

EL DERECHO DE DEFENSA EN LA LEY 906 DE 2004 * . SIN UNA ACTIVIDAD DEFENSIVA ACTIVA Y MATERIAL NO HAY DERECHO DE DEFENSA REAL

*The right to a defense in the Act 906 of 2004. Without an active
and material defense there is no real defense*

Eduardo Matyas Camargo* *
Corporación Universitaria Republicana

RESUMEN

Este artículo es el resultado del trabajo de investigación sobre el derecho a la defensa, cuyos orígenes más remotos habría que buscarlos en la antigüedad, pero cuya consagración como garantía judicial, y posteriormente como derecho humano y derecho fundamental, se retrotrae a la modernidad, con autores como Cesare Beccaria.

Hoy el derecho a la defensa tiene rango constitucional y convencional, con un amplio desarrollo normativo en la ley 906 de 2004 que implementó el código penal de tendencia acusatoria. En la investigación se identifican las instituciones y artículos que materializan esta garantía judicial para todos los procesados, no solo como derecho material, sino también como defensa técnico-jurídica garantizada por la presencia durante todo el proceso de un apoderado designado por el procesado, o en caso de no poderlo hacer, por el Sistema Nacional de Defensoría Pública.

El derecho a la defensa se consagra de las investigaciones preliminares -aunque en forma limitada-, y más plenamente a partir de la imputación, estando garantizado en todas las etapas procesales en forma ininterrumpida hasta el recurso extraordinario de casación.

Recepción del artículo 10 de septiembre de 2013. Aceptación del artículo 2 noviembre de 2013.

- * Este artículo hace parte de la investigación terminada: "Los derechos fundamentales en el sistema penal acusatorio", desarrollada dentro de la línea de investigación Derecho Penal y Política Criminal del Grupo Derecho Público, perteneciente al Centro de Investigaciones de la Corporación Universitaria Republicana, reconocido por Colciencias.
- ** Abogado de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, con especialización en Derecho Constitucional en la Universidad Nacional de Colombia. Docente investigador de la Corporación Universitaria Republicana.

Se consolida la investigación con decisiones judiciales de las altas cortes que fortalecen el derecho a la defensa como una garantía que la ley establece en forma obligatoria, y cuya afectación da origen a la nulidad del proceso ante la imposibilidad de su omisión. De todo ello da razón la investigación aquí presentada.

Palabras clave: Derechos Fundamentales, acto legislativo, derecho de defensa, sistema penal acusatorio, Constitución Política, código de procedimiento penal, debido proceso, juicio oral, pruebas, recursos judiciales.

ABSTRACT

The article is the result of research work on the right of defense, whose earliest origins must be sought in antiquity, but whose consecration as a judicial guarantee, and later as a fundamental human right and law, goes back to modernity, with authors like Cesare Beccaria.

Today this right to defense has constitutional and conventional range, and has a broad policy development in the act 906 of 2004, which implemented the accusatory penal code trend. In research institutions and articles that embody this judicial guarantee for all processed people are identified not only as substantive law, but also as a technical legal defense guaranteed by the presence during the whole process of processing a designated representative, or if they are not able to do so, by the National Public Defender System.

The right to defense is devoted to preliminary investigations, but in a limited way, and more fully from the complaint, being guaranteed in all procedural steps without being interrupted until the extraordinary appeal.

Research is consolidated to judicial decisions of the High Courts which strengthen the right to defense as a guarantee that the law provides for compulsory and whose involvement gives rise to the mistrial of the impossibility of its omission. From all those this research gives reason herein.

Key words: Fundamental Rights, legislation, rights of defense, Constitution, Code of Criminal Procedure accusatory system, due process, trial, evidence, judicial.

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

El Sistema Penal Acusatorio implementado a través del Acto Legislativo 003 de 2002 y la ley 906 de 2004, fue presentado ampliamente como un sistema

garantista y el único compatible y afín con el Estado social y democrático de derecho.

En desarrollo del programa penal de la Constitución de 1991, en la ley 906 de 2004 se reconoció a través de numerosos artículos el derecho a la defensa, representado no solo en la indispensabilidad de la defensa técnica en las distintas etapas procesales, a partir del interrogatorio, la legalización de captura o la imputación, sino en las facultades del procesado y su defensor para controvertir las pruebas presentadas por la fiscalía, la posibilidad de preparar y llevar las pruebas de defensa al juicio oral, la exigencia de la constatación de principios constitucionales en la privación de la libertad, y el cumplimiento estricto de formalidades, etapas procesales y términos, todo lo cual constituye el debido proceso.

Sin embargo, una vez promulgada la ley que implementó el código de procedimiento penal, se dio inició casi simultáneamente a una serie de leyes que han venido menoscabando los derechos de los procesados y el ejercicio mismo del derecho a la defensa, por lo que resulta indispensable identificar en que instituciones y facultades se hallaba plasmado este derecho, que normas posteriores lo han venido erosionando, en qué medida ese derecho se halla hoy afectado, y se además sí ello constituye un quebranto de las instituciones democráticas de derecho.

ESTRATEGIA METODOLÓGICA

A partir de la formulación del problema de investigación, se aborda la exploración identificando inicialmente las instituciones y artículos que consagran el derecho de defensa, realizando un análisis dogmático-jurídico de estas instituciones y derechos, seguido de una confrontación con las modificaciones introducidas por nuevas leyes y decisiones jurisprudenciales que modifican o afectan esta institución.

El método utilizado es esencialmente analítico, ya que busca auscultar la esencia y alcance de las instituciones que consagra el derecho a la defensa, discerniendo su conocimiento a través de la identificación de la institución de defensa y su formulación jurídica en la norma, y luego auscultar su reconocimiento y aplicación por los operadores judiciales y apoderados.

Finalmente se aborda las modificaciones y afectaciones al derecho a la defensa realizadas por las nuevas normas y decisiones judiciales, a través de la comparación lógico-jurídica de la primigenia normatividad con las nuevas reglamentaciones y decisiones.

INTRODUCCIÓN

El primero de enero de 2005 entró a regir un nuevo código procesal penal caracterizado por su tendencia al sistema penal acusatorio, propio del sistema anglosajón. Con el cambio de sistema se buscaba hacer más ágil los procedimientos y descongestionar los Despachos atiborrados por millones de procesos.

El implementar un sistema procesal más expedito conlleva siempre el peligro de arrasar con los derechos de los procesados y de otros intervinientes, ya que tiende a preponderarse los resultados sobre las formas, es decir, puede prevalecer el efectivismo sobre la justicia, enviando el mensaje a la sociedad de una pronta justicia y la disminución de la impunidad, uno de los graves problemas que aqueja a la justicia y suscita la preocupación de la sociedad.

La investigación realizada analiza el alcance del derecho de la defensa establecida en la ley 906 de 2004, a partir del texto que fue inicialmente aprobado, y las modificaciones introducidas a la ley en aquellos aspectos que afectan este derecho fundamental, que ha traído como consecuencia no solo el retroceso de las garantías procesales, sino, incluso, que cada vez más se desvirtúa las características de un sistema penal acusatorio, retomando viejas instituciones propias de un sistema inquisitivo.

Es tan grave ese retroceso en garantías procesales, que se han retomado viejos procedimientos establecidos en la vieja y poco garantista justicia de “orden público” o “regional”, que se dejó vigente en el nuevo código procesal bajo la denominación de “justicia especializada”. A partir de la subsistencia de los jueces especializados que aplicaban un común procedimiento con los demás operadores judiciales; se han introducido reformas que reviven procedimientos especiales y términos extendidos, que constituyen un grave retroceso a los derechos fundamentales, al derecho a la defensa y a una pronta justicia.

Las modificaciones introducidas a la ley procesal penal están acompañadas la mayoría de las veces, con el aumento de las penas, la creación de nuevos delitos y la ampliación de tipos penales existentes, a través de la introducción de nuevas modalidades y circunstancias que diversifican y amplían los delitos, que redundan siempre en detrimento de los derechos de los procesados y van configurando cada día más un Estado represor, que busca solucionar no solamente los problemas de orden público, sino los económicos, sociales y culturales, a través del derecho penal, redundando en un crecimiento acelerado de la población carcelaria, a pesar que persiste una muy alta tasa de impunidad sobre el creciente número de delitos que afecta a la sociedad.

Se hace necesario conocer y denunciar los retrocesos cada vez más profundos que afectan el derecho a la defensa, introducidos unas veces a través del cambio de la ley procesal aprobada por el legislativo, y otras, a través de sentencias proferidas principalmente por la Corte Suprema de Justicia, y en otras ocasiones por decisiones de constitucionalidad o tutelas decididas por la Corte Constitucional, en este caso, acompañadas de una inusitada gravedad por constituir el órgano de cierre de la jurisdicción colombiana.

La investigación deja en evidencia que el retroceso en las garantías procesales no solo afecta a los indiciados y procesados, sino que constituye junto con el endurecimiento del derecho penal sustantivo, un detrimento de las instituciones constitucionales, y como tal, un deterioro de la vida democrática.

1. ANTECEDENTES DEL DERECHO A LA DEFENSA

El derecho a la defensa consagrado en los tratados internacionales de derechos humanos, las constituciones nacionales, y diversos códigos y leyes adjetivas o de juzgamiento de la mayoría de los Estados, tiene su origen lejano concomitante en el surgimiento de los Estados nacionales, constitucionalización y positivización de derechos y libertades individuales frente al Estado y al gobernante.

En la Edad Media junto a la desaparición de los Estados, tal como se conocían en la antigüedad, (Grecia y Roma, donde llegó a existir democracias esclavistas), también desapareció el derecho a la defensa, pues se instauró en Europa monarquías absolutistas como la de Luis XIV en Francia llamado el “Rey Sol”, con quien se llegó a su máxima expresión la identificación del Estado con el soberano, representado en la famosa frase “L’État, c’est moi”¹ (“El Estado soy yo”).

En los juicios adelantados durante la inquisición no existía la presunción de inocencia, y por ende, el derecho a la defensa. Los procesados se consideraban culpables -presunción de culpabilidad-, y la tortura buscaba la confesión del delito por el que eran procesados, por lo tanto ésta no era un medio de investigación sino de ratificación de su culpabilidad. Contra esta barbarie

1 *L’État, c’est moi* «El Estado soy yo» se le atribuye frecuentemente, aunque está considerada por los historiadores como una imprecisión histórica, ya que es más probable que dicha frase fuera forjada por sus enemigos políticos para resaltar la visión estereotipada del absolutismo político que Luis representaba, probablemente surgiendo de la cita “El bien del Estado constituye la Gloria del Rey”, sacadas de sus *Réflexions sur le métier de Roi* (1679).

reaccionaron numerosos pensadores y juristas, entre ellos Helvetius, Diderot, Voltaire, Hume, y otros enciclopedistas, que junto con Rousseau y Montesquieu influyeron en el jurista milanés Cesare Beccaria, quien escribió una de las más grandes obras de derecho penal “*Dei Delitti e Delle Pene*”,² en la cual se abogaba en forma sistemática por numerosas garantías procesales, entre ellos el principio de legalidad y el derecho a la defensa.

Desde el punto de vista formal, el origen del derecho a la defensa se remonta al año 1776, al consignarse en la declaración en la sección VIII de la Declaración de Derechos del Estado de Virginia, que enunciaba “*en todo proceso criminal, inclusive en los que se pide la pena capital, un hombre tiene derecho a conocer la causa y naturaleza de la acusación, a ser careado con sus acusadores y testigos, a pedir pruebas a su favor, y a ser juzgado rápidamente por un jurado imparcial de su vecindad, sin cuyo consentimiento unánime no puede considerársele culpable; tampoco puede obligársele a testificar contra sí mismo; que nadie pueda ser privado de su libertad, salvo por mandato de la ley del país o por juicios de sus iguales*”³

Las garantías establecidas por el Estado de Virginia se recogieron y se ampliaron posteriormente en las enmiendas V y VI de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica. La enmienda V consagra algunas garantías judiciales en los siguientes términos: “*Ninguna persona estará obligada a responder por delito capital o infamante, sino en virtud de acusación suscrita por un jurado mayor, excepto en aquellos casos que ocurran en las fuerzas de mar o tierra, o en la milicia, cuando ésta fuera llamada a servicio activo en tiempo de guerra o peligro público. No se someterá ninguna persona dos veces al riesgo de perder vida o miembro por el mismo delito; no se podrá obligar en un caso criminal a que testifiquen en contra de sí misma, ni se le privará de la vida, la libertad o a propiedad, sino por medio del debido procedimiento legal, ni se podrá tomar propiedad privada para uso público sin la debida compensación*”⁴

La Enmienda VI de la misma constitución desarrolla otras garantías respecto al derecho a la defensa: “*En todas las causas criminales, el acusado tendrá derecho a un juicio rápido y público, por un jurado imparcial del Estado y Distrito donde se hubiere cometido el delito; a que se le informe de la naturaleza y causa de la acusación; a que se caree con los testigos que declaren en contra; a que se obligue a declarar a los testigos que cite a su favor, y a tener un abogado que lo defienda*”.⁵

2 El libro fue publicado en Liborno en 1764, en forma anónima por temor a las represalias por su publicación. En “de los delitos y las penas”, Editorial Altaya, Barcelona 1994. Pág. 13.

3 ROZO ACUÑA, E. Introducción al Concepto de Estado Moderno. Antología de textos de Derecho Público. Vol. 2. Universidad Externado de Colombia, 1968. Pág. 183.

4 *Ibíd*, pág. 205 y 206

5 *Ibíd*, pág. 206.

El derecho a la defensa y otras garantías judiciales continúa su desarrollo constitucional, en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, proclamados por la Convención Nacional Francesa el 26 de Agosto de 1789. En ella se establece en el artículo 7 el principio de legalidad y el debido proceso: *“Ningún hombre puede ser acusado, arrestado o detenido, sino es en los casos determinados por la ley, según las formas por ella prescrita”*, y en el artículo 9, la presunción de inocencia: *“Todo hombre ha de ser tenido por inocente hasta que haya sido declarado culpable”*.⁶

Por otro lado, la Declaración Francesa del 24 de junio de 1793 expresaba en su artículo 14, que *“Nadie puede ser juzgado y castigado sino después de haber sido oído o legalmente llamado”*, fórmula que también fue contemplada en la Constitución Francesa de 1795.

Durante el siglo XIX rigió el sistema inquisitivo en la mayor parte de los países, sistema en el cual las investigaciones preliminares eran ocultas por lo que no existía allí derecho de defensa, el cual solo se garantizaba en la etapa de la investigación formal y el juicio que realizaba un mismo operador judicial, pero admitiendo en algunas etapas procesales o clase de procesos, la presencia de una persona honorable como defensor, ante la carencia de abogados titulados. En el siglo XX el derecho penal y procesal penal tuvo un amplio desarrollo legal y constitucional, y en la segunda mitad del siglo se crearon organismos internacionales, tales como la ONU y la OEA para promover la paz y el respeto de los derechos humanos, en el marco de los cuales se firmaron tratados y convenios internacionales de derechos políticos y garantías judiciales.

EL DERECHO DE DEFENSA EN LAS DECLARACIONES Y TRATADOS INTERNACIONALES

Finalizada la Segunda Guerra Mundial, el 26 de junio de 1945 en la ciudad de San Francisco, EE.UU., se firmó la Carta de las Naciones que dio origen a la ONU. El 10 de diciembre de 1948 la Asamblea General de las Naciones Unidas reunida en París aprueba la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), conformada por 30 disposiciones en los que se consagra en los artículos 10 y 11 el derecho de defensa como derecho humano universal:

“Artículo 10

Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la

6 ROLLE, Claudio, KREBS, Ricardo, DUSSAILLANT, Jacqueline. La Revolución Francesa en sus documentos. Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 1990, pág. 64.

determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

Artículo 11

1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa. (...)”⁷

Aunque la DUDH no es un documento vinculante como un tratado o convenio internacional, ésta sirvió de base para la aprobación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptados por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1976, y ratificado por Colombia mediante la ley 74 de 1968, en vigor para el país desde 23 de marzo de 1976, en el que se establecen amplias garantías judiciales en los artículos 9 y 10 del Pacto.

En abril de 1948 la IX Conferencia Internacional Americana realizada en Bogotá creó la Organización de los Estados Americanos (OEA), en el marco de la cual fue aprobada la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre compuesta de 38 artículos, en los cuales se consagra el derecho de defensa en el artículo XXVI.

Posteriormente el 22 de noviembre de 1969 en San José de Costa Rica, se aprueba la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), que consagra el derecho de defensa en el artículo 8 de garantías judiciales⁸. Dicha Convención fue ratificada por Colombia por la ley 16 de 1972, y entró en vigor para el país

7 Compilación de Instrumentos Internacionales. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, Bogotá, 2003, pág. 16

8 Artículo 8. Garantías Judiciales.

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.
2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
 - a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
 - b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;
 - c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
 - d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

el 18 de julio de 1978. Con esta Convención se creó el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, con una Corte cuyos fallos son obligatorios para Colombia desde la entrada en vigor de la ley aprobatoria de la Convención. En 1991, con la aprobación de la nueva Constitución de Colombia se incorporan a la normatividad jurídica, con prevalencia en el orden interno, los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, a través del bloque de constitucionalidad previsto en el artículo 93 de la Carta, reforzando la protección de los derechos humanos y con ellos el derecho de defensa.⁹

PROTECCIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

El derecho a la defensa es parte integrante de los derechos fundamentales, los cuales se hallan consagrados en la Constitución Nacional en el Título II, capítulo primero, a partir del artículo 11. Los derechos fundamentales solo aparecen en el orden jurídico colombiano a partir de 1991, tomado el concepto de las constituciones española y alemana, que en buena parte inspiraron a los constituyentes nacionales en el ejercicio legítimo de extraer lo mejor de las fuentes del derecho comparado, pero sin entrar a definirlos como se halla en ellas, y sin hacer una enumeración taxativa de los mismos.

De conformidad con lo anterior, es por vía reglamentaria¹⁰, doctrinaria y jurisprudencial como se logra el acercamiento a su comprensión y definición.

-
- e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
 - f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
 - g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
 - h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.
3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.
 4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.
 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

⁹ Constitución Política de Colombia, Editorial Leyer, Bogotá, 2011, pág. 152.

¹⁰ Decreto # 2591 de 1991. "Artículo 2. Derechos protegidos por la Tutela. La acción de tutela garantiza los derechos constitucionales fundamentales. Cuando una tutela se refiera a un derecho no señalado expresamente en la Constitución como fundamental, pero cuya naturaleza permita su tutela para casos concretos, la Corte Constitucional le dará prelación en la revisión a esta decisión".

A partir de las sentencias de la Corte Constitucional, se han identificado como derechos subjetivos: “los derechos fundamentales son aquellos que se encuentran reconocidos –directa o indirectamente– en el texto constitucional como derechos subjetivos de aplicación inmediata”.¹¹

De conformidad con lo anterior, resulta relevante establecer el arraigo constitucional del derecho a la defensa, siendo como es, un derecho fundamental, que tiene su desarrollo legal en diversos textos de derecho adjetivo, en materia penal en el código de procedimiento penal (ley 906 de 2004) y en otros estatutos especiales, como el Código de la Infancia y la Adolescencia (ley 1098 de 2006) y el Código Penal Militar (ley 1407 de 2010).

A nivel constitucional se halla establecido en el artículo 29 de la Carta, como parte del debido proceso, de obligatorio cumplimiento en las actuaciones judiciales y administrativas. En este artículo se hace una breve pero relevante enunciación de algunas de las instituciones jurídicas que conforman el derecho de defensa, que no pueden ser desconocidas en los desarrollos normativos, sin que con ellos se agote, pero si constituyéndose como garantías mínimas.

El artículo 29 de la Carta, luego de establecer como parte del debido proceso el principio de legalidad, consagra como parte de aquel el derecho de defensa:

“Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. (...)”

“Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho”.¹²

Del texto constitucional se extraen 4 garantías que constituyen la base constitucional del derecho a la defensa:

1. Derecho a la defensa material, es decir, el derecho del procesado a ejercer actividad defensiva durante las distintas etapas del proceso.
2. A tener un abogado escogido por él, o designado por el estado, durante la investigación y el juzgamiento, quien ejerce la defensa técnica.

¹¹ Corte Constitucional, SU -225 de 1998

¹² Constitución Política de Colombia, Editorial Leyer, Bogotá, 2011, pág. 53.

3. A presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra, por él mismo, o a través de su abogado.
4. A impugnar la sentencia condenatoria, en forma personal y sustentada por él mismo o por su defensor.

En ejercicio del derecho a la defensa material el procesado tiene amplias facultades, como solicitar pruebas, interrogar, contrainterrogar, interponer recursos, salvo el de casación, que sólo podrá hacerlo en caso de ser abogado. La defensa técnica se ejerce a través de un profesional del derecho designado por el propio procesado, o en caso de no hacerlo, el Sistema Nacional de Defensoría Pública le designa un defensor, que puede ser sustituido por uno de confianza si así lo decide el procesado.

Sobre la necesidad de la defensa técnica como garantía constitucional la Corte Suprema de Justicia se pronunció en 2006 en los siguientes términos: “La Corte tiene definido de antaño que el derecho de defensa técnica, como garantía constitucional, posee tres características esenciales, debe ser intangible, real o material y permanente, en todo proceso. La intangibilidad está relacionada con la condición de irrenunciable, por lo tanto, en el evento de que el imputado no designe su propio defensor, el Estado debe procurárselo de oficio; material y real porque no puede entenderse garantizada por la sola existencia nominal de un defensor profesional del derecho, sino que se requieren actos positivos de gestión defensiva y finalmente la permanencia conlleva a que su ejercicio debe ser garantizado en todo el trámite procesal sin ninguna clase de limitaciones”.¹³

Las previsiones normativas constitucionales que consagran garantías judiciales como derechos fundamentales, entre ellos el derecho a la defensa y el debido proceso, no pueden ser asumidos solo como normas-reglas que imponen deberes cerrados frente a supuestos delimitados, que de acuerdo al artículo 4 de la Carta, siempre serán prevalentes por encima de cualquier otra norma¹⁴, sino como normas-principios, que deben ser, por una parte, desarrollados normativamente y además, utilizadas como fundamento de interpretación que sustenten las decisiones judiciales.

13 Corte Suprema de Justicia, sentencia 22432 del 19 de octubre de 2006. M.P. JAVIER ZAPATA ORTIZ.

14 *Ibíd.*, art. 4. Pág. 6. “La constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.

CONSAGRACION DEL DERECHO DE DEFENSA EN LA LEY 906 DE 2004

Antes de la constitución de 1991, el sistema procesal que se aplicaba en el juzgamiento de los delitos era de naturaleza inquisitiva, en el que el funcionario judicial que adelantaba la investigación era el mismo que juzgaba. Con la constitución de 1991 se estableció un sistema mixto de juzgamiento, para lo cual se creó la Fiscalía General de la Nación, a la cual le corresponde adelantar las investigaciones y precluir o acusar, en cuyo caso el juzgamiento lo realizaba un juez. En este sistema mixto, la fiscalía tenía amplias funciones judiciales, como ordenar capturas, allanamientos y registros, definir situación jurídica, privar de la libertad a los indiciados, practicar y recoger pruebas que serían llevadas al juicio, y cumplir funciones de parte acusadora en el juicio.

En el año 2002 se modificó a través del acto legislativo 03 el artículo 250 de la Constitución Nacional para dar paso a un sistema de tendencia acusatoria.¹⁵ En desarrollo de dicho acto legislativo, se aprobó la ley 906 de 2004 por medio del cual se implementó un sistema procesal penal de tendencia acusatoria o código de procedimiento penal (CPP), desarrollando ampliamente el derecho de defensa, pero igualmente limitando el alcance del mismo.

PRINCIPIOS RECTORES Y DERECHO DE DEFENSA MATERIAL Y TÉCNICA

La ley 906 de 2004 contiene un título preliminar en el cual se incluyen en los primeros 27 artículos los principios rectores y las garantías procesales. La misma ley establece en el artículo 26, que las normas rectoras son obligatorias y prevalecen sobre cualquier otra disposición del código, y deben utilizarse como fundamento de interpretación.

Ya habíamos citado en otra investigación sobre los derechos fundamentales¹⁶ la definición de principios hecha por Tulio Eli Chinchilla Herrera, según la cual *“Los principios son mandatos de optimización, en tanto que las reglas*

15 Se define el sistema procesal colombiano como de tendencia acusatoria, no puro, debido a que aún persisten algunas facultades de carácter judicial o propia de los jueces, en cabeza de la Fiscalía, como adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones, y excepcionalmente capturas. Ver Constitución Nacional, art. 250, Núm. 1 y 2.

16 MATYAS CAMARGO, Eduardo. “Los derechos Fundamentales en el Sistema Penal Acusatorio”. Revista Republicana # 4-5, Bogotá 2008, págs.. 59-73.

mandatos definitivos"¹⁷. Por ello, cuando se presentan tensiones o choques entre los principios, estos se deben resolver mediante el método de la ponderación y no por el tradicional método de la subsunción, es decir por la acomodación o comparación de los hechos con las normas, para establecer deberes o garantías; o por el método silogista simple y mecánico.¹⁸

El artículo 8 constituye la más importante enunciación de los derechos de defensa material del procesado y la defensa técnica, sin que ahí se agoten las garantías, ya que estas se consagran y amplían en numerosos artículos a través del código.

El texto aprobado por la ley 906 de 2004 es el siguiente:

“Artículo 8º. Defensa. En desarrollo de la actuación, una vez adquirida la condición de imputado, éste tendrá derecho, en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal, en lo que aplica a:

- a) No ser obligado a declarar en contra de sí mismo ni en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad;
- b) No autoincriminarse ni incriminar a su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad;¹⁹
- c) No se utilice el silencio en su contra;
- d) No se utilice en su contra el contenido de las conversaciones tendientes a lograr un acuerdo para la declaración de responsabilidad en cualquiera de sus formas o de un método alternativo de solución de conflictos, si no llegaren a perfeccionarse;
- e) Ser oído, asistido y representado por un abogado de confianza o nombrado por el Estado;

17 CHINCHILLA HERRERA, Tulio Eli. ¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?”. Editorial Temis, Bogotá

18 CEPEDA, Manuel José. Los Derechos Fundamentales en la Constitución de 1991. Temis – Consejería Presidencial para el Desarrollo de la Constitución, Santafé de Bogotá, 1992, pág. 13.

19 El texto subrayado fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-029 de 2009, en el entendido de que las mismas incluyen, en igualdad de condiciones, a los integrantes de las parejas del mismo sexo.

- f) Ser asistido gratuitamente por un traductor debidamente acreditado o reconocido por el juez, en el caso de no poder entender o expresarse en el idioma oficial; o de un intérprete en el evento de no poder percibir el idioma por los órganos de los sentidos o hacerse entender oralmente. Lo anterior no obsta para que pueda estar acompañado por uno designado por él;
- g) Tener comunicación privada con su defensor antes de comparecer frente a las autoridades;
- h) Conocer los cargos que le sean imputados, expresados en términos que sean comprensibles, con indicación expresa de las circunstancias conocidas de modo, tiempo y lugar que los fundamentan;
- i) Disponer de tiempo razonable y de medios adecuados para la preparación de la defensa. De manera excepcional podrá solicitar las prórrogas debidamente justificadas y necesarias para la celebración de las audiencias a las que deba comparecer;
- j) Solicitar, conocer y controvertir las pruebas;
- k) Tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con inmediación de las pruebas y sin dilaciones injustificadas, en el cual pueda, si así lo desea, por sí mismo o por conducto de su defensor, interrogar en audiencia a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia, de ser necesario aun por medios coercitivos, de testigos o peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos objeto del debate;
- l) Renunciar a los derechos contemplados en los literales b) y k) siempre y cuando se trate de una manifestación libre, consciente, voluntaria y debidamente informada. En los eventos de los literales c) y j) requerirá siempre el asesoramiento de su abogado defensor.”²⁰

A los anteriores 12 literales se le suma el artículo 15 que consagra el derecho de contradicción de las pruebas por las partes intervinientes en el proceso. El procesado y su defensor son los sujetos principales del derecho a la defensa, y como tal, sujetos activos del derecho de contradicción. El artículo consagra esta garantía en los siguientes términos:

“Artículo 15. Contradicción. Las partes tendrán derecho a conocer y controvertir las pruebas, así como a intervenir en su formación, tanto las que sean

20 Código Penal y de Procedimiento Penal. Editorial Legis, Octava Edición, Bogotá, 2012. Pág. 195.

producidas o incorporadas en el juicio oral y en el incidente de reparación integral, como las que se practiquen en forma anticipada.

Para garantizar plenamente este derecho, en el caso de formular acusación la Fiscalía General de la Nación deberá, por conducto del juez de conocimiento, suministrar todos los elementos probatorios e informes de que tenga noticia, incluidos los que sean favorables al procesado.”²¹

Sobre el inciso primero y algunos literales del artículo 8 se han interpuesto diversas demandas de inconstitucionalidad, que produjeron sentencias de inexecuibilidad en algunos casos en que la Corte halló la normativa demandada contraria a la constitución, o de exequibilidad pura y simple, o condicionada a una aplicación armónica con otros artículos del código, según sea el caso.

Mediante la sentencia C-799 de 2005, la Corte Constitucional declaró exequible la expresión “una vez adquirida la condición de imputado”, contenida en el inciso primero del artículo 8, sin perjuicio del ejercicio oportuno, dentro de los cauces legales, del derecho de defensa por el presunto implicado o indiciado en la fase de indagación e investigación anterior a la formulación de la imputación. El problema de haber mantenido la constitucionalidad de dicha norma, es que en la práctica los Fiscales no dan acceso a los elementos probatorios que haya recogido la policía judicial, y por lo tanto no se conoce ni se puede controvertir o iniciar la obtención o identificación de elementos probatorios para controvertir lo que haya obtenido la fiscalía, por lo cual no se cumple lo establecido en el literal j) del mismo artículo 8.

El pronunciamiento de exequibilidad sobre la expresión compañero permanente contenida en el literal b del artículo 8, en el entendido que las mismas incluyen en igualdad de condiciones, a integrantes de parejas de un mismo sexo,²² se constituyó en un importante avance en el reconocimiento jurídico de aquellas uniones, que desbrozó el camino hacia el reconocimiento del matrimonio de estas parejas, sobre el cual se vive aún en el país una dura controversia jurídica ante la oposición que ha liderado la Procuraduría General de la Nación para reconocer el matrimonio entre parejas de un mismo sexos a partir de las sentencias de la Corte Constitucional.

Respecto a la posibilidad de renunciar de conformidad al literal l) al juicio oral consagrado en el literal k), la Corte Constitucional los declaró exequibles en el entendido que ésta debe interpretarse armónicamente

21 *Ibíd.*, pág. 199.

22 Corte Constitucional, C- 029 del 28 de enero de 2009, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

con las demás disposiciones establecidas en la ley 904 de 2006, “por lo tanto cumplir con las garantías legales y constitucionales como las que refieren a que i) el imputado debe estar asesorado por su defensor (L. 906 art. 368); ii) los actos estarán sujetos a control del juez de garantías o de conocimiento, según el caso (L. 906 art. 131 y 368) para lo cual; iii) será imprescindible el interrogatorio personal del imputado o procesado con el fin de que se verifique que actúa de manera libre, voluntaria y debidamente informado de las consecuencias de su decisión (L. 906 Art. 131); iv) debe contarse con la presencia del Ministerio Público; v) Los preacuerdo obligan en la medida que no desconozcan o quebrantes garantías fundamentales del procesado (L. 906 Art. 351.4), ya que; vi) de advertir el juez algún desconocimiento rechazará la alegación de culpabilidad y adelantará el procedimiento como si hubiera habido una alegación de no culpabilidad (l. 906. Art. 368), entre otros señalamientos. Así -continúa la Corte- la ley protege las garantías procesales fundamentales del procesado y hace posible también la garantía de otros derechos y principios propios del debido proceso que en el sistema penal acusatorio son de la mayor importancia”.²³

En el anterior pronunciamiento la Corte Constitucional condiciona la facultad de renunciar al juicio oral consagrado en el literal k), a partir de lo enunciado en el literal l), a que siempre el imputado debe estar asesorado por su defensor, condición que no se halla establecida en el texto original aprobado por el legislador. Por medio del Decreto 2770 de 2004, el Gobierno Nacional corrigió el literal l) del artículo 8, incluyendo como requisito para renunciar a los literales b) y k), siempre que esa decisión esté precedida de una manifestación libre, consciente, voluntaria y debidamente informada, contenida originalmente en la ley, a que “en estos eventos se requerirá siempre el asesoramiento de su abogado defensor”.²⁴

El Decreto 2770 de 2004 fue demandada su constitucionalidad ante el Consejo de Estado, y éste se pronunció negando la nulidad, por considerar que el ejecutivo no desbordó sus funciones y que las correcciones introducidas respetaban el espíritu del legislador²⁵, por lo que dejó vigente el requisito de que siempre se requiere el asesoramiento del abogado defensor para renunciar al juicio oral, o renunciar al derecho de autoincriminarse o incriminar a sus parientes, consagrados en los literales b) y k) del artículo 8.

23 Corte Constitucional, C- 1260 del 5 de diciembre de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

24 Decreto de Yeros 2770 de 2004. Diario Oficial # 45658, Bogotá, 1 de septiembre de 2004.

25 Consejo de Estado. Sentencia 1100103240002060011900 del 19 de agosto de 2010, M.P. María Claudia Rojas Laso.

LA DEFENSA COMO PARTE PROCESAL

El sistema penal acusatorio se estructura como un sistema adversarial de partes, donde la Fiscalía por un lado, y el procesado y su defensor, por el otro, son las principales, que se van a enfrentar en el juicio, por lo que cada una tiene un rol especial. Su presencia en el proceso se halla reglada en el Libro I que consagra las "Disposiciones Generales", en el Título IV, Capítulo II, denominado "DEFENSA", en los cuales se desarrolla desde la oportunidad de ejercer como tal, hasta los deberes y atribuciones especiales.

En así, como en el artículo 118 se establece el derecho de postulación del defensor por el "imputado", y si no lo hace, la Defensoría Pública le asignará uno perteneciente al Sistema Nacional de Defensoría Pública, reglamentado por la ley 941 de 2005. A continuación se establece en el artículo 119, que la designación del defensor deberá hacerse desde la captura, si hay lugar a ella, o desde la formulación de la imputación o desde la citación a interrogatorio a indiciado al cual podrá concurrir o no.

El defensor asignado por el indiciado o por la defensoría pública será el principal, quien podrá designar un defensor suplente que actuará bajo la responsabilidad del principal, previa información al juez y autorización del indiciado. El defensor principal está autorizado para sustituir la designación en otro abogado, pudiendo reservarse el derecho de reasumir la defensa en la oportunidad que estime conveniente, de no hacerlo, estaría renunciando al poder de manera definitiva. Igualmente un defensor puede asumir la defensa de varios imputados, siempre y cuando no haya conflicto de intereses. De haberlo puede renunciar, y de no hacerlo, el imputado o el Ministerio Público podrán solicitar al Juez su relevo, ante lo cual el imputado podrá designar uno nuevo, de no poder hacerlo, asumirá la representación un Defensor Público.

Esta posibilidad de designar un defensor bien desde la captura, desde la imputación o bien desde el interrogatorio, parecería garantista, pero ella contiene una limitación importante en el ejercicio defensivo, ya que no faculta al defensor para actuar en la etapa investigativa que adelanta la Fiscalía, si el indiciado no se haya informado de las indagaciones preliminares; en el caso en que la Fiscalía considere necesario citar al indiciado a un interrogatorio, o se le convoque a solicitud de éste o de su apoderado, deberá hacerlo obviamente asistido por un defensor. Pero aún en estas eventualidades, la fiscalía niega el acceso a los elementos materiales probatorios, argumentando que ello se hará solo en la audiencia de acusación.

De conformidad con el artículo 124 del CPP, la defensa puede ejercer todos los derechos y facultades consagrados en los tratados internacionales de dere-

chos humanos que formen parte del bloque de constitucionalidad, los establecidos en la constitución y en la ley, que no se limita al Código de procedimiento penal, sino a otras normas en desarrollo del principio de integración previsto en el artículo 25 de la ley 906²⁶.

Finalmente, en el artículo 125 del CPP se establece en 10 numerales los deberes y atribuciones especiales del defensor técnico:

- "1. Asistir personalmente al imputado desde su captura, a partir de la cual deberá garantizársele la oportunidad de mantener comunicación privada con él.
- "2. Disponer de tiempo y medios razonables para la preparación de la defensa, incluida la posibilidad excepcional de obtener prórrogas justificadas para la celebración del juicio oral.
- "3. En el evento de una acusación, conocer en su oportunidad todos los elementos probatorios, evidencia física e informaciones de que tenga noticia la Fiscalía General de la Nación, incluidos los que sean favorables al procesado.
- "4. Controvertir las pruebas, aunque sean practicadas en forma anticipada al juicio oral.
- "5. Interrogar y contrainterrogar en audiencia pública a los testigos y peritos.
- "6. Solicitar al juez la comparecencia, aun por medios coercitivos, de los testigos y peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos materia de debate en el juicio oral.
- "7. Interponer y sustentar, si lo estimare conveniente, las nulidades, los recursos ordinarios y extraordinarios y la acción de revisión.
- "8. No ser obligado a presentar prueba de descargo o contraprueba, ni a intervenir activamente durante el juicio oral.
- "9. Abstenerse de revelar información relacionada con el proceso y su cliente, conforme a la ley.

26 Artículo 25. *Integración*. En materias que no estén expresamente reguladas en este código o demás disposiciones complementarias, son aplicables las del Código de Procedimiento Civil y las de otros ordenamientos procesales cuando no se opongan a la naturaleza del procedimiento penal. Código Penal y Procedimiento Penal, Legis, Bogotá, 2011.

Posteriormente, a través de la ley 1142 de 2007 se modificó el artículo 125 consagrando un nuevo numeral en el cual se consignan la facultades de la defensa en relación con la obtención y conservación de elementos materiales probatorios y evidencia física, entrevistas y valoraciones que requieran conocimientos especializados. El agregado se incluyó como numeral 9:

“9. Buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar elementos materiales probatorios y evidencia física; realizar entrevistas y valoraciones que requieran conocimientos especializados por medio de los técnicos e investigadores autorizados por la ley. Para tales efectos las entidades públicas y privadas, además de los particulares, prestarán la colaboración que requieran, sin que puedan oponer reserva, siempre que se acredite por parte del defensor certificado (~~por la Fiscalía General de la Nación~~), que la información será utilizada para efectos judiciales.”

El texto subrayado “*sin que puedan oponer reserva*” fue demandado, y la Corte Constitucional lo declaró exequible, en el entendido que las autoridades públicas y privadas así como los particulares, no pueden oponer reserva al defensor que ha obtenido la autorización del juez de control de garantías, el cual ponderará si se justifica la afectación de derechos fundamentales.²⁷ Por el contrario, la expresión que se halla entre paréntesis “*por la fiscalía general de la nación*”, fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, debido a que subordinaba la actividad defensiva de una parte -la defensa- a otra, la fiscalía, en desmedro de la actividad defensiva y del principio de igualdad de armas.²⁸

De la lectura y análisis de las atribuciones y deberes especiales de la defensa establecidos en el artículo 125, se concluye, que ellos no garantizan plenamente la garantía constitucional de una defensa en una forma material real y efectiva, como debe ser el ejercicio defensivo, ya que permite la inactividad del defensor técnico, quien no está, entre otras cosas, obligado a presentar pruebas de descargo, interponer recursos, a no presentar teoría del caso o formular alegatos finales, es decir, ejercer el derecho de contradicción como se entendería un cabal cumplimiento del derecho de defensa como parte del debido proceso. En tal sentido se pronunció la Corte Suprema de Justicia en el año 2006:

“el carácter obligatorio de la defensa técnica, sin embargo, no es suficiente para que el proceso penal pueda reputarse como cabalmente satisfecha la respectiva

27 Corte Constitucional, Sentencia C-186 del 27 de febrero de 2008, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

28 Corte Constitucional, Sentencia C-536 del mayo 28 de 2008, M.P. Jaime Araujo Rentería.

garantía constitucional, pues además debe ser efectiva, es decir, no basta con que el imputado se le dé la oportunidad de contar con un abogado que lo asista y lo represente en la investigación y en el juicio, sino que debe ser real o material, esto es, traducida y perceptible en actos de gestión que la vivifiquen, tal como lo ha precisado la jurisprudencia patria y lo entiende la doctrina foránea.

“... el derecho a la defensa no se concibe solo como la posibilidad de que el imputado, procesado o condenado esté representado por un defensor técnico, sino que su ejercicio debe ser calificado en virtud a sus conocimientos especializados, para que garantice efectivamente sus derechos fundamentales y haga respetar el debido proceso que le otorgan los preceptos, igualmente, de rango constitucional y sea permanente, esto es, hasta cuando la situación de la persona sea resuelta definitivamente”.²⁹

De conformidad con lo anterior, debe decirse que la labor del defensor técnico no se puede limitar a la asistencia formal a las distintas etapas procesales, sino que debe desplegar la más amplia y creativa actividad en beneficio de su representado, en razón de la cual puede y debe promover, si existiere la posibilidad jurídica, de gestionar o solicitar entre otras, la terminación anormal del proceso penal como la extinción de la acción y de la sanción penal de conformidad con los artículos 82³⁰ y 88³¹ del Código Penal, la preclusión según las causales 1 y 3

29 Corte Suprema de Justicia, sentencia 22432 del 19 de octubre de 2006. M.P. Javier Zapata Ortiz.

30 Artículo 82. EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL. Son causales de extinción de la acción penal:

1. <Numeral CONDICIONALMENTE exequible> La muerte del procesado.
2. El desistimiento.
3. La amnistía propia.
4. La prescripción.
5. La oblación.
6. El pago en los casos previstos en la ley.
7. La indemnización integral en los casos previstos en la ley.
8. La retractación en los casos previstos en la ley.
9. Las demás que consagre la ley.

31 Artículo 88. EXTINCIÓN DE LA SANCION PENAL. Son causas de extinción de la sanción penal:

1. La muerte del condenado.
2. El indulto.
3. La amnistía impropia.
4. La prescripción.
5. La rehabilitación para las sanciones privativas de derechos cuando operen como accesorias.
6. La exención de punibilidad en los casos previstos en la ley.
7. Las demás que señale la ley

previstas en el artículo 332³² del CPP, el principio de oportunidad del artículo 321, por el cual se puede suspender o renunciar a la acción penal, promover la conciliación en aplicación de los principios de la justicia restaurativa en beneficio del procesado y de la víctima³³, recusar a los operadores judiciales cuando no se hayan declarados impedidos debiendo hacerlo, solicitar la libertad por vencimiento de términos (art. 337 del CPP), la revocatoria o sustitución de la medida de aseguramiento (art. 318 del CPP) y la detención domiciliaria, intervenir en la práctica de pruebas y alegatos no solo en el juicio oral sino en el incidente de reparación, solicitar la aplicación del artículo 56 que consagra la rebaja sustancial cuando el delito se realiza bajo influencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extrema, solicitar la acumulación de sentencias, la redención y extinción de la pena, el reconocimiento de ineficacia de la sentencia condenatoria cuando la norma haya sido declarada inexecutable o haya perdido su vigencia, la libertad vigilada y la condicional ante los jueces de ejecución de penas, e interponer y sustentar los recursos en todas las instancias contra las decisiones adversas al procesado.

FACULTADES DE LA DEFENSA EN LA INVESTIGACIÓN

La ley 906 de 2004 consagra en el Libro II las facultades de la defensa técnica y material en la investigación, que abarca desde el derecho del indiciado a obtener información cuando aún no es imputado, hasta la de iniciar de modo eficaz la labor defensiva, mencionado en el artículo 290,³⁴ en todo lo relacionado con

32 Artículo 332. CAUSALES. El fiscal solicitará la preclusión en los siguientes casos:

1. Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal.
2. Existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal.
3. Inexistencia del hecho investigado.
4. Atipicidad del hecho investigado.
5. Ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado.
6. Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia.
7. Vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 del este código.

Parágrafo. Durante el juzgamiento, de sobrevenir las causales contempladas en los numerales 1o. y 3o., el fiscal, el Ministerio Público o la defensa, podrán solicitar al juez de conocimiento la preclusión.

33 De conformidad con el artículo 37 del cpp, la investigación de oficio no impide aplicar cuando la decisión se considere necesaria, los efectos propios de la querrela (desistimiento) para beneficio y reparación integral de la víctima del injusto.

34 CPP, art. 290. Derecho de defensa. Con la formulación de la imputación, la defensa podrá preparar de modo eficaz su actividad procesal, sin que ello implique la solicitud de práctica de pruebas, salvo las excepciones reconocidas en éste código". Leyer, Bogotá, 2011, pág. 287-288.

las pruebas, en aras de garantizar y mantener el equilibrio entre las partes, haciendo efectivo el principio de igualdad de armas.

Se consagran en el artículo 267 del código de procedimiento penal, las facultades y derechos de quien no es imputado, entre ellos el de obtener información, designar un abogado, quien podrá iniciar la búsqueda y obtención de elementos materiales probatorios y evidencia física que podrá utilizar más adelante en el juicio oral. También podrá solicitar al juez de control de garantías que lo ejerza sobre actuaciones que considere puedan haber afectado sus derechos fundamentales.

Por otra parte, en el artículo 268 se establecen las facultades de quien ha sido imputado, que van desde la búsqueda y obtención de evidencias probatorias que podrán ser conservados en cualquier laboratorio privado nacional o extranjero, o en el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, que está obligado a prestarle la colaboración en el peritazgo que se requiera y le sea solicitado por la defensa; para tal efecto, ésta debe acompañar la solicitud con el cuestionario de preguntas que deben responder los peritos previa investigación y análisis que corresponda.

De conformidad con el artículo 271, el imputado o su defensor tienen la facultad de entrevistar a cualquier persona que consideren puede conocer o tener información útil para la defensa, y en ella se podrán utilizar las técnicas aconsejables por la criminalística, y se *“podrá recoger o conservar por escrito, en grabación magneto-fónica, en video o cualquier otro medio técnico idóneo”*.³⁵ Los testigos de la defensa pueden declarar en juicio sin descubrir la entrevista, la defensa no está en obligación de descubrirlas y entregarle copia a la Fiscalía, pero si aquella piensa usarlas para recordar memoria o impugnar credibilidad, si debe hacerlo.

También establece el CPP en el artículo 272, que el imputado o su defensor pueden solicitar a un alcalde municipal, inspector de policía o notario público, que le reciba declaración jurada, en cualquier medio técnico, a una persona cuya exposición puede resultar de especial utilidad *“para la investigación”*.³⁶ De aquí se desprende que dicha declaración puede ser utilizada en juicio con igual valor de una entrevista, y que además puede llamarse a la persona que la recibió a declarar sobre este hecho, no sobre el contenido, pero puede solicitarse al juez la conducción o comparecencia obligada del testigo.

Por su parte el artículo 274 en concordancia con el artículo 284, establece que *“el imputado o su defensor”* pueden solicitarle al juez de control de garantías la

35 CPP. *Ibíd.*, pág. 282.

36 *Ibíd.*, pág. 282.

práctica anticipada de una prueba, en casos de extrema necesidad y urgencia, para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio. Aunque dicha práctica de prueba anticipada puede ser pedida por el imputado, a la audiencia preliminar debe éste asistir con el defensor y siempre será necesaria la presencia de la Fiscalía para garantizar el contradictorio, y si la víctima fuese menor de edad, con la representación de víctima, de conformidad con el artículo 196 del código de la infancia y la adolescencia.

Los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos por la defensa, que sean llevados al juicio oral, para su valoración se tendrá en cuenta su legalidad, autenticidad y mismidad que se garantizará con la cadena de custodia, y grado de aceptación científica, técnica o artística, en que se funda el informe pericial.

Sobre la violación o ausencia de la cadena de custodia existe una controversia jurídica, si ello torna ilegal la prueba o hace que la prueba pierda valor suasorio; sobre ello la CSJ se ha pronunciado en la sentencia 25920 de 2007 aduciendo que aunque se afecte la cadena de custodia, la solución no consiste en retirarla del acopio probatorio, y que con ello, lo que se afecta es la eficacia o credibilidad, es decir su mérito probatorio.³⁷ En sentido contrario, respetuosas del debido proceso, existen pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de que si se desconoce lo establecido en el CPP y las Resoluciones de la Fiscalía General de la Nación respecto a la cadena de custodia, se afecta su legalidad y por lo tanto deben ser excluidas.³⁸

DERECHO DE TENER UN DEFENSOR Y ENTREVISTARSE CON EL

El artículo 303 del CPP establece, en concordancia con el artículo 8, que el capturado o aprehendido, tiene derecho a designar y entrevistarse con un abogado de confianza en el menor tiempo posible, y de no poderlo hacer, el sistema Nacional de Defensoría Pública le proveerá uno para su defensa. Esto significa, que antes de comparecer ante las autoridades de policía judicial o de la judicatura, debe entrevistarse con un defensor, quien lo orientará en sus derechos, entre ellos a guardar silencio, por lo que se debe garantizar la entrevista con defensor de confianza o público antes de la reseña o cualquier otro trámite o diligencia, es decir, en el menor tiempo posible y antes de cualquier otra actividad.

37 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia 25920 del 21 de febrero de 2007, M.P. Javier Zapata Ortiz.

38 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA-. SENTENCIA 32.193 DE 2008, M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

FACULTADES DE LA DEFENSA EN LA ETAPA DEL JUICIO

De conformidad con el Libro III del CPP, la etapa del juicio se inicia con la presentación del escrito de acusación ante el juez competente. Durante la realización de la audiencia de acusación, la defensa puede solicitar a través del juez que ordene a la fiscalía, o a quien corresponda, el descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física, del que se tenga conocimiento, incluyendo lo que le sean favorables al imputado³⁹.

La ley establece que si es pertinente, el juez ordenará “descubrir, exhibir o entregar copia según se solicite” en un plazo máximo de tres días para su cumplimiento. De conformidad con ello la defensa puede solicitar se entregue copia de los elementos materiales probatorios o evidencia física, cuando ello sea racional y materialmente posible,⁴⁰ no solo que se le exhiban, y que la defensa haga la copia. También, de conformidad con el artículo 250 de la Constitución, la entrega de la evidencia física favorable al imputado es obligatoria, así la defensa desconozca su existencia, por lo que, no hacerlo constituye un acto de deslealtad procesal del fiscal que se verificará en juicio. De no hacer el descubrimiento y la entrega de los elementos materiales probatorios y evidencia física a la defensa dentro de los tres (3) días siguientes a la acusación, se sancionará con el rechazo y no podrán convertirse en prueba ni aducirse al proceso, según lo enunciado por el artículo 346 del CPP.

El descubrimiento probatorio es de los aspectos más importantes del proceso penal, pues con tales elementos practicados en el juicio oral se va a llevar el conocimiento necesario al juez sobre la ocurrencia de los hechos o no, o sobre la responsabilidad o no del procesado, y todas las circunstancias que modifiquen o amplíen el tipo penal o la responsabilidad del acusado, por lo que éste descubrimiento debe ser oportuno para garantizar el ejercicio de la actividad defensiva y lo más completo posible. Al respecto ha dicho la Corte Suprema de justicia:

“En ese orden de ideas, la Fiscalía cumple el deber de suministrar las evidencias y elementos probatorios de varias maneras, entre ellas:

39 El artículo 250 de la constitución Nacional establece en el inciso final, que “en el evento de presentarse escrito de acusación, el Fiscal General o sus delegados, deberán suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia incluidos los que le sean favorables al procesado”. Leyer, Bogotá, 2011, pág. 408.

40 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia 25920 del 21 de febrero de 2007, M.P, Javier Zapata Ortiz.

- i) Imprescindiblemente y en todos los casos, “descubriéndolos”, esto es, informando a la defensa, en las oportunidades procesales antedichas, con plena lealtad y con sujeción al principio de objetividad, sobre la existencia, naturaleza y ubicación de todos y cada uno de los elementos probatorios y evidencias; máxime si la Fiscalía va a utilizarlos para sustentar la acusación y si podrían generar efectos favorables para el acusado.
- ii) Entregándolos físicamente cuando ello sea racional y materialmente posible, como con resultados de un informe pericial o policial, la copia de algunos documentos o algunos elementos o muestras de los mismos.
- iii) Facilitando a la defensa el acceso real a las evidencias, elementos y medios probatorios en el lugar donde se encuentren, o dejándolos a su alcance, si fuere el caso, de modo que pueda conocerlos a cabalidad, estudiarlos, obtenerlos en la medida de lo racionalmente posible y derivar sus propias conclusiones, de cara a los fines de la gestión defensiva.

Corresponde al Juez, una vez más, velar porque el suministro, así entendido, sea oportuno y lo más completo posible, pues se trata de facilitar a la defensa el acceso real a los medios que utilizará la Fiscalía en contra del acusado.

Similares reflexiones caben cuando el descubrimiento corresponda a la defensa.⁴¹”

Las prerrogativas y facultades de la defensa respecto a las pruebas, tienen su subsiguiente etapa en la audiencia preparatoria, en donde la aquella está facultada para solicitar exclusión, rechazo o inadmisibilidad de alguna prueba solicitada por la fiscalía en razón a que sean inconducentes, impertinentes, ilegales, ilícitas, inadmisibles, repetitivas o inútiles; solicitar las pruebas que vaya a hacer valer en juicio oral, y a interponer los recursos de ley, cuando sean admitidas o inadmitidas alguna de las pruebas de la fiscalía o de la defensa, según sea el interés que se tenga respecto a ella.

La defensa tiene además la potestad de promover preacuerdos con la fiscalía sobre los hechos imputados y sus consecuencias. El preacuerdo puede versar sobre alguno o algunos de los hechos que vayan a ser motivo de prueba durante el juicio oral, por medio de los cuales puede modificar el grado de participación, quitar algún agravante o tipificar la conducta de alguna forma específica, con miras a disminuir la pena, todo ello con el fin de humanizar la

41 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia 25920 del 21 de febrero de 2007, M.P. Javier Zapata Ortiz.

actuación procesal y/o la pena, obtener pronta y cumplida justicia, buscar la solución de conflictos sociales derivados del delito, o la reparación integral de los perjuicios producto del injusto.⁴² También puede la defensa acordar estipulaciones probatorias con el fiscal, a través de los cuales se tendrán por probados algunos hechos, por lo cual se renuncia a la práctica de pruebas pertinentes durante el juicio oral.

Durante el desarrollo del juicio oral, la defensa está facultada para interrogar y contrainterrogar a los testigos y peritos de la fiscalía y los propios de la defensa, según se haya aprobado en la audiencia preparatoria; solicitar la inadmisión o exclusión de alguna prueba por ilegal o ilícita, impugnar la credibilidad de los testigos a través de los contrainterrogatorios o por medio de testigos o documentos que se presenten en el juicio; realizar impugnaciones u objeciones durante el interrogatorio cuando se realicen preguntas sugestivas, capciosas, confusas o impertinentes, o cuando no versen sobre hechos específicos, o que pueda ofender al testigo.

El acusado o coacusado, en ejercicio de la defensa material pueden interrogar y contrainterrogar a los testigos de la fiscalía y a los convocados por la defensa; también pueden declarar en el juicio, pero si hacen imputaciones a alguna persona lo deberán hacer bajo la gravedad del juramento, para lo cual deben renunciar a su derecho de guardar silencio, decisión que pueden tomar con conocimiento informado. Al respecto ha dicho la Corte Constitucional:

“A juicio de la Corte, las garantías constitucionales que integran el derecho de defensa material, entre ellas la de ser oído o guardar silencio, así como la no autoincriminación, son garantías históricamente obtenidas, reconocidas por el constitucionalismo moderno y por los tratados internacionales que reconocen los derechos humanos, los cuales hacen parte del bloque de constitucionalidad en virtud de lo dispuesto por el artículo 93 del Estatuto Fundamental, garantías que no pueden ser soslayadas so pretexto de introducir uno u otro sistema jurídico-penal, independientemente del modelo del que se tomen.

En la filosofía que orienta la adopción de un determinado sistema penal, ahora el acusatorio, existen garantías constitucionales producto de luchas de la humanidad que no son renunciables; por el contrario, deben ser maximizadas por estar de por medio el principio constitucional a la libertad individual y el respeto a la dignidad humana. Ahora, no significa lo anterior, que el procesado no pueda optar dentro de su libre autonomía, por confesar el delito por el cual se le incrimina, caso en el cual previo el cumplimiento de los requisitos legales, al

42 CPP, art. 348, Leyer, Bogotá, 2011.

juez le corresponderá valorar ese medio de prueba, pero solamente sobre el supuesto de la absoluta libertad y espontaneidad de quien confiesa, pues en caso contrario se trataría de la provocación forzada de una confesión, circunstancia que se traduce en un verdadero atentado contra la dignidad humana, la libertad y la autonomía de la voluntad. Para la Corte es claro que la persona a la que se le imputa la comisión de un hecho delictivo, tiene el derecho de guardar silencio y de reservarse datos o hechos que puedan resultar perjudiciales para sus intereses y los de sus allegados.

4.3. No obstante lo dicho, la norma acusada admite también una interpretación distinta a la anterior y acorde con la Constitución Política. Así, si se entiende que el juramento que se exige al acusado y coacusado que ofrecieren declarar en su propio juicio, es una formalidad previa a la declaración, pero de la cual no se puedan derivar consecuencias jurídico-penales adversas al declarante cuando su declaración verse sobre su propia conducta, desaparece entonces la coacción que priva de libertad y espontaneidad a su dicho y, en tales circunstancias, queda entonces libre ya del temor a incurrir en otro delito a propósito de haber prestado el juramento y rendido su propia versión sobre los hechos que se le imputan, aun en el caso de que calle total o parcialmente si así lo considera necesario en pro de su defensa material. Es entonces el juramento, un llamamiento solemne a que declare la verdad, pero sin que se pueda entender en ningún caso como una coacción con consecuencias penales. Siendo ello así, aunque subsista esa formalidad, se garantiza la plena vigencia de las garantías constitucionales al derecho de defensa y a la no autoincriminación.

No es suficiente, sin embargo, con despojar al juramento así prestado como formalidad previa a la declaración, de sus consecuencias jurídico-penales para garantizar el amparo que la Constitución otorga al derecho de defensa, a la libertad y a la dignidad de la persona que se juzga por el Estado. Es necesario que el sindicado sea plenamente enterado por el juez de que podrá declarar con entera libertad y sin el temor de incurrir en otro delito con motivo de su declaración respecto de su propia conducta. De igual modo, resulta indispensable que desaparezca la disyuntiva inconstitucional de poner al sindicado a escoger entre su propia defensa y la posibilidad de resultar doblemente enjuiciado. Por ello, para que las garantías constitucionales al derecho de defensa y a la no autoincriminación queden a salvo, será un deber del juez advertir previa y claramente a quien ofreció su declaración como acusado o coacusado en su propio juicio, que ese juramento queda desprovisto de las consecuencias jurídico-penales adversas que podrían derivarse en contra suya como consecuencia de la prestación del mismo que antecede a la declaración; es decir, que al sindicado le asiste total libertad respecto del contenido mismo de aquella, así como es legítima su negativa a responder total o parcialmente, ya sea a las preguntas que se le formulen por el juez o a las que se le hagan por la Fiscalía y la defensa

en el interrogatorio cruzado propio de un proceso adversarial y de partes, como el que establece el sistema penal acusatorio".⁴³

Por otra parte, al instalarse el juicio oral, el abogado de la defensa puede presentar, si es su interés, su teoría del caso, mencionando las pruebas con las cuales irá a probar su teoría, y al final, presentar los alegatos de conclusión, que podrán ser controvertidos exclusivamente por la fiscalía, y de ocurrir éste evento la defensa podrá hacer una réplica, y en todo caso siempre tendrá la última palabra.

Las partes e intervinientes pueden apelar la sentencia, que podrá ser sustentada en la audiencia de fallo o dentro de los cinco días siguientes por escrito. Contra la sentencia de segunda instancia puede interponerse el recurso extraordinario de casación, que en el caso del procesado debe ser sustentado por el apoderado, salvo en los casos en que éste sea abogado cuando lo puede sustentar el propio procesado.

NULIDAD POR VIOLACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA

El artículo 457 del código de procedimiento penal establece como una de las causales de nulidad es la "*violación del derecho de defensa*", la cual puede ser material, realizada por el propio procesado cuando no se le permite intervenir, o técnica, en cabeza de un abogado, que debe ser continua, ininterrumpida, es decir en forma permanente.

Pero el derecho de defensa no se agota ahí, sino también se viola esta garantía si el defensor adopta una actitud pasiva frente al proceso, es decir, si asume una actitud negativa en cuanto a la actividad probatoria para desvirtuar los cargos de la fiscalía, no interponiendo recursos y otras actividades defensivas, lo que puede configurar un conjunto de omisiones de tal magnitud que no materialicen en forma real y efectiva el derecho de defensa, que conlleva necesariamente a nulificar el proceso por violación de éste derecho fundamental.

CONCLUSIÓN

El derecho a la defensa del procesado es un garantía de rango constitucional y convencional que tiene su desarrollo normativo en la ley 906 de 2004 que

43 CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 782 del 28 de julio de 2005. M. P, Alfredo Tulio Beltrán Sierra.

implemento el código de procedimiento penal. El derecho de defensa material es ejercido por el propio procesado, salvo para sustentar el recurso extraordinario de casación, sino es abogado. El procesado tiene derecho a escoger a su abogado, y de no poderlo hacer, el Estado le suministra uno perteneciente al Sistema Nacional de Defensoría Pública.

El derecho de defensa técnica sólo puede ser ejercido por los abogados, quienes están facultados para actuar a partir del otorgamiento del poder por el indiciado o acusado, o la designación que haga la defensoría pública, en todas las etapas desde la investigación preliminar hasta los jueces de ejecución de penas.

El derecho de defensa técnica no se garantiza por la presencia formal de un profesional del derecho en las distintas etapas procesales, ya que si éste no despliega su actividad defensiva de conformidad con las posibilidades materiales y jurídicas, de manera oportuna, efectiva y real, se produce una vulneración de éste derecho fundamental que conlleva la nulidad de lo actuado.

BIBLIOGRAFÍA

1. GÓMEZ SIERRA F. (2011). Constitución Política de Colombia anotada. Grupo Editorial Leyer, Vigésima Novena Edición, Bogotá.
2. Compilación de Instrumentos Internacionales. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, Bogotá, 2003.
3. CÓDIGO PENAL Y DE PROCEDIMIENTO PENAL (2011). Bogotá: Editorial Legis, Octava edición.
4. CHINCHILLA HERRERA, T. (1992). ¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales? Bogotá: Editorial Temis.
5. BECCARIA, C. (1994). De los delitos y las penas". Barcelona: Editorial Altaya.
6. ROZO ACUÑA, E. (1968). Introducción al Concepto de Estado Moderno. Antología de textos de Derecho Público. Vol. 2. Universidad Externado de Colombia.
7. CEPEDA, MJ. (1992). Los Derechos Fundamentales en la Constitución de 1991. Temis - Consejería Presidencial para el Desarrollo de la Constitución, Santafé de Bogotá.
8. MATYAS CAMARGO, E. (2008). "Los derechos Fundamentales en el Sistema Penal Acusatorio". Revista Republicana Núm. 4-5, Bogotá.

9. ROLLE, C., KREBS, R., DUSSAILLANT, J. (1990). La Revolución Francesa en sus documentos. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile.
10. Ley 1142 de 2007. Para la prevención y represión de la actividad delictiva para la convivencia y seguridad ciudadana.
11. Decreto Núm. 2591 de 1991.
12. CORTE CONSTITUCIONAL, SU 225 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
13. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 782 del 28 de julio de 2005. M.P. Alfredo Tulio Beltrán Sierra.
14. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia 25920 del 21 de febrero de 2007, M.P. Javier Zapata Ortiz.
15. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia 32.193 DE 2008, M.P. Yesid Ramírez Bastidas.
16. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia 22432 del 19 de octubre de 2006. M.P. Javier Zapata Ortiz.
17. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-029 del 28 de enero 2009. M.P. Rodrigo Escobar Gil.
18. CORTE CONSTITUCIONAL, C- 1260 del 5 de diciembre de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
19. Decreto de Yerro, 2770 de 2004. Diario Oficial Núm. 45658, Bogotá, 1 de septiembre de 2004.
20. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia 1100103240002060011900 del 19 de agosto de 2010, M.P. María Claudia Rojas Laso.
21. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-186 del 27 de febrero de 2008, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.
22. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-536 del mayo 28 de 2008, M.P. Jaime Araujo Rentería.