que en ellos están los elementos psicológicos innatos al juzgador, lo que se refleja en problemas más de actitud que de aptitud (Medina, 2009).

De las consideraciones anteriores se deduce que la decisión se nutre de igual forma de elementos morales, religiosos, psicológicos y sociológicos de los cuales el juez no puede apartarse, pues su condición humana lo hace participar con sentimientos de adhesión o censura ante los acontecimientos, personas y otras influencias que intervienen en cada asunto, a pesar de que este, más allá de las convicciones personales, debe actuar conforme a la ley.

Siguiendo este pensamiento, se puede afirmar que la existencia de este tipo de “errores, vicios o pecados” hace que las decisiones adoptadas por el operador jurídico no resulten del todo objetivas, sino que, por el contrario, se vean influenciadas por el aspecto emocional (Cordero y Eloy, 2010).

De ahí que se plantea el dilema de ¿Cómo configurar una decisión objetiva desde nuestra subjetividad y que no se califique de subjetivista o doxática? Como lo explica Maturana (2002a): “Subjetividad es una de las palabras que usamos para desvalorizar una afirmación sobre la base de la objetividad sin paréntesis. Un supuesto que no se basa en una correspondencia con la realidad externa es tildado de meramente subjetivo”

Lo objetivo es lo que se supone que el observador hace y, por lo tanto, en criterio de Maturana y Bloch (1985), ocurre fuera de éste. Lo subjetivo, en cambio, es aquello que se supone ocurre en el seno del observador (juez), en el entendido implícito de que la interioridad

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

de este es, de alguna manera, comparable con su exterioridad. En estos términos, para Maturana no existe lo objetivo, ya que todo lo que identificamos lo hacemos en nuestra biopraxis como un aspecto de la realización de la misma. A su juicio, el individuo es un sistema complejo determinado en su configuración y nada externo a él puede determinar qué sucede dentro de sí. En otras palabras, nada es subjetivo u objetivo, sino que todo es observador dependiente, incluso el observador y el observar (Ortiz, 2013).

Es decir, que tal como lo describe Ortiz:

Todo lo que un ser humano opina es necesariamente elaborado consciente o inconscientemente por su ser, desde su interior, pasando por los elementos que escucha, percibe y siente, por el tamiz de su voz, de sus gestos, y eso siempre es personal, el reflejo de su historia, de su configuración biogenética, neuropsicológica y sociocultural, de su estado interior en ese momento. (2013)

Por consiguiente, dentro del proceso consciente o racional que efectúa el juez de control al momento de realizar un análisis de los elementos materiales probatorios puestos en su conocimiento, siempre va a existir un proceso que no es tan consciente o no puede establecerse de manera específica y rígida, es decir, existen dentro del funcionario unos cimientos afectivos, volitivos, motivacionales, intuitivos e incluso subconscientes o inconscientes que no puede soslayar. En otras palabras,

Es inevitable razonar basado en el emocionar y en el sentir. Las emociones, afectos, valores, actitudes y sentimientos condicionan la razón y el intelecto humano, no lo determinan, pero sí son una condición básica invariable de éstos, le dan sentido y significado a los procesos conscientes. (Ortiz, 2013)

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

De ahí, Martínez (2009) asevera que “nuestro pensamiento sólo en contadas ocasiones es rigurosamente lógico” teniendo en cuenta ello, se puede afirmar que en todos los demás momentos el pensamiento está influenciado y, a veces, guiado por los valores profesados, las emociones y los sentimientos que, según su nivel de coherencia con la naturaleza, lo orientarán o desviarán hacia ella. Este modo de proceder de nuestro intelecto no es irracional, como algunos autores han señalado con frecuencia, es sencillamente irracional, no es ilógico, sino alógico, es decir no va contra la razón o la lógica, sino que camina al margen de ellas y, por el hecho de utilizar muchos otros recursos que posee el ser humano, puede ser -como ha demostrado Rogers (1972)- más sabio que el mismo procedimiento racional o lógico (Martínez, 2009).

Por esta razón, a través de la subjetividad las decisiones judiciales pueden ser resignificadas y encontrar sentido, de tal manera que dicha redefinición sea el eslabón configurativo de una decisión que se nutra simultáneamente de las ideas, saberes, emociones, sentimientos y afectos del juzgador, como de los presupuestos normativos para imponer una medida de aseguramiento.

Ahora bien, el carácter “subjetivo” que se explica, no equivale a arbitrariedad por parte del juez control de control de garantías, sino que se debe deducir de las normas previas y de los hechos, aun cuando el juez haciendo uso de los elementos que se enunciaron anteriormente despliega un proceso en el que identifica y selecciona solo la realidad que tiene un significado trascendental y personal para él, cuyo proceso se orienta hacia la actividad interpretativa que realiza.

La subjetividad, entonces, que se pretende justificar en este trabajo, obedece al costo emocional que se patentiza en el análisis de la procedencia de la medida de aseguramiento, cuando el juzgador evalúa la existencia de la inferencia razonable, el peligro que puede representar el indiciado para la víctima o la sociedad, la no comparecencia al proceso y la

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

preservación de la prueba, de cara a la gravedad, necesidad y proporcionalidad de la medida de aseguramiento, pues es a partir de esta valoración, que logra determinar qué medida de aseguramiento es idónea para salvaguardar el fin constitucional esgrimido por la fiscalía.

3.2. La ponderación como paso racionalizador de la subjetividad deseable en el juez de control de garantías.

La inquietud por la objetividad en las decisiones judiciales lleva al intento de describir científicamente el Derecho tal como es, con independencia de valoraciones subjetivas acerca del Derecho como debería ser. La concepción de describir un Derecho que está ahí, contemplándolo como conjunto de reglas que son objeto de especulación avalorativa, fracasó” (Orrego, 2009).

De aquí podría concluirse que no cabe un conocimiento objetivo acerca de lo debido en las relaciones entre los hombres, que intentamos regular mediante reglas de creación humana, puesto que estas mismas reglas no pueden ser descritas de una manera unívoca en general, ni, menos aún, en los intentos de su aplicación (Orrego, 2009).

Teniendo en cuenta que cabe otra posibilidad, a saber, y es afirmar que no hay oposición forzosa entre la subjetividad del hombre que razona prácticamente y la objetividad de las razones para la acción, sino que, por el contrario, una definitiva subjetividad práctica es condición de posibilidad del conocimiento práctico objetivo (Orrego, 2009).

En el caso del Derecho, esa subjetividad es, paradigmáticamente, la del hombre que cumple el rol de juez, quien dice el Derecho autoritativamente en cada caso. Siguiendo esta tradición filosófica, en decir de Hervada, "en eso consiste ser jurista: en la *iuris dictio*, en la declaración del Derecho, en discernir y pronunciar la sentencia que contiene el Derecho, lo que es justo" (Hervada, 2000).

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

En consecuencia, la posibilidad de objetividad en el conocimiento del Derecho se resuelve en la posibilidad de que el funcionario judicial tenga su subjetividad bien ordenada respecto del fin para el cual se ha creado el Derecho, que se resume en las siguientes palabras de Orrego Sánchez, “ tan objetivo será el Derecho cuanto objetivos sean los jueces en el cumplimiento de su función de determinarlo, pues el juez es el paradigma del cual participa quienquiera que deba conocer el Derecho” (Orrego, 2009).

En este contexto, juez objetivo es lo mismo que juez que juzga de manera correcta y, por ende, justa en un sentido absoluto -ajustada a todas las razones para decidir, o en un sentido relativo, ajustada solamente a las razones permitidas por las restricciones institucionales del sistema jurídico. Se entiende, pues, que la misma práctica de pensamiento jurídico que tanto se empeñó en describir el Derecho objetivamente con independencia de la subjetividad judicial -la teoría analítica del Derecho- se haya abocado en las últimas décadas a estudiar el punto de confluencia entre la objetividad del Derecho general y la objetividad prudencial de la respuesta a los casos concretos de conocimiento jurídico práctico. De tal suerte que los aportes recientes de la analítica al tema del razonamiento jurídico no son meramente explicativos de la práctica judicial, sino que la orientan hacia la determinación del Derecho justo (Orrego, 2009).

Por consiguiente, la objetividad propia del Derecho no puede entenderse como ajena a cualquier tipo de subjetividad humana. Es posible constituir una decisión judicial objetiva solamente mediante la adecuada ordenación de esa subjetividad, especialmente la del juez.

En este orden de ideas, cuando se habla de la objetividad propia del derecho, no se refiere solamente a la creación humana tendiente a permanecer en el tiempo y constituir estructuras de relación permanentes (códigos, jurisprudencia, doctrina) sino que la misma pertenece al orden que la razón humana determina para dirigir acciones voluntarias hacia un fin común, que en el

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

caso del rol del juez control de garantías en la audiencia de solicitud de medida de aseguramiento, consiste en concebir la libertad como regla y su restricción como excepción de cara al riesgo que represente la libertad del imputado.

Consecuente con ello, el ejercicio de esa ordenación de la razón es lo que hemos denominado subjetividad, entendida como “ser mental de personas singulares”, pues es la encargada de la ordenación racional. Es esa subjetividad de la razón la que puede oponerse a la arbitrariedad del operador jurídico que implica la desviación por el capricho, pasión o interés. Ella distingue entre jueces objetivos en sus razonamientos y jueces subjetivos en sus juicios y razonamientos. Las dos clases de funcionarios razonan y ejercen una potencia subjetiva y establecen el orden racional de su decisión cuando pretenden conocer las leyes para interpretarlas en el caso concreto. Sin embargo, solamente el juez que posea la subjetividad práctica consigue dar a ese orden que ellas crean, siguen, interpretan o aplican, una orientación hacia el resultado que mejor proteja a la persona humana.²⁷

De ello, resulta necesario decir que las decisiones de los jueces se constituyen en determinaciones judiciales de lo debido en cada caso. Por ende, solamente el juez que aparta de sus decisiones el capricho individual o sus intereses puede ver el derecho y concretarlo como realidad normativamente fundada. De lo cual se sigue la importancia de conocer racionalmente el momento en donde se produce el razonamiento jurídico del juez, es decir, donde se unen criterios normativos abstractos y las determinaciones jurídicas concretas. La actividad judicial deja de ser un ejercicio de subjetividad controlada, es decir, de discrecionalidad, aunque pueda caracterizarse así cuando se concibe el Derecho objetivo solamente como el conjunto de reglas

²⁷ Tomado de entrevista realizada a un Juez de Control de Garantías de la ciudad de Quidó

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

generales de un sistema. Esta, por el contrario, pasa a ser la actividad constitutiva del Derecho objetivo en su máxima realización, dependiendo enteramente de que los jueces en general sean, más que técnicos de la aplicación de reglas, verdaderos virtuosos de la decisión correcta.²⁸

Por lo tanto, dentro del análisis de las entrevistas, se encuentra que en el proceso de razonamiento jurídico del funcionario no solamente basta con la subjetividad, sino que esta sea práctica, es decir, que en ella exista un análisis y orientación del razonamiento y de la argumentación respecto al fin constitucional que se pretende salvaguardar con la imposición de una medida de aseguramiento, pues las diferentes opciones que le presenta el artículo 307 del C.P.P y la ausencia de un estándar probatorio, frente a la demostración de los riesgos que se intentan contrarrestar con la limitación de la libertad del imputado, le dan un margen de acción al operador jurídico en el cual se deja a su criterio que los elementos materiales probatorios presentados por las partes sean o no suficientes para demostrar su hipótesis sobre la ocurrencia de los hechos y los riesgos que pretenden conjurar.

Siendo ello así, en este punto todos los factores emocionales de los cuales se nutre la decisión del juez entran a jugar un papel determinante en la orientación de su razonamiento y la argumentación del mismo, pues cuando este debe elegir la decisión correcta lo hace a partir de ese ser personal que se encuentra nutrido de todas sus vivencias, de las cuales, como se indicó en líneas anteriores, pese a la objetividad que pretenda en su decisión, no puede apartarse; luego entonces, el ejercicio ponderativo entra a desempeñar un papel determinante como elemento ordenador de la subjetividad del juez, valiéndose de este para escoger de las opciones la más correcta. Lo que se pretende con este trabajo es que las razones internas del juez sean válidas en

²⁸ *Ibidem*

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

sus decisiones y que esa subjetividad práctica sirva de fundamento para asignarle un peso demostrativo a cada uno de los elementos materiales probatorios que se aporta, a fin de que se puedan avizorar los riesgos que se pretenden neutralizar o determinar la ausencia de ellos y no afectar la libertad del imputado.²⁹

De ahí que aspectos como la reacción afectiva que presente una juez que ha sido violada frente a un caso similar a su experiencia, sea capaz desde su experiencia de establecer patrones a fin que pueda determinar criterios que le permitan sopesar la entrevista de la víctima y poder determinar cuándo esta admite una duda que desvirtúe la inferencia razonable; que el juez que haya perdido a un ser querido en un hurto sea capaz de plasmar en su decisión su experiencia y concebir el riesgo que representa el indiciado para la sociedad y que, a su vez, sea capaz de limitarla a través de la ponderación y no convertirlo en un ejercicio arbitrario ni, mucho menos, controlado, sino más bien creativo en el cual pueda apreciarse el proceso en el cual se utilizan criterios normativos abstractos y se toma la determinación jurídica concreta en cada caso.³⁰

Manteniéndonos en este plano, cuando se aterrizan los conceptos anteriores al rol que debe ejercer el juez control de garantías en la audiencia de solicitud de medida de aseguramiento, observamos que una vez este funcionario tiene claro la objetividad propia del derecho penal para la limitación de la libertad, es decir, el principio fundante que la libertad es la regla, a partir de ello el criterio de selección que realiza de la aplicación de los presupuestos normativos para la restricción de la libertad en cada caso concreto encuentra justificación en el razonamiento jurídico, el cual se ordena a través de la ponderación.³¹

²⁹ Tomado de entrevista realizada a un Juez de Control de Garantías de la ciudad de Quibdó.

³⁰ Tomado de entrevista realizada a un Abogado de la ciudad de Quibdó

³¹ *Ibidem*

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

En la solicitud de una medida de aseguramiento que debe ser analizada por el juez de control de garantías, la ordenación de la subjetividad se produce al momento que le corresponde estudiar si, en virtud al carácter excepcional de la restricción de la libertad, la medida de aseguramiento resulta necesaria frente al fin constitucional que pretende salvaguardar la fiscalía.

Al respecto, cabe precisar que al examinar “si un medio legal y constitucional restrictivo de derechos resulta de imposición imprescindible por no existir otro igualmente idóneo que limite menos los derechos constitucionales de cara a conseguir el fin propuesto, no es un juicio de adecuación sino de “necesidad” (Domenech, 1997). Ciertamente los derechos fundamentales son limitables de cara a la satisfacción de fines constitucionales, lo cual significa que también cuentan con algún margen de aplicación; no obstante, en determinados casos, debido a la presión social, la libertad del indiciado cede ante el interés de la comunidad.

Para que esto no ocurra, el examen o juicio de proporcionalidad concreto, requiere de:

- (ii) Verificar previamente que tanto el medio como el fin en sí mismos sean constitucionales, es decir, que la elección del primero y fijación del segundo estén dentro del margen de acción que proporciona el ordenamiento a la autoridad competente para su imposición y; (ii) adelantar el test a través de tres subprincipios: idoneidad, necesidad y ponderación – o proporcionalidad en sentido estricto. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, AP7109, 2016)

Ahora bien, la idoneidad exige que el medio –restrictivo del derecho individual- sea adecuado para la satisfacción del principio que se beneficia con la realización del fin propuesto, en tanto no es aceptable limitación alguna cuando quiera que con ello no se cumple el propósito constitucional aducido por la autoridad; la necesidad demanda que, de todos los medios posibles de idéntica eficacia (idoneidad), el órgano estatal escoja el que sea menos restrictivo de los

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

derechos y; la ponderación, impone que la intensidad de la limitación de la garantía iusfundamental que implica el uso del medio, no resulte mayor que el beneficio jurídico que puede proveer la consecución del fin perseguido.

Resulta pertinente referirse a los planteamientos realizados por dogmáticos como Alexy, quien plantea que “el problema con los derechos fundamentales es precisamente la posibilidad que sean restringidos, es por ello, que se hace necesario ponerle límites, los cuales pueden establecerse, en definitiva, solamente mediante una ponderación” (Alexy, 2009).

Indica el mencionado autor que “el núcleo de la ponderación está constituido por una relación, que cuando se trata de derechos fundamentales como derechos de defensa, puede ser descrita como el nexo entre la intensidad de la intervención y el peso de las razones que la justifican, es decir, “cuanto mayor tanto mayor” (Alexy, 2009). Esta es la ley de la ponderación y comprende en igual medida tanto los derechos de defensa como los de protección que pueden expresarse de la siguiente manera: Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción.

De manera análoga, Alexy expresa que “la ponderación consta de tres pasos, en el primero, es preciso que se defina el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Cuando se trata de la dimensión de defensa de los derechos fundamentales, dicho grado de no satisfacción es la intensidad de la intervención. Luego, en el segundo, se debe definir la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Y en el tercero, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro” (2009).

Por su parte, doctrinantes como Jaime Bernal Cuellar y Eduardo Montealegre Linett indican en referencia a la ponderación y la imposición de la medida de aseguramiento de detención

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

preventiva, que “existen dos momentos en el ejercicio de la ponderación” (Bernal y Montealegre, 2013).

El primero tiene que ver con la justificación de la medida de aseguramiento o determinación de la que se considere adecuada bajo el principio de gradualidad, y se traduce en que no basta con demostrar o presentar evidencia de la cual se pueda inferir que el imputado pueda obstaculizar la justicia, evadir su acción o representar un peligro para la sociedad o para la víctima, sino que es imperativo que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria (Bernal y Montealegre, 2013).

En el mismo sentido, indican los precitados autores que, “al momento de solicitar y autorizar o imponer la medida de aseguramiento de detención, se debe demostrar que no existe un medio alternativo menos lesivo para proteger derechos constitucionales que comportan los fines de las medidas de aseguramiento” (Bernal y Montealegre, 2013). Por lo anterior, es forzoso que el ente investigador opte primero por medidas que no afecten de manera intensa la libertad personal, y solo si resulta imposible tal opción la medida de aseguramiento de privación de la libertad resultaría necesaria.

Como segundo aspecto en el ejercicio de la ponderación, aparece la necesidad en sí misma de la ponderación en sentido estricto, es por ello que, “establecida la justificación de la medida de aseguramiento, es indispensable analizar si la detención como medida extrema es necesaria, ya que podría optarse por otra medida no privativa de la libertad” (Bernal y Montealegre, 2013). De la misma forma, al tratarse de una intensa afectación a la libertad personal, la adopción de la detención preventiva debe resultar imperiosa frente al beneficio que se espera, es decir, si la detención es la única manera de asegurar los fines de la medida puede estimarse como legítima.

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

Conforme al subprincipio de necesidad, el juez no puede optar por posiciones extremas entre imponer o no la medida de aseguramiento de detención preventiva, ya que la Ley no obliga al funcionario a tomar una de estas dos alternativas, sino que está facultado desde la Constitución para buscar una solución que afecte en menor medida los derechos fundamentales y que logre los fines constitucionales de las medidas de aseguramiento.

Así, cuando se encuentren reunidos los requisitos objetivos para la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento de reclusión, es posible que para garantizar los fines que busca la limitación al derecho de libertad se pueda optar por una medida no privativa de la libertad que afecte de manera media y no intensa dicho derecho fundamental. De igual manera, de existir la posibilidad que la persona que está siendo objeto del proceso penal, eluda la acción de la justicia. Se podrá optar por controles electrónicos o por medidas que impidan abandonar el territorio o si de lo que se trata es evitar la obstrucción a la justicia, podrá imponerse la prohibición de concurrir a ciertos lugares, previo juicio estricto de proporcionalidad (Bernal y Montealegre, 2013).

Así mismo, Carlos Bernal Pulido argumenta que:

La ponderación es la forma en la cual se aplican los principios jurídicos, las normas que tienen la estructura de mandatos de optimización. Es decir, que estas normas no determinan exactamente qué debe hacerse, sino que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. (Bernal, 2007)

En ese sentido, Bernal señala que “las posibilidades jurídicas están determinadas por los principios y reglas opuestas, y las posibilidades reales se derivan de enunciados fácticos.

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

Sostiene el mismo autor que, “para establecer la mayor medida posible en que debe realizarse un principio es necesario confrontarlo con los principios opuestos o con los principios que respaldan las reglas opuestas, para lo anterior se lleva a cabo una colisión entre principios” (Bernal Pulido, 2007). En otros términos, hay una colisión entre principios cuando en un caso concreto son aplicables dos o más disposiciones jurídicas que fundamentan dos normas incompatibles entre sí, y que pueden ser propuestas como soluciones para el caso:

La ponderación es una estructura que está compuesta de acuerdo con Robert Alexy por tres elementos: ley de la ponderación, fórmula del peso y las cargas de argumentación, mediante los cuales se puede fundamentar una relación de precedencia condicionada entre los principios en colisión, para así establecer cuál de ellos debe determinar la solución del caso concreto. (Bernal, 2005)

Consecuente con lo anterior, nos detendremos en estos tres elementos para indicar cómo funcionan en la decisión judicial que produce el juez de control de garantías en la audiencia de solicitud de medida de aseguramiento.

1. **Ley de la ponderación:** de acuerdo con esta ley, la estructura de la ponderación puede dividirse en tres pasos que Alexy identifica con claridad:

El primero es definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. El segundo es definir la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario y, finalmente en el tercero, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro. (2002)

Por consiguiente, estos tres pasos en la decisión judicial en la medida de aseguramiento aplicados consisten en primero considerar que la libertad como derecho fundamental es limitable

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

de cara a la satisfacción de fines constitucionales; segundo, que la medida restrictiva del derecho individual sea adecuado para la satisfacción del principio que se beneficia con la realización del fin propuesto y; tercero, que de todos los medios posibles de idéntica eficacia, el juez escoja el que sea menos restrictivo de los derechos, de tal forma que la restricción no resulte mayor que el beneficio jurídico que puede proveer la consecución del fin perseguido.

2. **Fórmula de peso:** esta fórmula, en el estudio de la procedencia de la medida de aseguramiento, se acompasa al ejercicio que realiza el juez cuando de conformidad con los elementos materiales probatorios aportados, de una parte por la fiscalía, que pretenden ser demostrativos de una inferencia de autoría o participación y de la amenaza que representa el indiciado (bien se para la preservación de la prueba, la no comparecencia, para la víctima o la sociedad) y, en el otro extremo, la defensa que pretende demostrar que la inferencia razonable no existe o que existiendo la misma, la libertad de su representado no constituye un riesgo el cual deba contrarrestarse con una medida; luego entonces, en este punto la fórmula del peso se aplicaría al valor probatorio que le asigna el juez a cada elemento aportado, a fin de asignarle la razón a una de los litigantes.

En una visión práctica, el valor probatorio se encuentra justificado en la idoneidad de los elementos puestos en conocimiento del juez de garantías y su confrontación con las hipótesis de los hechos planteadas por cada uno de los litigantes; a manera de ejemplos, una declaración se controvierte con otras, el parentesco se demuestra con el registro civil, la obstrucción de la investigación se puede demostrar con interceptaciones telefónicas que denote una conversación en la cual se evidencie que pretenden ocultar pruebas, el riesgo de fuga se demuestra con que una vez se le cite a audiencia de formulación de imputación y medida decida abandonar el país, una acción del imputado como llamada amenazante a la víctima o algún atentado contra su

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

integridad, la existencia de sentencia condenatoria por el delito de concierto para delinquir denota la vinculación a organizaciones delincuenciales.

3. **Las cargas de argumentación:** Esta carga opera cuando del resultado de la aplicación de la fórmula del peso se determina la necesidad o no de imponer una medida de aseguramiento, siendo este ejercicio meramente subjetivo en el juzgador dado que la ley 906 de 2004 no trae un umbral de prueba para soportar la inferencia razonable de autoría o participación, ni la demostración de las presunciones *iuris tantum*³² sobre la obstrucción a la justicia, peligro para la comunidad, peligro para la víctima y no comparecencia.

Vista la ponderación desde esta óptica, resulta pertinente referirse a las audiencias preliminares llevadas a cabo en el mes de noviembre de 2019 en la ciudad de Quibdó, dentro del radicado 27001-60-01-100-2019-00798, donde figura como indiciado el señor Conrado de Jesús Bedoya Ospina, a quien se le imputó el delito de secuestro simple, cuya víctima es un menor de edad.

La situación fáctica da cuenta que el menor fue a comprar unas pilas a la tienda del referido señor y este, aprovechándose que se encontraba solo, procedió a amarrarlo detrás de un congelador por espacio de 5 minutos, su madre al ver que el menor se demoraba, fue y lo buscó a la tienda y, al preguntarle al señor Conrado, este dijo que no lo había visto. Posteriormente, el niño se zafó y logró escapar.³³

Una vez es entrevistado, el niño manifiesta que el señor no le hizo nada que solo lo amarró y le tapó la boca. La fiscalía procede a capturarlo y, posteriormente, es llevado ante el juez de control de garantías. En audiencia preliminar de solicitud de medida de aseguramiento el Fiscal

³² Requieren ser probadas

³³ Tomado de entrevista realizada a un Juez de Control de Garantías de la ciudad de Quibdó

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

sustenta su solicitud indicado que con la declaración del menor y de su madre se puede inferir la autoría o participación del indiciado y, al momento de enunciar uno de los riesgos, manifiesta que el imputado constituye un peligro para la víctima y para la seguridad de la sociedad, aunado a lo anterior, manifiesta que la medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario, en el presente asunto resulta procedente en razón a la condición especial de la víctima, por ser un menor de edad, considerando además que no solo el imputado constituye un peligro para este sino también para toda la comunidad infantil.³⁴

El Juez decide imponer detención preventiva en establecimiento carcelario, al considerar constituida la inferencia razonable de autoría o participación y ante la gravedad del hecho, siendo la víctima un menor de edad, consideró que la misma se encontraba en peligro toda vez que, en libertad, el victimario podría intentar culminar lo que fue truncado por la agilidad del menor y por qué no considerar que no solo atentaría contra la libertad de este sino también contra su formación sexual.³⁵

A simple vista, el caso traído a colación denota una postura sesgada del juzgador, contraria a derecho, meramente subjetiva y que, en atención a lo que se viene planteando en este trabajo, merece que dicha subjetividad pase por el filtro llamado ponderación, en aras de obtener una decisión ajustada a derecho, veamos:

No resulta discutible que, en el presente caso, la entrevista realizada al menor y a su madre son elementos materiales probatorios que sindicaron al señor Conrado como presunto autor del delito imputado (inferencia razonable), acto seguido corresponde determinar si la libertad del

³⁴ Tomado de entrevista realizada a un Juez de Control de Garantías de la ciudad de Quibdó

³⁵ *Ibidem*

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

imputado constituye una amenaza para la víctima y para la comunidad, asimismo, establecer si la medida se torna necesaria, proporcional y adecuada.

Nótese que la fiscalía sustentó la procedencia de la medida en la condición especial de la víctima, por ser un menor de edad, considerando además que no solo el imputado constituye un peligro para este sino también para toda la comunidad infantil.³⁶

Partiendo de lo anterior, el discurso argumentativo del juez para acceder al petitum de la fiscalía, podría limitarse solo a la primacía de los derechos del menor sobre la libertad del indiciado, pero si el Juez ordena su línea de pensamiento a través de la ponderación puede llegar a las siguientes conclusiones, en el momento de analizar la necesidad de la medida:

1. ¿Es adecuada o idónea? - es decir aceptable, efectiva o concebida, cuando menos, para contrarrestar la amenaza que representa el imputado para la víctima y de la comunidad y en el caso concreto, la repuesta seria sí de cara a situación fáctica³⁷.
2. Siguiendo con el camino propuesto, le corresponde al juez revisar si resulta necesaria la medida, es decir, si la que se pretende adoptar, está justificada con la búsqueda de un fin constitucional, y aquí conforme a los elementos no existe elemento demostrativo que el indiciado después del hecho haya atentado contra el menor, su familia o sus bienes y mucho menos que demuestren alguna de las circunstancias del Art. 310 del C.P.P.³⁸
3. Por último, si la misma es proporcional, y es aquí donde empieza a jugar un papel determinante la subjetividad del operador jurídico, debido a la carga argumentativa que lleva implícito este análisis. Por tanto, un operador jurídico cuya corriente de pensamiento se

³⁶ Tomado de entrevista realizada a un Juez de Control de Garantías de la ciudad de Quibdó

³⁷ Ley de ponderación

³⁸ Formula de peso

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

encuentre anclada en la presunción de inocencia, al momento de argumentar sobre la proporcionalidad de la medida de cara a la situación fáctica observa que el niño duró amarrado poco tiempo, que desde que lo amarró tal como lo relata la víctima no lo tocó ni le hizo ningún daño, que el indiciado no tiene antecedentes sobre estas conductas y, si bien la conducta es grave y no se desconoce el interés superior del menor, de cara a los elementos materiales probatorios se abstendría de imponer una medida de aseguramiento toda vez que no se patentiza el riesgo esgrimido por la fiscalía y, por tanto, la medida no es urgente ni necesaria³⁹.

Aunque pueda parecer para el lector un poco atrevido y desfasado lo que se expuso en precedencia de acuerdo a un caso que expresamente lleva un Juez de Control de Garantías, pero se identifica que hay quienes consideran necesario que el funcionario judicial debe apartarse de esa silenciosa, pero existente regla general, que indica que aquellas conductas delictivas que escandalizan a la sociedad porque tocan población con protección constitucional reforzada, siempre que se avizore la existencia de inferencia razonable, automáticamente se entiende demostrado el peligro para la comunidad y, por consiguiente, hace procedente el dictado de una medida de aseguramiento privativa de la libertad intramuros, sino que por el contrario en aplicación a los elementos que hacen parte de la ponderación le sea dable aplicar una menos lesiva o abstenerse de imponerla.⁴⁰

Consecuente con lo anterior, la decisión no es arbitraria sino, como indica Prieto, “la interpretación de la ley se realizó de manera tal que la fuerza del principio que la sustenta (inocencia) resultó compatible con la necesidad y urgencia de la medida de aseguramiento, lo

³⁹ Carga de argumentación

⁴⁰ Tomado de entrevista realizada a un Juez de Control de Garantías de la ciudad de Quibdó

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

que obligó a reformular la procedencia de la misma” (2003). Por tanto, en este evento la ponderación ha cumplido su finalidad de ordenar la subjetividad del juez.

Otro ejemplo expresado por un participante del trabajo de campo, es cómo actúa la ponderación como elemento asociado a la subjetividad del operador jurídico para fundamentar sus decisiones, es el caso de dos sujetos que van en una moto, se hurtan una motocicleta y, para ello, utilizan un arma de fuego para intimidar a la víctima. Una vez son capturados, la fiscalía les imputa el delito de hurto calificado y agravado. En la audiencia de solicitud de medida de aseguramiento pide detención preventiva intramuros, esgrimiendo como fin constitucional la protección a la comunidad, fundamentada en la utilización de la violencia sobre las cosas y por haber obrado en coparticipación criminal, agregando que la conducta es grave y reprochable en atención a que las estadísticas delictuales la lideran los hurtos y se hace necesario ofrecerle a la comunidad una percepción de seguridad.⁴¹

De cara al escenario descrito con anterioridad, prima facie, la medida de aseguramiento resulta procedente, pero es en este momento que le corresponde al juez de control de garantías aplicar los elementos de la ponderación, llegando a las siguientes conclusiones:

1. ¿Es adecuada o idónea? – de lo primero que se debe partir es que la situación fáctica, denota que se debe proteger a la comunidad como fin constitucional, puesto que se encuentra demostradas dos circunstancias del Art. 310 como se indicó con anterioridad.
2. Siguiendo con el camino propuesto, le corresponde al juez revisar si resulta necesaria la medida, es decir, si la que se pretende adoptar está justificada con la búsqueda de un fin constitucional, y aquí ya se dijo que el mismo existe, por tanto, la libertad de los indiciados debe

⁴¹ Tomado de entrevista realizada a un Abogado de la ciudad de Quibdó

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

ceder ante la protección a la comunidad, puesto que los elementos que dan cuenta de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se cometió la conducta indican que una medida no privativa de la libertad implica el libre tránsito de los indiciados por las calles y podrían incurrir nuevamente en conductas similares, aunque en esta etapa procesal no se hable de responsabilidad, sino de la presunta autoría o participación. En consecuencia, resulta necesario limitar la libertad de los indiciados, puesto que logró demostrarse que se estructura un posible peligro para la comunidad.

3. Por último, si la misma es proporcional, esta carga argumentativa implica que el juez se pregunte si el dictado de una detención intramural es la única medida preventiva que salvaguarda a la comunidad de cara al carácter excepcional de la restricción de la libertad. Dentro del abanico de posibilidades que ofrece el Art. 307, encontramos que el numeral 2 del literal A consagra la detención en el lugar de residencia, la cual restringe también la libertad, pero que no interfiere tanto en la dignidad del ser humano, por tanto, el examen de proporcionalidad permite mirar que con la opción enunciada también se está protegiendo a la comunidad. Como quiera que se logró establecer que la detención domiciliaria también protegía el fin constitucional, a partir de este punto le corresponde a la ponderación ordenar la subjetividad del operador jurídico, por tanto un juez que tiene conocimiento de la realidad social de las condiciones de hacinamiento de las cárceles, a la hora de argumentar sobre la necesidad de la medida llegará a la conclusión que la detención domiciliaria se ajusta al fin constitucional que debe proteger, pero a la vez interpretó la restricción de la libertad como una excepción, así garantiza los derechos del imputado en el sentido que la restricción no es tan severa y a la vez se proporciona una convivencia pacífica a la comunidad (Medina, 2009).

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

Es por lo anterior que el juez de control de garantías debe acudir, aparte de los requisitos formales al tomar la decisión de privar de la libertad a una persona, a sustentar su decisión en consideración a las finalidades constitucionalmente admisibles para la misma, tomando como base la ponderación como modelo de argumentación, en el entendido que esta representa una forma de tomar decisiones más justas atendiendo a criterios de razonabilidad y proporcionalidad (Bernal, 2003).

Frente a las consideraciones anteriores se pueden dar repuestas al problema objeto de la investigación de la siguiente forma:

1. La ponderación es una herramienta para fundamentar la decisión que toma el juez de control de garantías en la audiencia de solicitud de medida de aseguramiento, que ordena por sí misma la subjetividad de este funcionario judicial, pues la racionalidad que trae consigo indicaría para cada caso concreto una respuesta genérica.

2. La racionalidad que se exige en el juez a la hora de imponer o no una medida de aseguramiento es una cuestión graduable, es decir, es posible que se adopten decisiones judiciales más o menos racionales; más o menos subjetivas y más o menos controlables.

3. Como enuncian Guibourg, Echave y Urquijo (2002), tanto en la lógica como en la analogía, la ponderación es como la aritmética en un restaurante: no sirve de nada quejarse porque la cuenta es alta. No obstante, si uno sabe matemáticas puede detectar un error en la suma. La lógica cumple una función similar; puede controlar la deducción necesaria de una conclusión a partir de un conjunto de premisas. Si la analogía es correcta, es cierto que la ponderación no puede establecer la existencia de una única respuesta verdadera al problema práctico de que se trate, un conflicto entre los derechos del indiciado, la prevalencia del interés general y fines esenciales del Estado como el servicio a la comunidad y el aseguramiento de la

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

convivencia pacífica, no obstante, puede ser un adecuado medio de control de la racionalidad de la decisión acerca de una medida de aseguramiento. Consintiendo, claro, el empleo de la subjetividad del juez.

Aquí, por supuesto, surge un inconveniente importante en la defensa de la teoría que se plantea, ya que podría objetarse un supuesto desequilibrio en la construcción de la herramienta que se realiza, pues sería contradictorio aceptar (i) el control de racionalidad de una decisión y que (ii) se carece de un criterio único para identificar las mejores razones que justificarían. No obstante, si se admite que la ponderación puede funcionar como un criterio formal que permita la identificación de los pasos en la argumentación a la que recurre el juez de control de garantías para imponer una medida de aseguramiento, se trata de una herramienta sumamente útil. De tal suerte, es una metodología válida para controlar racionalmente aquello que es controlable: cómo avanza el razonamiento del juzgador en cada una de las etapas de su argumentación y demuestra si emplea las herramientas dogmáticas de forma correcta (Mocoroa, 2017).

Ahora bien, tal como lo advirtió el autor citado anteriormete, una vez que se aceptan las limitaciones propias de la exigencia de racionalidad y se recuerda que solo se trata de una estructura formal de control a los fines de la medida de aseguramiento, dichas contradicciones pueden ser disipadas. Y es que, en procura de garantizar la racionalidad, no se le puede exigir a la metodología una actividad –o criterio– que, dadas las altas exigencias a las que se le somete, para poder dar cumplimiento a ello deba tornarse irracional. En suma, no es posible exigirle a una metodología que en rigor es puramente formal, el cumplimiento de condiciones de racionalidad tan exigentes e imposibles que, en verdad, la coloca ante un supuesto de irracionalidad por hiperracionalidad.

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

Sobre este primer aspecto, conviene señalar que existen requisitos objetivos para limitar el derecho a la libertad de una persona, pero que, dado su carácter excepcional e importancia, ya que es un bien de la mayor valía, de conformidad con el Art. 28 de la Constitución Política, adquiriendo per se un peso determinante en el ejercicio de la ponderación realizada por el juez de control de garantías a la hora de decidir sobre la imposición de una medida de aseguramiento.

Consecuente con lo anterior, existen casos en los que, como lo argumenta Alexy en el epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales, en ocasiones “es posible hacer juicios racionales” (Alexy, 2002) sobre el grado de afectación de la libertad del indiciado. En este sentido, existen asuntos fáciles en donde se cumplen con los requisitos objetivos y subjetivos para imponer una medida de aseguramiento. Así, por ejemplo, si Pedro Pérez es condenado por el delito de homicidio agravado y, en virtud a esa sentencia se encuentra recluido en la cárcel, posteriormente se fuga del establecimiento carcelario y es capturado en situación de flagrancia portando arma de fuego de uso privativo de las fuerzas militares, a la hora de solicitar medida por la nueva conducta delictiva, resulta con meridiana claridad la procedencia de la medida de aseguramiento, puesto que se encuentra demostrado el riesgo de no comparecencia como fin constitucional a salvaguardar.

De igual manera, junto a estos casos fáciles existen siempre casos que se hacen difíciles, en virtud a la ideología, sexo y convicciones del funcionario, a la cual recurren las partes para lograr un resultado favorable a sus pretensiones y donde también juega un papel la exposición mediática que se realizan de los casos que generen morbo, miedo y sensación de inseguridad en la sociedad, teniendo claro el funcionario judicial que la decisión que adopte generará controversia en los diferentes sectores de la sociedad.

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

Tal como sucedió el pasado 10 de septiembre de 2019, cuando fue presentado ante un juzgado de control de garantías del municipio de Quibdó el señor Elpidio Ibargüen Palacios, presunto autor del delito de feminicidio agravado, cometido en contra de su compañera sentimental. Según se tenía conocimiento dicho señor se dirigió a un motel conocido de la ciudad de Quibdó en compañía de su compañera sentimental a quien le causó la muerte al parecer con segmentos de la tapa del inodoro. Por ese hecho la fiscalía solicitó la legalización de captura, le imputó el delito de feminicidio agravado y solicitó medida de aseguramiento. Luego de realizar un estudio de los elementos materiales probatorios el juez de control de garantías consideró que no existía inferencia razonable frente al delito de feminicidio agravado toda vez que la fiscalía no allegó un solo elemento material probatorio que indicara que la víctima había sido ultimada por el imputado por su condición de ser mujer, elemento este estructurante del delito de feminicidio, por lo cual se abstuvo de imponer medida de aseguramiento al no encontrar satisfecho el requisito indispensable para imponer una medida de aseguramiento. Caso en el cual, en el ejercicio de ponderación realizado por el funcionario judicial prevaleció la libertad del indiciado frente al ejercicio punitivo del Estado. De ordinario, la procedencia de la medida de aseguramiento solicitada en contra del señor Ibargüen no está determinada por la gravedad de la conducta, una intervención en su libertad implicaba que el ente pesquisador satisficiera el requisito indispensable para estudiar su procedencia, como es la inferencia razonable de autoría o participación en el delito que le fue imputado.⁴²

La gravedad de imponer una medida a toda costa, para responder al deseo de justicia de los ciudadanos, que como se ha indicado se satisface a través de la imponerla en todos los casos, es

⁴² Tomado de entrevista realizada a un Juez de Control de Garantías de la ciudad de Quibdó

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

algo que la comunidad no jurídica no entiende, pero que juega un papel determinante en la subjetividad del juez que a todas luces se refleja en la decisión que adopte. Un juez más respetuoso de las garantías y derechos fundamentales se abstendrá de imponer una medida de aseguramiento. Por el contrario, un juez más populista hará prevalecer la actividad punitiva del Estado frente a los derechos del imputado.⁴³

Así las cosas, este aspecto de la ponderación depararía al juez un margen de acción, en el que éste puede hacer valer su ideología para encaminarse a la decisión a la que quiere llegar.

Todo lo anterior muestra que la ponderación no es un procedimiento que, por sí mismo, garantice la obtención de una única respuesta correcta en todos los casos. “Por el contrario, tiene diversos límites de racionalidad que deparan al juez de control de garantías un irreducible margen de acción, en el que puede hacer valer su ideología y sus propias valoraciones” (Bernal, 2007).

43

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

4. Conclusiones

En el presente puede decirse que partiendo de la definición de los derechos humanos como aquello que la persona posee por su propia naturaleza y dignidad, que le son inherentes y no son una concesión de la comunidad política; que son los que concretan en cada momento histórico las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, los cuales deben ser reconocidos positivamente por el orden jurídico nacional e internacional; en virtud a ello aun en el ejercicio de la actividad punitiva del Estado este debe propender por garantizarlos de ahí que en proceso penal colombiano con la modificación realizada por el Acto Legislativo 03 de 2002 al artículo 250 de la Constitución Política se creó la figura del Juez control de Garantías, funcionario este con raigambre constitucional y al que le corresponde tutelar bienes jurídicos, así su satisfacción vaya contra los intereses de la mayoría, pues es el fin justificador del derecho penal. De ahí que su principal tarea es velar por proteger la constitucionalidad y legalidad del procedimiento en lo que corresponde a la limitación de derechos, a fin de lograr la protección de las garantías y derechos de las partes, intervinientes, terceros y de la sociedad dentro de un proceso penal.

Por tal razón, su labor debe estar encaminada a ponderar la utilidad que entrañan las injerencias penales sobre los derechos fundamentales de las personas que intervienen en el proceso penal; para lo cual debe realizar una proyección del texto constitucional sobre la legalidad ordinaria y sobre la tarea investigativa, buscando una garantía efectiva de éste y haciendo de los principios y derechos verdaderos límites que no afecten a las personas sobre las cuales recae la investigación penal.

Así las cosas, resulta necesario que quien ejerza esta labor tenga una percepción adecuada de los perfiles de su función, de la calidad del poder que ejercen y, con ello, de su importancia y de

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

la carga de legitimidad que puede significar para el sistema en su conjunto optar en todo momento por la protección de los derechos humanos.

Por tanto, sus decisiones no dependen de la aceptación de un conglomerado social sino del carácter constitucional y legal de las mismas en virtud a las funciones asignadas en el acto legislativo 03 del 2002 que modificó el artículo 250 de la ley 906 de 2004 y del artículo 154 del código de procedimiento penal.

El principio de proporcionalidad es la herramienta de interpretación a través de la cual los jueces de control de garantías pueden realizar una interpretación y aplicación de normas jurídicas en el desarrollo de su función, para que así los argumentos plasmados en cada decisión jurídica que se tome en la audiencia de solicitud de medida de aseguramiento no obedezcan al deseo de la ciudadanía a “sentirse segura”, sino a fines y propósitos constitucionales.

La retórica de la seguridad ciudadana en Colombia se ha convertido en el principal fundamento a la hora de establecer la necesidad y proporcionalidad de la medida de aseguramiento, ocasionando ello que el Juez control de garantías incurra en una serie de falencias, las cuales son alegadas por el afectado, lo que trae como consecuencia al Estado un aumento del litigio y condenas judiciales en su contra por privación injusta de la libertad.

De conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, han sido reconocidos como elementos fundamentales o esenciales que deben ser considerados por el juez constitucional a la hora de realizar un test de proporcionalidad: la idoneidad o adecuación de la medida, la necesidad y el test de proporcionalidad en sentido estricto. En otras palabras, es a partir de este específico modelo de test que resulta posible poner en la balanza los beneficios que una medida tiene la virtualidad de reportar y los costos que su obtención representa, de forma que sea posible

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

evidenciar si ésta se encuentra ajustada al ordenamiento superior al propender por una relación de costo-beneficio que, en general, resulta siendo favorable a los intereses constitucionales.

En el municipio de Quibdó no se están cumpliendo los mandatos constitucionales y legales que aseguren decisiones judiciales ajustadas a derecho, lo que se ve reflejado en las opiniones de los ciudadanos, quienes no tienen confianza y seguridad en la administración de justicia, debiendo esta recuperar credibilidad para que la confianza que generen las decisiones judiciales le permitan tener una institucionalidad visible, que obligue al ente acusador a realizar un mayor esfuerzo en sus investigaciones, ya que cuenta con los medios técnicos y humanos para hacerlo.

En la decisión que adopta un juez de imponer, no imponer o graduar una medida de aseguramiento inciden muchos factores, pero sin duda los de mayor incidencia son los de orden sociológico, donde se encuentra la subjetividad del funcionario judicial, por tanto, no podemos dar por sentado que ley está por encima de todo, pues su aplicación en cada caso concreto refleja la misma, desde la cual se invita al juez de control de garantías que, a través de la ponderación, realice un ejercicio interpretativo y argumentativo, desde el cual fundamente sus decisiones y logre la graduación de la afectación de los principios, la determinación de su peso abstracto y de la certeza de las premisas empíricas y la elección de la carga de argumentación apropiada para cada caso, a fin que la imposición de una medida de aseguramiento no sea la regla sino la excepción.

La ponderación funciona como un criterio formal que permita la identificación de los pasos en la argumentación a la que recurre el juzgador para determinar su decisión, es una metodología válida para controlar racionalmente cómo avanza el razonamiento del juzgador en cada una de las etapas de su argumentación y demuestra si emplea las herramientas dogmáticas de forma correcta.

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

La asociación entre la subjetividad del funcionario judicial y la ponderación ocurre en el momento en que el operador jurídico pretende adoptar una decisión objetiva, es decir, en el instante de escogencia de las razones para su decisión, en el cual no solo su razonamiento se fundamenta en aspectos jurídicos, sino que haya justificación en su ser interno, a fin de establecer la idoneidad de los elementos materiales probatorios puestos en su conocimiento.

La subjetividad del funcionario judicial, asociada a la ponderación como elemento fundante de las decisiones en la solicitud de medida de aseguramiento, está encaminada a lograr un equilibrio razonable y ponderado entre, por un lado, el grado de severidad que representa la injerencia oficial y, por el otro, el grado concreto de satisfacción y obtención del fin que aquella se propone, pues además que el juez a través de la subjetividad puede darle una aplicación correcta a mandamientos constitucionales y legales, que, si bien en muchos casos escapan a la legalidad y formalismo en sentido estricto, resulta en el ideal de justicia, que para el caso de la medida de aseguramiento, le permite al juez establecer la existencia de la inferencia razonable, graduar la medida, abstenerse de imponerla o reducir su aplicación desmedida.

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

5. Lista de Referencias

Acevedo, A. L. (2014). *Análisis, Interrogantes y Soluciones en el Sistema Penal Acusatorio*. Bogotá: Doctrina y Ley LTDA.

Alarcón Cabezas, H. J. (2017). El rol del juez de investigación preparatoria en la fundamentación de la duración de la prisión preventiva para casos no complejos y su relación con el derecho al plazo razonable, motivación de las resoluciones judiciales, y presunción de inocencia.

Alexy, R. (2002). EPÍLOGO A LA "TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES". *Revista española de derecho constitucional*, (66), 13-64.

Alexy, R. (2003). Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios. Universidad Externado.

Alexy, R., Vázquez, R., & Zimmerling, R. (2005). *Teoría del discurso y derechos constitucionales*. Distribuciones Fontamara.

Aponte Cardona, A. (2006). *Manual para el juez de control de garantías en el sistema acusatorio penal*. Consejo Superior de la Judicatura Sala Administrativa Escuela «Rodrigo Lara Bonilla», Colombia.

Arango, H., & Isabel, M. (2010). A propósito del papel del juez de control de garantías en la audiencia de formulación de imputación (Comentario a la sentencia de tutela de la Sala de Casación Penal de la CSJ, del 22 de septiembre de 2009, radicado 44103). *Nuevo Foro Penal*, 75, 231.

Ayala, C. A. L. (2009). *Principio de Proporcionalidad en el Derecho Procesal Penal*. Ediciones Nueva Jurídica.

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

Barragán Garzón, P. A., & López Pinilla, A. L. (2018). Las decisiones judiciales: un dilema entre la legitimidad y la influencia de los medios de comunicación. *Novum Jus: Revista Especializada en Sociología Jurídica y Política*; Vol. 12, no. 2 (jul.-dic. 2018); p. 189-200.

Bernal Cuellar, J., & Montealegre Lynett, E. (2013). El proceso penal. *Fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio*, 1, 5.

Bernal Pulido, C. (2003). Estructura y límites de la ponderación.

Carbonell, M. (2008). El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional. Ministerio de justicia y Derechos Humanos. Quito Ecuador.

Código de procedimiento penal [Código]. (2004)

Congreso de Colombia (8 de noviembre de 2006. Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. [Ley 1098 de 2006]. Recuperado de <https://www.comunidadtesistadelatinoamerica.com/>

Constitución Política de Colombia [Const]. (1991). SUIN Juriscol.

Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión. (28 de abril de 2017). Sentencia T-265/17. [MP. Alberto Rojas Ríos]

Corte Constitucional, Sala Plena. (01 de Diciembre De 2010). Sentencia C-980-10. [MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo]

Corte Constitucional, Sala Plena. (09 de mayo de 2007). Sentencia C-336-07. [MP. Jaime Córdoba Triviño]

Corte Constitucional, Sala Plena. (10 de agosto de 2005). Sentencia C-822 -05. [MP. Manuel José Cepeda Espinosa]

Corte Constitucional, Sala Plena. (12 de mayo de 2010). Sentencia C-334-10. [MP. Juan Carlos Henao Perez]

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

Corte Constitucional, Sala Plena. (19 de abril de 2017). Sentencia C-221-17. [MP. José Antonio Cepeda Amarís]

Corte Constitucional, Sala Plena. (23 de mayo de 2007). Sentencia C-396-07. [MP. Marco Gerardo Monroy Cabra]

Corte Constitucional, Sala Plena. (23 de septiembre de 1996). Sentencia T-465-96. [MP. Fabio Moron Diaz]

Corte Constitucional, Sala Plena. (24 de mayo de 2017). Sentencia C-342-17. [MP. ALBERTO ROJAS RÍOS]

Corte Constitucional, Sala Plena. (26 de agosto de 2009). Sentencia C-575/09. [MP. Humberto Antonio Sierra Porto]

Corte Constitucional, Sala Plena. (27 de enero de 2009). Sentencia C-025-09. [MP. Rodrigo Escobar Gil]

Corte Constitucional, Sala Plena. (27 de febrero de 2008). Sentencia C-186 -08. [MP. Nilson Pinilla Pinilla]

Corte Constitucional, Sala Plena. (28 de mayo de 2008). Sentencia C-536 -08. [MP. Jaime Araújo Rentería]

Corte Constitucional, Sala Plena. (29 de julio de 2003). Sentencia C-622-03. [MP. Alvaro Tafur Galvis]

Corte Constitucional, Sala Plena. (30 de agosto de 2017). Sentencia C-534/17. [MP. Gloria Stella Ortiz Delgado]

Corte Constitucional, Sala Plena. (30 de octubre de 1997). Sentencia C-549/97. [MP. Carlos Gaviria Díaz]

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

Corte Constitucional, Sala Plena. (30 de octubre de 1997). Sentencia C-318-08. [MP. Carlos Gaviria Díaz]

Corte Constitucional, Sala Plena. (31 de agosto de 2016). Sentencia C-469-16. [MP. Luis Ernesto Vargas Silva]

Corte Constitucional, Sala Plena. (31 de mayo de 2000). Sentencia C-634/00. [MP. Vladimiro Naranjo Mesa]

Corte Constitucional, Sala Plena. (9 de abril de 2008). Sentencia C-318-08. [MP. Jaime Córdoba Triviño]

Corte Constitucional, Sala Plena. (9 de junio de 2005). Sentencia C-591-05. [MP. Clara Inès Vargas Hernández]

Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión. (18 de septiembre de 1992). Sentencia C-525 -92. [MP. Ciro Angarita Baron]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (03 de mayo 2017). STP6135-91096. [MP. Patricia Salazar Cuellar]

Corte Suprema de Justicia, Sala de casación Penal. (12 de Octubre de 2016). AP7109-2016. [MP. Patricia Salazar Cuellar]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (24 de julio de 2017). AP4711-2017.

Cuéllar, J. B., Lynett, E. M., & Pizarro, N. E. B. (2013). El Proceso Penal Tomo I: Fundamentos Constitucionales y Teoría General. U. Externado de Colombia.

de Derechos Humanos, D. U. (1948). Declaración Universal de los Derechos humanos. Asamblea General de las Naciones Unidas, 10.

Domenech, I. P. (1997). El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional. *Jueces para la Democracia*, (28), 69-75.

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

Fiscalía seccional Quibdó. (2019). Informe de la fiscalía.

García, R. C., & Cordero, E. M. (2010). La subjetividad como factor determinante en el sentido de una sentencia penal. *CIENCIA ergo-sum*, 17(2), 177-182.

García, R. C., & Cordero, E. M. (2010). La subjetividad como factor determinante en el sentido de una sentencia penal. *CIENCIA ergo-sum*, 17(2), 177-182.

Gómez Orozco, J. A. (2016). Diccionario jurídico aplicado.

Hervada, J. (2000). Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho. Eunsa.

Informe especial feminicidios Chocó Enero –Septiembre 2019. Recuperado de https://humanas.org.co/wp-content/uploads/2020/10/15.Boletin_Vivas_nos_queremos_Choco.pdf

Juzgado Segundo Penal del Circuito de Quibdo. (1 de diciembre de 2017). Auto Interlocutorio No 270016001100201602681.

Llacsahuanga Chávez, R. (2011). Constitución y Proceso Penal. *Derecho 07*, Revista Institucional de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga, 7, 27-40.

Martínez, C. C. (2008). La Función del Juez Control de Garantías en el proceso penal con tendencia acusatoria. Bogotá: Librería Jurídica.

Mocoroa, J. M. (2017). La racionalidad de la ponderación en la argumentación constitucional. *Prolegómenos*, 20(39), 73-85.

Observatorio de Feminicidios Colombia de la Red Feminista Antimilitarista y Corporación Humanas. (2019)

Orozco, J. A. (2012). Legalización de captura, formulación de imputación, imposición de medida de aseguramiento, vistos desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia. Bogotá: Librería Señal Editora.

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

Orozco, J. A. G. (2012). Nuevo sistema penal acusatorio: legalización de captura, formulación de imputación, imposición de medida de aseguramiento: vistos desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de justicia. Señal Editora.

Orrego Sánchez, C. (2009). La objetividad del derecho como función de la subjetividad/objetividad del juez. *Revista de derecho (Valparaíso)*, (33), 599-619.

Palacios Mosquera, L. B. (2016). Límites Temporales a las Medidas de Aseguramiento en el Proceso Penal. Grupo Editorial IBAÑEZ.

Peñaloza, S. J. M. (2009). La resolución penal: errores frecuentes. Porrúa.

Pinto, R. A. (2005). El juez de control de garantías. *Doctrina y ley*.

Prieto Sanchís, L. (2003). Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. *Neoconstitucionalismo (s)*, 2, 123-159.

Prieto Sanchís, L. P. (2007). El Juicio de Ponderación constitucional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Pulido, C. B. (2007). El derecho de los derechos escritos sobre la aplicación. Universidad Externado.

Pulido, C. B. (2007). El derecho de los derechos escritos sobre la aplicación. Universidad Externado.

Sierra, L. F. B. (2008). La limitación de derechos fundamentales en el sistema acusatorio colombiano. Librería Jurídica Comlibros.

Tisnés Palacio, J. S. (2011). Principio de inocencia y medida de aseguramiento privativa de la libertad en Colombia (un estado constitucional de derecho). *Ratio juris*, 6(13), 59-72.

Tisnés Palacio, J. S. (2011). Principio de inocencia y medida de aseguramiento privativa de la libertad en Colombia (un estado constitucional de derecho). *Ratio juris*, 6(13), 59-72.

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

Ubertis, G. (2017). Elementos de epistemología del proceso judicial. Editorial Trotta.

Villa, P. L. V. (2007). Las audiencias preliminares en el Sistema Penal Acusatorio.

Fiscalía General de la Nación.

Zagrebelsky, G. (2008). El juez constitucional en el siglo XXI. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 10, 249-268.

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

ANEXOS

ENTREVISTA A JUEZ PRIMERO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS

1. ¿En su opinión cuales son las principales dificultades que ha encontrado para el cumplimiento de las funciones como juez control de garantías?

R/: No los consideraría problemas, a veces lidiar con la sociedad no entienden que la medida de aseguramiento no es una pena anticipada sino para cumplir los fines y le toca a uno lidiar con ese concepto, pero igual toca ejercerlo.

2. ¿Considera que existe presión para tomar decisiones en algunos casos específicos?

R/: Los medios de comunicación generan presión, pero como funcionario le toca a uno desprenderse y decidir conforme a lo que está en el proceso. Aunado a ello la fiscalía no hace un test de proporcionalidad, para el ente acusador siempre la medida idónea es a la reclusión intramural utilizando como fundamento el mensaje que se le envía a la sociedad, por lo cual considero que desde los fiscales se tergiversa los fines de la medida de aseguramiento.

3. ¿El principio de proporcionalidad le ha sido útil para tomar decisiones referentes a la medida de aseguramiento? Si/ no, ¿por qué?

R/: Si porque ante la ausencia del test de proporcionalidad por parte de los fiscales, como juez acudo a él para adoptar la decisión que en derecho corresponda.

4. ¿Ha hecho uso de su subjetividad para tomar decisiones?

R/: No, las decisiones se toman de acuerdo a lo arribado en el proceso.

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

5. En caso de que la respuesta sea afirmativa ¿la misma la ha asociado al principio de ponderación?

R/: No

Nota: Cuando se le pregunto si deseas agregar algo más, manifestó que los cambios que deben implementarse son desde el rol del fiscal pues este debe evaluar bien cuales es la medida que resulte idónea, proporcionada y necesaria, porque se evidencia que la fiscalía considera que su rol es solicitar una medida privativa de la libertad. Respecto al tiempo de la defensa si en realidad se aplicara el tiempo razonable para la defensa técnica esta debería tener más tiempo para hacer su ejercicio con elementos de prueba, ya que es la columna del debido proceso.

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

ENTREVISTA JUEZ SEGUNDO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES DE CONTROL DE GARANTIAS AMBULANTE

1. ¿En su opinión cuales son las principales dificultades que ha encontrado para el cumplimiento de las funciones como juez control de garantías?

R/: Considero que las principales problemáticas tienen que ver con el mal manejo que se le da a la duración de las audiencias de control de garantías donde los sujetos procesales por tratarse de la primera audiencia que se celebra dentro del proceso, quieren hacer su mejor esfuerzo y se ha generado que las audiencias preliminares se conviertan en un mini juicio que en ocasiones se vuelven incontrolables. Aunado a ello hay escasez de jueces de control de garantías por lo tanto a diario nos encontramos con un cúmulo de audiencias donde el juez debe tomar una decisión de manera inmediata.

2. ¿Considera que existe presión para tomar decisiones en algunos casos específicos?

R/: Es que el sistema quedo mal estructurado la fiscalía nos investiga a nosotros como jueces y aunado a ello es sujeto procesal en las audiencias que presidimos, lo que puede genera animadversión que incidan en posibles investigaciones en nuestra contra, ya que no estamos exentos de ello. Los medios de comunicación perturban la siquis del funcionario judicial pero claro está que en caso de no darse los presupuestos establecidos en la ley se adopta la decisión que en derecho corresponda.

3. ¿El principio de proporcionalidad le ha sido útil para tomar decisiones referentes a la medida de aseguramiento? Si/ no, ¿por qué?

R/: Si porque permite obrara con criterios de razonabilidad y ponderación, para ello se requiere revisar la norma contenida en nuestra constitución política, código de

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

procedimiento penal y antecedentes jurisprudenciales y con el análisis de esas normatividades tomar la decisión que sea más favorable a la persona privada de la libertad y ponderando los derechos no solamente de esa persona sino también de las víctimas.

4. ¿Ha hecho uso de su subjetividad para tomar decisiones?

R/: No, las decisiones se toman de cara a la constitución y a la ley.

5. En caso de que la respuesta sea afirmativa ¿la misma la ha asociado al principio de ponderación?

R/: No

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

ENTREVISTA JUEZ PRIMERO PENAL AMBULANTE CON FUNCIONES DE CONTROL DE GARANTÍAS

1. ¿En su opinión cuales son las principales dificultades que ha encontrado para el cumplimiento de las funciones como juez control de garantías?

R/: El corto tiempo para tomar las decisiones, las posibles investigaciones penales a las que se pueda ver uno abocado a enfrentarse en caso de no acceder a lo solicitado por la fiscalía.

2. ¿Considera que existe presión para tomar decisiones en algunos casos específicos?

R/: Presión propiamente dicha no, pero siempre juega un papel importante los medios de comunicación, la presión social que se ejerce a través de ellos, el no acceder a la solicitud de la fiscalía que implique una investigación en nuestra contra.

3. ¿El principio de proporcionalidad le ha sido útil para tomar decisiones referentes a la medida de aseguramiento? Si/ no, ¿por qué?

R/: Si, pero por más que el juzgador quiera adoptar una decisión lo más objetiva posible, la presión social en estos casos siempre influye en la decisión que emite, y a veces se prefiere no arriesgar la reputación y se opta por imponer una medida de aseguramiento privativa de la libertad en su lugar de residencia, pues siendo así, no queda tan enojado el fiscal y la defensa se da por bien servida.

4. ¿Ha hecho uso de su subjetividad para tomar decisiones?

R/: Esta siempre esta presente a la hora de tomar decisiones y aunque no considero que sean la base para tomar decisiones si aparecen aspectos como las características del acto criminal, la reacción afectiva del juzgador que influyen en la hora de decidir.

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

5. En caso de que la respuesta sea afirmativa ¿la misma la ha asociado al principio de ponderación?

R/: No

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

ENTREVISTA JUEZ SEGUNDO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES DE CONTROL DE GARANTÍAS

1. ¿En su opinión cuales son las principales dificultades que ha encontrado para el cumplimiento de las funciones como juez control de garantías?

R/: La presión social, los juicios a priori que lanzan los medios de comunicación y la necesidad que de la sociedad que la única manera de demostrar que se administra justicia es a través de una medida de aseguramiento.

2. ¿Considera que existe presión para tomar decisiones en algunos casos específicos?

R/: Sobre todo en los de gran impacto social siempre se espera una medida de aseguramiento y muchas veces la fiscalía no realiza un trabajo investigativo juicioso, pretendiendo que el juez por la trascendencia del caso deje pasar sus falencias.

3. ¿El principio de proporcionalidad le ha sido útil para tomar decisiones referentes a la medida de aseguramiento? Si/ no, ¿por qué?

R/: Sí, pero a pesar de tener que tomar decisiones objetivas influye la sociedad.

4. ¿Ha hecho uso de su subjetividad para tomar decisiones?

R/: No diría como tal que sí, pero es importante señalar que el sexo del juzgador entra a jugar un papel determinante en la decisión que este adopte en la audiencia de solicitud de medida de aseguramiento y, más concretamente, en aquellas conductas delictuales que afectan la libertad y formación sexual, cuyas víctimas en su mayoría son mujeres, situación que permite que si el Juez Control de garantías es una mujer existe una identidad de género y ello genera sentimientos de adhesión que, quiera o no en muchas ocasiones se ven reflejados en su decisión, le hacen ser más severa con este tipo de asuntos y, aunque en

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

muchos casos el relato de la víctima como único elemento demostrativo de la inferencia razonable de autoría o participación, tienda a ser desdibujada con declaraciones de personas que den cuenta que el indiciado no estuvo en el lugar de los hechos o que la relación sexual se dio de mutuo acuerdo, una mujer siempre hará uso de su instinto femenino, otorgándole más peso a la declaración de la víctima, lo que en la mayoría de casos deviene en la imposición de una medida de aseguramiento privativa de la libertad. Contario ocurre cuando el resolutor de la controversia en este tipo de delitos es de sexo masculino, cuyo sentimiento de adhesión puede inclinarse hacia el indiciado, pues aunque en los delitos sexuales el relato coherente de la víctima constituye la inferencia razonable, ante este funcionario es más dable sembrar la duda sobre la existencia de la inferencia razonable, ya que no se identifican con la víctima y su perspectiva de los hechos puede ser distinta e incluso otorgarle peso a las declaraciones que pretenden desdibujar la misma. Igualmente hay que considerar el factor atinente a la formación del resolutor que la determina su trayectoria profesional y estudios realizados, en razón de los cuales se estructura una línea de razonamiento jurídico que entra a justificar sus decisiones y, así concretamente, nos encontramos con funcionarios amantes de la presunción de inocencia, otros que creen en las oportunidades de resocialización o los que sencillamente ven la restricción de la libertad como ideal de justicia.

5. En caso de que la respuesta sea afirmativa ¿la misma la ha asociado al principio de ponderación?

R/: No.

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

ENTREVISTA ABOGADO JULIO HERNANDO RODRIGUEZ CORREA

1. ¿En su opinión cuáles son las principales dificultades que ha encontrado para el ejercicio de defensa en la audiencia de medida de aseguramiento?

R/: En mi humilde opinión las dificultades que he encontrado en el ejercicio de defensa en la audiencia de la medida de aseguramiento, son los límites de tiempo para poder recolectar la mayor cantidad de elementos materiales probatorios, que me permitan hacer contra peso a la solicitud de la fiscalía, sea desde el punto de vista de controvertir la inferencia razonable de autoría o participación, o la necesidad de la medida o los fines de la misma, toda vez que atendiendo al principio de concentración dicha audiencia no permite a la defensa contar con el mayor tiempo de preparación para arrumar el mejor arsenal probatorio posible que permita una defensa con decoro.

2. ¿Considera que las decisiones de los jueces son tomadas como producto de la presión?

R/: En efecto considero que si toda vez que los señores jueces reciben presión inicialmente de la fiscalía, cuando ésta en algunas ocasiones insinúa posibles investigaciones si la decisión no es la solicitada por ellos, así mismo reciben presión de los medios de comunicación, cuando estos prejuzgan y lanzan juicios apresurados y desmedidos sin conocer el fondo del asunto, en igual sentido y por último de la sociedad a través de las redes sociales las cuales generan un tipo de presión silenciosa puesto que todo el que quiera se siente con derecho de opinar frente a los temas judiciales partiendo de sus conocimientos legos en los temas jurídicos penales, pues no cuentan con la mínima formación jurídica que invite a un análisis desapegados de emociones y este mas fundamentado en la razón.

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

3. ¿Cuáles considera que son los factores que tienen en cuenta los jueces de control de garantías para tomar sus decisiones? ¿existen factores externos que influyen? En caso de que la respuesta sea afirmativa ¿Cuáles?

R/: Considero que los factores que tienen en cuenta los jueces de control de garantías para tomar sus decisiones son: en primera medida los jurídicos puesto que lo que primero se analiza es la trasgresión de la norma penal, tomando como punto de partida la gravedad del hecho, el impacto que esto puede generar en la sociedad, así mismo la trayectoria de la persona que está frente a ellos para ser juzgada ya que si es una persona que se está iniciando en el mundo delincriminal y el delito no es de gran impacto social las consideraciones van a ser más benévolas. Por último, si existen factores externos influyentes tales como los medios de comunicación las redes sociales e incluso los superiores funcionales.

4. ¿Ha invocado el principio de proporcionalidad en aras que el juez se abstenga, gradúe o imponga una medida menos invasiva del derecho a la libertad y las mismas han sido tenidas en cuenta por los jueces?

R/: Efectivamente, he invocado dicho principio en la búsqueda de la aplicación de una medida más justa que se acomode a la realidad fáctica y jurídica, que obedezca a la razonabilidad estricta del derecho, en la que aflore sin límite alguno el respeto por la dignidad humana del procesado, y que además se sujete a los estándares internacionales que se han fijado para las medidas de aseguramiento a través de la corte interamericana de los derechos humanos, así como también de los órganos asociados a la Naciones Unidas, lo anterior reconocido por Colombia a través del bloque de constitucionalidad. Pero en la

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

realidad estos temas son poco aplicados por los jueces ante los cuales he litigado, pues estos eluden el debate argumentativo bien sea para ajustar su decisión o bien sea por desconocimiento ya que en sus decisiones no incluyen lo expresado por la defensa así sea para desestimar los argumentos con los que la defensa invoca tal principio.

5. ¿Considera que los jueces de control de garantías cumplen con sus funciones?

R/: Considero que de manera general si cumplen con su función, pues la magistratura así lo exige y en la gran mayoría de los casos aplican el derecho dentro de los parámetros con plena autonomía e independencia esto se observa mucho más en las principales ciudades o en las capitales de departamento pues en las provincias se aplica un derecho más conveniente si se tiene en cuenta los factores sociales externos que rodean eso entornos, pues no es un secreto para nadie que la falta de presencia institucional en algunas regiones del país hacen que el cumplimiento de la funciones jurisdiccionales se tornen más complejas para los operadores judiciales.

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

ENTREVISTA ABOGADO DARWIN CASTRO AGUALIMPIA

1. ¿En su opinión cuáles son las principales dificultades que ha encontrado para el ejercicio de defensa en la audiencia de medida de aseguramiento?

R/: En la audiencia de solicitud de medida de aseguramiento siempre para uno como abogado va a ser difícil el poco tiempo que se tiene para preparar una defensa ya que no podemos desconocer que la fiscalía tiene una investigación y la lleva hace rato y ha tenido tiempo para recoger elementos materiales probatorios y la defensa no, porque nosotros solo contamos con 36 horas a partir de la captura para recaudar esos elementos, entonces en la medida en que la defensa no tenga el tiempo suficiente para recolectar elementos materiales probatorios, siempre vamos a decir que vamos con más del 50% de la posibilidad de que al cliente se le imponga la medida de aseguramiento. Pienso que esta es la principal dificultad.

2. ¿Considera que las decisiones de los jueces son tomadas como producto de la presión?

R/: Debo decir que bajo mi experiencia los jueces de control de garantías son autónomos y actúan por convicción, toman sus decisiones con base a lo que se les allega en audiencia, pero no debemos olvidar que son seres humanos y tienen de cierta forma unos prejuicios sobre determinadas conductas y esto de pronto si puede influir en la toma de sus decisiones, pero yo creería que los jueces son independientes y ellos de cierta forma actúan con base a lo que le dicta su conocimiento jurídico, la norma y la interpretación que hacen de ella, pues yo creería que si alguno lo hace presionado son muy pocos, la mayoría de los jueces lo hacen de manera independiente, imparcial, autónoma con base al conocimiento que ellos tienen de lo que se les presenta en audiencia.

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

3. ¿Cuáles considera que son los factores que tienen en cuenta los jueces de control de garantías para tomar sus decisiones? ¿existen factores externos que influyen? En caso de que la respuesta sea afirmativa ¿Cuáles?

R/: Los factores que tienen en cuenta son los elementos materiales probatorios que se arriman a la audiencia por parte de la defensa, pero si influye mucho un factor externo que tiene que ver con las condiciones sociales de la persona que está siendo investigada, ese es un factor determinado porque dependiendo del rol que esa persona ejerza en la sociedad entonces el juez va a mirar si concede o no un subrogado o si impone o no una medida, otro factor que también influye y no se puede dejar de lado es la cercanía que tenga ese juez de control de garantías con esa persona que está siendo investigada o con algún familiar, eso no se puede obviar que siempre como seres humanos conocemos a alguien y cuando hay empatía con esa persona se busca la manera de cómo defender al otro, no queriendo decir de que exista un factor económico sino que el que se conozca a la persona que se esté investigando es determinante a la hora de decidir sobre una medida de aseguramiento.

4. ¿Ha invocado el principio de proporcionalidad en aras que el juez de abstenga, gradúe o imponga una medida menos invasiva del derecho a la libertad y las misma han sido tenida en cuenta por los jueces?

R/: Efectivamente muy a menudo en mis audiencias utilizo este principio y en muchas ocasiones he encontrado eco en el operador judicial. Y es que ese principio de proporcionalidad lo debe siempre ponderar tanto el juez de control de garantías como el juez de conocimiento porque no podemos olvidar que el derecho penal debe ser justo, darle

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

a cada quien lo que le corresponda y de acuerdo a lo que se demuestre en la audiencia concentrada.

5. ¿Considera que los jueces de control de garantías cumplen con sus funciones?

R/: Considero que a pesar que el sistema penal acusatorio lleva 20 años, todavía esta un poco incipiente y creería pues desde mi óptica que los jueces de control de garantías cumplen en cierta medida, pero hay un aspecto fundamental que no ha permitido que ellos cumplan a cabalidad con su función y es el que tiene que ver con que por la formación que tren los jueces de control de garantías. Me explico, resulta y pasa que el juez de control de garantías es un juez constitucional, ni siquiera debe ser un juez penal, es una persona que conozca a precisión al constitución y conozca sobre derechos fundamentales de las personas que están siendo investigadas, pero entonces en Colombia tenemos un problema y es que la mayoría d ellos jueces de control de garantías viene de sr fiscales, entonces ya tienen una concepción de la norma y fueron formados bajo un sistema antiguo que era la ley 60/200 y luego llega este nuevo sistema penal acusatorio y ellos pasan de ser fiscales y los mandan de jueces de control de garantías, entones yo creería que el juez de control de garantías no debería ser un juez penal sino que sea un juez de control de garantías, un juez constitucional, porque igual que la función que él tiene como juez de control de garantías son funciones de un juez constitucional.

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

ENTREVISTA JHONIER TELLO PALACIOS ABOGADO LITIGANTE, DOCENTE UNIVERSITARIO. ESPECIALISTA Y MAGISTER EN DERECHO PENAL.

1. ¿En su opinión cuáles son las principales dificultades que ha encontrado para el ejercicio de defensa en la audiencia de medida de aseguramiento?

R/: La principal dificultad a la que me he enfrentado es el prejujuamiento (muchas veces no manifiesto) que se percibe por parte del quien funge como juez, pareciera que la captura – imputación son suficientes para imponer una medida de aseguramiento restrictiva de la libertad. Ello sumado a la irrelevancia que les genera los argumentos de la defensa y los elementos materiales probatorios que se aportan en aras de evitar la imposición de la medida deprecada por la fiscalía.

2. ¿Considera que las decisiones de los jueces son tomadas como producto de la presión?

R/: En efecto, en un gran porcentaje, las medidas de aseguramiento que imponen se fincan en presiones, mediáticas, penales, disciplinarias, políticas, jerárquicas (institucionales, laborales) y, hasta, morales.

3. ¿Cuáles considera que son los factores que tienen en cuenta los jueces de control de garantías para tomar sus decisiones? ¿existen factores externos que influyen? En caso de que la respuesta sea afirmativa ¿Cuáles?

R/: Los factores que he identificado son, entre otros, las presiones institucionales (directrices), gubernamentales, políticas, jurídicas, disciplinarias, laborales. Si el juez fundamentara sus decisiones regido, estrictamente, en los Tratados Internacionales, Constitución y la ley diferente sería el panorama carcelario y judicial del país.

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

4. ¿Ha invocado el principio de proporcionalidad en aras que el juez de abstenga, gradúe o imponga una medida menos invasiva del derecho a la libertad y las misma han sido tenida en cuenta por los jueces?

R/: Puedo afirmar, con conocimiento de causa, que ni el 10% de los jueces a los que he exhortado a aplicar el principio de proporcionalidad lo han tenido en cuenta, ello por lo que se indicó en la primera respuesta, acatan más el descontento social y la sed de justicia a ultranza que el respeto por el debido proceso y la primacía de los derechos fundamentales y principios constitucionales y procesales.

5. ¿Considera que los jueces de control de garantías cumplen con sus funciones?

R/: Lo que se espera del juez de control de garantías es que sea autónomo, imparcial, sometido a los Tratados Internacionales, Constitución y la ley. No obstante, las presiones a las que ya aludí impidan que realicen, de manera adecuada las funciones que les asignó la Constitución y la ley.

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

ENTREVISTA ABOGADO YUSSER ORTIZ CUESTA

1. ¿En su opinión cuáles son las principales dificultades que ha encontrado para el ejercicio de defensa en la audiencia de medida de aseguramiento?

R/: Como abogado litigante en el derecho penal, y en específico en la audiencia de solicitud de imposición de medida de aseguramiento, es que los jueces de garantías no han entendido que su función constitucional es precisamente esa, y queden interpretar y aplicar la normatividad en cuanto restricción de la libertad se refiere de manera restrictiva, y que esa limitación a esa libertad debe ser la regla excepcional y no la general, y que además si los fines a proteger no se cumplen o no están claros no podrán imponer una medida de aseguramiento.

Muchas veces valoran subjetivamente esas medidas.

También le corrigen y ayudan la carga argumentativa que debe tener el fiscal.

Se dejan llevar en muchas ocasiones por lo que conceptúe el representante el ministerio público.

El rol de defensa la mayoría de las veces es descontextualizado y desvalorización, y muchas situaciones más que se viven como abogado litigante en esta área.

2. ¿Considera que las decisiones de los jueces son tomadas como producto de la presión?

R/: En la mayoría de los casos si, y mucho más cuando es un caso de connotación social, bien sea por los medios de comunicación, por la comunidad y porque no decirlo por sus superiores jerárquicos y la misma estadística de la justicia.

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

3. ¿Cuáles considera que son los factores que tienen en cuenta los jueces de control de garantías para tomar sus decisiones? ¿existen factores externos que influyen? En caso de que la respuesta sea afirmativa ¿Cuáles?

R/: Como lo dije en la respuesta anterior muchas veces si existen algunos factores externos que incluyen en las decisiones, como la presión de los medios y de la misma comunidad, a los jueces les da miedo las denuncias por prevaricato, máxime cuando se abstienen de imponer medida, por censura que puede generar esas decisiones.

4. ¿Ha invocado el principio de proporcionalidad en aras que el juez de abstenga, gradúe o imponga una medida menos invasiva del derecho a la libertad y las misma han sido tenida en cuenta por los jueces?

R/: Debo decir que en múltiples ocasiones he invocado el criterio de proporcionalidad, y en específico para una medida menos invasiva, en algunas oportunidades se me ha aceptado y reconocido esa argumentación, pero en la mayoría de las oportunidades no, son pretexto de la ineficacia de las medidas diferente a la carcelaria.

5. ¿Considera que los jueces de control de garantías cumplen con sus funciones?

R/: En sentido general se podría decir que sí, claro está que todavía se presentan muchísimas falencias, por no existir un criterio claro y homogéneo en cuanto a esa función a nivel nacional, ya que, varían los criterios de un juez a otro, más si son de diferentes circuitos.

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

ENTREVISTA ABOGADO KEITH RENETRIA ARIAS

1. ¿En su opinión cuáles son las principales dificultades que ha encontrado para el ejercicio de defensa en la audiencia de medida de aseguramiento?

R/: El prejuizamiento que desde la primera audiencia se ve, mírese que un juez por más objetivo que pretenda ser, al tener que decidir la situación jurídica de personas sindicadas de hurto, también en motocicleta y que haya herido a la víctima no va a pensar que estos individuos con base en criterios de ponderación y gradualidad, pese a ser delincuentes primarios y representar un peligro para la sociedad, pueda imponérseles una medida no privativa con algunas obligaciones de las que trata el artículo 317 literal B del C.P.P, sino que al ser víctima de un delito como estos a su juicio, pese a que taxativamente no quede plasmado es su decisión, la relación afectiva con el acto criminal le permite contemplar como única medida idónea la detención preventiva intramural.

2. ¿Considera que las decisiones de los jueces son tomadas como producto de la presión?

R/: Para responder esta pregunta te cuento una experiencia, el juez de control de garantías debe decidir sobre la solicitud de medida de aseguramiento presentada por la fiscalía en el caso de una mujer de 15 años quien presuntamente fue abusada por su hermano, y como elementos materiales probatorios, el ente acusador presenta la entrevista de la menor, la de su mejor amiga y la de la tía, a quienes la victima les comentó lo sucedido. Al momento de solicitar la medida de aseguramiento la fiscalía hace alusión a la gravedad de la conducta para indicar que el indiciado representa un peligro para todo el género femenino toda vez que, si hizo esto con su hermana, qué

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

más puede esperar la sociedad. Si analizamos, la actuación procesal de la fiscalía se limitó a enrostrarle al juez la gravedad de la conducta, pero esta, per se, no denota la procedencia de la medida de aseguramiento, aunque a donde realmente quiero llegar es que situaciones como estas tocan las emociones más profundas del juez que sin avizorar estos requisitos de procedencia de la medida, con base a su propia experiencia puede considerar que la medida resulta necesaria, procedente, lo que obedecería a una decisión más emocional que racional y que bien sustentada no se mira como arbitraria, sino como el producto del análisis de los elementos materiales probatorios que, a su juicio, resultaron suficientes para restringir el derecho a la libertad del imputado, incurriendo en la aplicación desmedida de la detención preventiva intramural.

¿Cuáles considera que son los factores que tienen en cuenta los jueces de control de garantías para tomar sus decisiones? ¿existen factores externos que influyen? En caso de que la respuesta sea afirmativa ¿Cuáles?

R/: Como lo dije en la respuesta anterior muchas veces si existen algunos factores externos que incluyen en las decisiones, como la presión de los medios y de la misma comunidad, a los jueces les da miedo las denuncias por prevaricato, máxime cuando se abstienen de imponer medida, por censura que puede generar esas decisiones.

3. ¿Ha invocado el principio de proporcionalidad en aras que el juez de abstenga, gradúe o imponga una medida menos invasiva del derecho a la libertad y las misma han sido tenida en cuenta por los jueces?

R/: Si, pero estos argumentos generalmente no son tenidos en cuenta por los jueces.

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

4. ¿Considera que los jueces de control de garantías cumplen con sus funciones?

R/: Considero que todavía les falta mucho para ello y sobre todo convencerse que más que jueces penales, son jueces constitucionales.

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

ENTREVISTA ABOGADO CARMELO EMILIO PEREA BENITEZ

1. ¿En su opinión cuáles son las principales dificultades que ha encontrado para el ejercicio de defensa en la audiencia de medida de aseguramiento?

R/: La mayor dificultad en este aspecto radica en la ausencia de elementos materiales probatorios y evidencias físicas en ese momento procesal por parte de la defensa para oponerse a la petición de la fiscalía de imposición de medida de aseguramiento o que se imponga una menos invasiva, ya sea por carencia de investigador, por desconocimiento o escasez económica de este y sus familiares para coayudar a la defensa en la consecución de aquellos.

2. ¿Considera que las decisiones de los jueces son tomadas como producto de la presión?

R/: Algunas veces las decisiones de los jueces si son tomadas como producto de la presión mediática y por temor a sus superiores, es decir, que sean mal calificados, pero en términos generales pienso que gozan de independencia en la toma de las mismas.

3. ¿Cuáles considera que son los factores que tienen en cuenta los jueces de control de garantías para tomar sus decisiones? ¿existen factores externos que influyen? En caso de que la respuesta sea afirmativa ¿Cuáles?

R/: En algunas oportunidades los jueces no deciden con objetividad los casos, y si existen factores externos que afectan sus decisiones como “el qué dirán”, toda vez que al decidir en contra de la fiscalía pensarían que los habrían sobornado en casos muy sonados, el temor a las redes sociales, y por evitar que su decisión sea revocada por el superior jerárquico.

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

4. ¿Ha invocado el principio de proporcionalidad en aras que el juez de abstenga, gradúe o imponga una medida menos invasiva del derecho a la libertad y las misma han sido tenida en cuenta por los jueces?

R/: Si he invocado el principio de proporcionalidad con tales propósitos, y algunas veces han sido tenidas en cuenta por los jueces con claros análisis muy ponderativos, y en otras oportunidades las han negado incluso ciñéndose a aspectos subjetivos, pero esto último con menos frecuencia.

5. ¿Considera que los jueces de control de garantías cumplen con sus funciones?

R/: Considero que mayoritariamente los jueces de control de garantía si cumplen con sus funciones, aunque todavía se tienen algunas falencias a la hora de imponer o revocar medidas de aseguramiento, ya que su discurso y sustentación muchas veces son los mismos de la fiscalía para la toma de decisiones en este sentido.

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

ENTREVISTA MILTON ABOGADO MILTON GRACIA LLOREDA

1. ¿En su opinión cuáles son las principales dificultades que ha encontrado para el ejercicio de defensa en la audiencia de medida de aseguramiento?

R/: En mi opinión un de las mayores dificultades a las que se enfrenta la defensa es la imposibilidad de recaudar elementos materiales probatorios y evidenciad físicas para controvertir la teoría del caso de la fiscalía, ya que como es sabido la fiscalía cuenta con tiempo suficiente para realizar la investigación.

2. ¿Considera que las decisiones de los jueces son tomadas como producto de la presión?

R/: considero que la mayoría de las decisiones de los jueces son tomada como producto de la presión que ejerce el aparato investigador, la sociedad y el consejo seccional o superior de la judicatura, ya que en ocasiones los jueces terminan siendo investigados por los mismos.

3. ¿Cuáles considera que son los factores que tienen en cuenta los jueces de control de garantías para tomar sus decisiones? ¿existen factores externos que influyen? En caso de que la respuesta sea afirmativa ¿Cuáles?

R/: la presión de la fiscalía. la presión de la sociedad, la clase de delito. Podemos indicar que uno de los factores externos es como los jueces de control de garantía en su mayoría son nombrados en provisionalidad no toman sus decisiones libremente es decir, en cuanto a derecho se refiere por el temor a que sean destituidos por sus superiores o el órgano que los nombra.

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

4. ¿Ha invocado el principio de proporcionalidad en aras que el juez de abstenga, gradúe o imponga una medida menos invasiva del derecho a la libertad y las misma han sido tenida en cuenta por los jueces?

R/: Si, todas las audiencias de medida de aseguramiento solicito la ponderación invocando siempre la proporcionalidad en aras de que el Juez de control de garantía por ser un juez protector de derechos y garantías de los ciudadanos si ha de imponer medida de aseguramiento privativa de libertad se imponga la menos invasiva a la libertad del ciudadano.

5. ¿Considera que los jueces de control de garantías cumplen con sus funciones?

R/: Si, creo que los Jueces de control de garantías en su mayoría cumplen con sus funciones pero también es importante que estos jueces sean los más calificados y que gocen de la independencia para que puedan sus decisiones razonables, o basadas en la Constitución, la ley y la jurisprudencia sin aceptar presiones externa.

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

ENTREVISTA ABOGADO JULIO CESAR SEGURA RIASCOS

1. ¿En su opinión cuales son las principales dificultades que ha encontrado para el ejercicio de defensa en las audiencias de medida de aseguramiento?

R/ Son:

-El incumplimiento al parágrafo 4 del artículo 303 del código de procedimiento penal que influye en el tiempo de preparación de la defensa frente a la iniciación de las audiencias, esto consiste en que el funcionario que captura en su momento ni la fiscalía informan oportunamente al defensor público, aquí no se cumple lo de la inmediatez en un altísimo porcentaje también del momento que la familia haga contacto con el abogado de confianza.

-La recolección de EMP Y EF

-Los fines de semana tenemos dificultad para encontrar investigadores.

-Las tecnologías que muchas veces fallan y hacen eternas las audiencias.

-La dificultad para entrevistar al capturado por ocasión de la pandemia.

2. ¿Considera que las decisiones de los jueces son tomadas como producto de la presión?

R/ En algunas ocasiones la fiscalía general de la nación ejerce presión sobre el juez sobre todo cuando el fiscal le advierte al juez que si toma determinada decisión puede prevaricar o quedar incurso en la comisión de un delito.

-También hay presión por parte de la policía nacional para judicializar o expedir una orden de captura

-Cuando se está dando la comisión de un determinado delito y el juez impone una medida con el fin de dar un mensaje a la sociedad y no por que se cumplan los requisitos legales y constitucionales para imponer una medida sobre todo la más restrictiva de la libertad .

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

3. ¿Cuales considera que son los factores que tienen en cuenta los jueces de control de garantías para tomar sus decisiones? ¿existen factores externos que influyen cuáles?

R/: Los jueces de control de garantías se fijan más en la parte objetiva de la petición de la fiscalía como la competencia, el tipo de delito por cualquier cosa el imputado es un peligro para la víctima o para la sociedad de acuerdo a ese concepto el mismo imputado no se le puede presentar EMP O EF que indique que puede obstruir el proceso o atente contra un testigo, tampoco presentan elementos que indican que no comparecerá al proceso, sin embargo se le sindicó de ser un peligro para la sociedad etc - y la gravedad de la conducta - pero muchas veces los EMP no son bien recaudados y eso no se tiene en cuenta al ser alegados por la defensa.

4. ¿Ha invocado el principio de proporcionalidad en aras de que el juez se abstenga, gradúe o imponga una medida menos invasiva del derecho a la libertad y la misma han sido tenidas en cuenta por los jueces?

R/ Recientemente sí, pero pareciera que no dijera nada ya que la respuesta es que el defensor ha hecho un gran esfuerzo pero la decisión termina siendo la imposición de una medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario

La medida se impone como castigo y no como un requisito procesal para garantizar los fines constitucionales.

5. ¿Considera que los Jueces de control de garantías cumplen sus funciones?

R/ esta pregunta es relativa porque depende del caso, del juez y del defensor y del indiciado o imputado. Es decir, depende de la suerte para que se dé verdadera garantía.

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

ENTREVISTA ABOGADO ESTEBAN VILLEGAS

1. ¿En su opinión cuáles son las principales dificultades que ha encontrado para el ejercicio de defensa en la audiencia de medida de aseguramiento?

R/: Las dificultades para defender a una persona, es tratar de comprobar que se merece dicha medida y que se debe convencer al juez que se tienen las herramientas jurídicas para salvaguardar el caso.

2. ¿Considera que las decisiones de los jueces son tomadas como producto de la presión?

R/: El juez de control de garantías debe actuar en derecho, y atenerse a lo que establece la norma, desplegando una actitud imparcial sobre los asuntos que le competen. Eso es lo que nos enseñan en la profesión, y así se debe actuar.

3. ¿Cuáles considera que son los factores que tienen en cuenta los jueces de control de garantías para tomar sus decisiones? ¿existen factores externos que influyen? En caso de que la respuesta sea afirmativa ¿Cuáles?

R/: Creo que influye la sociedad civil, el Estado y el mismo medio en que nos desenvolvemos los abogados, porque todos estos factores influyen en la decisión del juez.

4. ¿Ha invocado el principio de proporcionalidad en aras que el juez de abstenga, gradúe o imponga una medida menos invasiva del derecho a la libertad y las mismas han sido tenida en cuenta por los jueces?

R/: En Colombia es muy complicada la situación, debido a que las leyes en materia penal en sí mismas son desproporcionales al momento de establecer las penas para los delitos, toda vez que existen aquellos que deberían contemplar una sanción menor que la esperada.

5. ¿Considera que los jueces de control de garantías cumplen con sus funciones?

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

R/: Si, pues inminentemente debe ajustarse a lo que establezca la ley en materia penal.

Es un criterio que obligatoriamente deben acoger.

ENTREVISTA ABOGADO ALEJANDRO DUQUE OSORIO

1. ¿En su opinión cuáles son las principales dificultades que ha encontrado para el ejercicio de defensa en la audiencia de medida de aseguramiento?

R/: Desde mi perspectiva, el problema con el que me he encontrado es con recopilar los elementos de prueba para hacer valer ante el juez de control de garantías, como bien sabemos, en derecho todo tiene que ver con el principio de la presunción de inocencia y la carga de la prueba.

2. ¿Considera que las decisiones de los jueces son tomadas como producto de la presión?

R/: Dependiendo de la situación, porque como es un tema probatorio, si todos los elementos se configuran, hay mayor facilidad para que los jueces actúen en derecho.

3. ¿Cuáles considera que son los factores que tienen en cuenta los jueces de control de garantías para tomar sus decisiones? ¿existen factores externos que influyen? En caso de que la respuesta sea afirmativa ¿Cuáles?

R/: También depende, porque en muchas ocasiones influyen los medios de comunicación, toda vez que cuando los jueces deben intervenir en casos sometidos al escenario público, están sometidos a la presión social. Y más en Colombia que la justicia es tan cuestionada.

4. ¿Ha invocado el principio de proporcionalidad en aras que el juez de abstenga, gradúe o imponga una medida menos invasiva del derecho a la libertad y las misma han sido tenida en cuenta por los jueces?

EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

R/: En lo particular si he acudido al principio de proporcionalidad, sin embargo, siento que en muchas ocasiones los jueces no toman en cuenta los argumentos de nosotros los abogados litigantes.

5. ¿Considera que los jueces de control de garantías cumplen con sus funciones?

R/: Siempre será un tema que depende de factores regionalistas, pues cada operador judicial actúa del modo en que más le parezca, no es lo mismo la justicia en Quibdó, que la capital de Colombia.