

## **DEFENSA JUDICIAL EFECTIVA**

**Jorge Daniel Carmona Patiño**

Abogado de la Universidad de Manizales

Artículo para Optar Grado

Especialización en Procedimiento Penal, Constitucional y Penal Militar, Universidad  
Militar Nueva Granada.

20 de noviembre de 2016, Bogotá, D.C. Colombia.

## **DEFENSA JUDICIAL EFECTIVA**

### **RESUMEN**

Se estudia la defensa judicial efectiva como figura fundamental que integra el núcleo esencial del debido proceso, determinando los derechos de cada individuo acceder a las entidades judiciales en igualdad de condiciones, a ser Juzgado por el Juez Natural y con la protección eficaz de los derechos fundamentales, presentando sus argumentos a través de una defensa judicial efectiva ejerciendo el derecho de contradicción, se evidencia como se ha regulado a través de la legislación comparada y como esta garantía en las diferentes audiencias del sistema penal acusatorio, es vulnerada y cercenada en las diferentes etapas.

### **PALABRAS CLAVES**

Estado Social de Derecho, Defensa Judicial, Control Jurisdiccional, Debido Proceso, Acceso a la Justicia, Juez Natural, Contradicción y Sistema Penal Acusatorio.

### **ABSTRACT**

Studying the judicial effective defense as a mental figure that integrates the essential of due process, determining the rights of each individual to access judicial entities in equal conditions, to be judged by a natural judge and with effective protection of the fundamental rights, presenting their arguments through an effective legal defense exercising the right of contradiction, is evidence as has regulated by the comparative legislation and how this warranty in different audiences of adversarial criminal system, is violated and severed in the different stages.

### **KEYWORDS**

Social State of Law, Judicial Defense, Judic defense, jurisdictional control, due process, access to justice, judge, contradiction and accusatory, penal system.

## **1. Introducción**

La defensa judicial efectiva como garantía del debido proceso, como institución y figura jurídica es una garantía constitucional del debido proceso, en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos de cada persona para que no se produzca la indefensión en cada etapa del proceso penal.

Desde la Legislación Comparada se busca la articulación entre los derechos fundamentales de nuestro país y el derecho internacional de los derechos humanos, se identifica esta figura jurídica como garantía Constitucional o legal, su marco de aplicabilidad legal, doctrinal, jurisprudencial y del bloque de Constitucionalidad, la procedencia, la eficacia y el ejercicio al momento vulneración de los derechos fundamentales, si contiene el derecho a la defensa técnica efectiva inmersa en las garantías del debido proceso.

En Colombia nos encontramos en un sistema penal acusatorio en el que se demuestra el régimen sancionatorio y no resocializados, el cual castiga la conducta antijurídica por el reproche de la sociedad, el cual es un abuso del derecho penal, el cual debe ser al servicio del hombre y no el hombre al servicio del poder punitivo del Estado, por lo que se busca es la no vulneración del debido proceso al acusado y garantizando la defensa judicial efectiva.

Durante el análisis se evidencio en las diferentes audiencias del Sistema Penal Acusatorio, se están vulnerando derechos fundamentales y no se está garantizando el debido proceso por la no existencia de una adecuada defensa técnica que garantice la efectividad de los derechos del acusado, contrastando con los antecedentes jurisprudenciales y las normas establecidas en el Bloque de Constitucionalidad de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia.

Se identificó que en el Sistema Penal Acusatorio en Colombia se presenta vulneración de los derechos fundamentales, el debido proceso y la defensa judicial efectiva que sanciona con una nulidad de pleno derecho o inexistencia, las cuales están siendo subsanadas por no existir la nulidad absoluta y la parte interesada debe evidenciar el intereses de ser declarada la nulidad e indicar el perjuicio causado, colocando cargas adicionales en el ejercicio de los derechos fundamentales, desconociendo las garantías procesales y constitucionales, desconociendo que toda nulidad genera la no aplicación del

debido proceso, la violación del debido proceso y la violación a las normas de competencia, existiendo la afectación de los derechos fundamentales, sin embargo; es claro que durante el proceso penal se ha establecido la figura del vínculo atenuado, por medio del cual se están subsanando las nulidades por el tiempo que ha pasado entre la legalidad y la adquisición de la evidencia, la presencia de circunstancias intervinientes, el propósito y la seriedad del acto de ilegalidad, los cuales contrastan con los derechos fundamentales.

La solicitud de nulidad no es de libre formulación porque se encuentra limitando el derecho a la defensa judicial efectiva al mostrar un interés dejando de ejecutar dentro de la oportunidad procesal o se entenderá saneada la nulidad, mediante el principio de convalidación, confirmación del saneamiento, señalar la causa de la irregularidad y probar el perjuicio, las cuales se deben presentar en la audiencia de formulación de acusación, presentando la nulidad como la última ratio.

Dentro del trámite procesal, son derechos que conforman el debido proceso y la defensa judicial efectiva, el Juez Natural, la defensa y debida asistencia judicial, ser notificado de todas las actuaciones y resoluciones judiciales, el proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar en contra de sí mismos y gozar de presunción de inocencia.

Los mecanismos judiciales para la defensa judicial en cada etapa, se encuentra la solicitud de interrogatorio de indiciado, presentar y solicitar pruebas durante la etapa de investigación, derecho asistir audiencia de conciliación en los delitos queréllables, a solicitar aclaración del escrito de formulación de imputación, a solicitar nulidades en la audiencia de formulación de acusación, a solicitar se incluyan las pruebas que pretenda hacer valer para su defensa o solicitar en la audiencia preparatoria la exclusión de la prueba que fue obtenida con la vulneración de los derechos fundamentales, a presentar los recursos de apelación contra las decisiones judiciales, a presentar recurso extraordinario de casación en los casos previstos por la Ley y en caso de prueba sobreviniente y sentencia en firme solicitar el recurso extraordinario de revisión.

## **2. Método de Investigación.**

Para desarrollar el trabajo de investigación, se utiliza una metodología de investigación cualitativa, a partir del modelo documental, en el que se realiza un estudio hermenéutico de cada una de las unidades analizadas, en la problemática desarrollada dentro del sistema penal acusatorio en Colombia, donde todas las actuaciones se desarrollan en estrados y en esa oportunidad procesal se ejerce la defensa judicial efectiva.

### **3. Contenido**

La Defensa Judicial Efectiva, es concebida como una figura fundamental que integra el núcleo esencial del debido proceso, contribuyendo a la realización y materialización de los fines esenciales del Estado Social de Derecho (Arts. 1 y 2 de la Constitución Nacional).

El acceso real y efectivo de todas las personas del territorio Colombiano a los Jueces y Tribunales Judiciales en igualdad de circunstancias, buscando una protección debida a sus derechos e intereses, dentro de los procedimientos con las garantías establecidas en la Constitución Nacional y en la Legislación Colombiana, siendo de aplicación inmediata en el Estado Social de Derecho.

La defensa judicial efectiva se presenta como un mecanismo procesal para la protección idónea y eficaz de los derechos fundamentales, de naturaleza pública por ser una obligación del Estado de proporcionarla, es subjetiva porque puede ser alegada por cualquier persona natural, jurídica, privada o pública, nacional, extranjera, con plena capacidad o un incapaz a través de su representante legal, mediante el ejercicio por medio de acción o contradicción.

El artículo 150 numeral 2, faculta al legislador para regular los procesos judiciales, estableciendo las partes dentro del proceso, la vinculación, las etapas de cada procedimiento, los plazos, términos, deberes, obligaciones y las cargas procesales, siendo una obligación Estatal promover la efectividad de la Defensa Judicial Efectiva, no solo en el campo procesal sino también en el campo material para definir de fondo la protección del derecho invocado.

El artículo 29 de la Constitución Nacional, establece el debido proceso, determinando el derecho a ser juzgado por el Juez Natural y la imparcialidad del funcionario, el cual deba decidir con fundamento en los hechos, con los lineamientos imperativos del ordenamiento judicial, sin prevenciones o influencias ilícitas (Corte Constitucional T-001 de 1993).

El derecho de acceso a la justicia con un debido proceso con el lleno de las garantías Constitucionales, donde el Juez Natural pueda resolver de fondo el asunto, terminando el problema intersubjetivo, garantizando el principio de la doble instancia agotada a través de los recursos ordinarios y extraordinarios de origen legal, promulgando el cumplimiento de la orden judicial emitida para que no sea una declaración de simple papel.

La defensa judicial efectiva, permite dentro de las actuaciones judiciales, que las partes puedan ser oídas presentando sus argumentos, soliciten pruebas, ejerzan la contradicción de las pruebas, interpongan los recursos legales, su utilización conlleva a una verdad justa y eficaz, que impide los abusos del derecho y las arbitrariedades de los funcionarios públicos.

Una de las connotaciones de la defensa judicial efectiva, es la defensa material dentro del sistema penal acusatorio, donde se facultad al procesado para que actúe de forma pasiva y activa, presentando teoría del caso, presentar solicitudes, alegaciones conclusivas, interponer recursos, interrogar a los testigos de forma directa, solicitar pruebas, guardar silencio y renunciar al derecho de guardarlo; al respecto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicación número 41.198 del 12 de noviembre de 2015, M.P. Eugenio Fernández Carlier ha sostenido que “...*la defensa material entraña para el procesado la posibilidad de ser escuchado o de guardar silencio...*”

El Estado Colombiano debe proporcionar los medios materiales y jurídicos para la eficacia del proceso judicial, siendo autónomo, imparcial e independiente, el cual pueda resolver de fondo la situación judicial sin ninguna coacción o presión de los demás organismos del Estado para lograr una igualdad de armas dentro del proceso.

### **3.1 Defensa Judicial Efectiva en Materia de Estándares Internacionales**

El artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en el Pacto de San José de Costa Rica, reconoce a toda persona el derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente, 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.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado la noción general de la defensa material reconociendo como elemento integrante el derecho del proceso a declarar en su propia causa:

*«Oír a una persona investigada implica permitir que se defienda con propiedad, asistida por abogado, con conocimiento de todos los elementos que puedan obrar en su contra en el expediente; oírle es permitir su presencia en los interrogatorios de testigos que puedan declarar en su contra, permitirle tacharlos, contrainterrogarlos con el fin de desvirtuar sus declaraciones inculpativas por contradictorias o por falsas; oír a un procesado es darle la oportunidad de desconocer, de restar valor a los documentos que se pretenden utilizar en su contra»*

Tanto el art.8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos como el art.14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establecen esta garantía en el proceso penal, reconociendo el derecho de recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior.

### 3.1.2 Legislación Argentina

Para la Legislación Argentina el derecho a la defensa judicial efectiva comprende un triple enfoque: a) *libertad de acceso a la Justicia, eliminando los obstáculos que pudieran impedirlo* b) *obtener una sentencia de fondo que sea motivada y fundada, dentro de un término razonable* c) *Ejecutoriedad del Fallo.*

En el artículo 18 y 25 de la Constitución Argentina, se estableció la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y de los derechos, el derecho a un recurso efectivo ante los Jueces o Tribunales competentes, cesando todo acto de vulneración a los derechos fundamentales, sin importar si estos actos provienen en ejercicio de funciones públicas; originándose los principios de derecho como : *in dubio pro prueba, in dubio pro reo, in dubio pro legitimación, in dubio pro administrado, in dubio pro operario, in dubio pro vida del proceso, etc.*

### 3.1.3 Legislación Española

Para los doctrinantes y estudiosos del derecho Español, han determinado la defensa judicial efectiva como un derecho original de carácter subjetivo y otros han establecido que es un mecanismo de aplicación y defensa de derechos fundamentales.

La defensa judicial efectiva, ha sido considerado como un genuino derecho fundamental, de carácter autónomo y debe ejercerse por las líneas establecidas por el legislador, estructurándose como el derecho de libre acceso a los Jueces y Tribunales, el derecho a obtener una sentencia que termine el litigio, el derecho al cumplimiento de la sentencia y el derecho a entablar los recursos de Ley.

La Legislación Española establece un proceso penal con garantías Constitucionales, establecidas en el Artículo 24 de su carta magna, estableciendo el derecho al juez natural, la asistencia de un profesional para la defensa de sus derechos y en algunos casos establecieron la autodefensa, el principio de contradicción en el proceso judicial e igualdad de las partes en defensa de sus intereses, el derecho a la publicidad de los actos y decisiones para el control público evitando los juicios secretos, el acceso a las controvertir las pruebas y utilizar todos los medios para obtener las pruebas pertinentes en defensa de sus intereses, la presunción de inocencia la cual solo se desvirtúa con medios de prueba válidos y lícitamente obtenidos los cuales son practicados en el Juicio Oral.

#### **3.1.4 Legislación Venezolana**

Para la Legislación Venezolana, es la posibilidad de acceder a los órganos Jurisdiccionales, mediante un proceso eficaz, consagrado en el artículo 26 y 49 de la Constitución, relacionada de forma directa con el debido proceso, siendo una unidad esencial en la labor jurisdiccional del Estado.

Para Latinoamérica y el mundo entero, a través de los medios de comunicación y declaraciones de los venezolanos, es claro que la Constitución no se está cumpliendo, vulnerándose las garantías Constitucionales y del bloque de Constitucionalidad que hayan sido ratificados por ese país, como es la eficacia de la defensa judicial efectiva, esperando un plazo muy amplio para obtener la decisión de fondo y la ejecución.

#### **3.2 Sistema Penal Acusatorio Establecido en la Ley 906 de 2004**

El sistema Penal Acusatorio en Colombia se adoptó este modelo mediante el Acto Legislativo 03 de 2002, el cual fue desarrollado por la Ley 906 de 2004, reformada por la Ley 1142 de 2007, reemplazando el modelo procesal mixto que lo caracterizó desde la Constitución de 1991, el cual fue definido por Luigi Ferrajoli “...*Es un “sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo, rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa de un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción...”*”

Al momento de ser adoptado por Colombia, el sistema penal acusatorio entró en vigencia a partir del 01 de enero del año 2005, había sido implementado por otros países suramericanos como Ecuador, Bolivia, Venezuela y Chile, el cual consiste en un sistema adversarial, absolutamente de partes, donde se busca igualdad entre las partes, puesto que las funciones de Defensor, Fiscal y del Juez se encuentran establecidas, individualizadas y diferenciadas.

El fundamento Constitucional lo establece el artículo 29 y el artículo 250 de la Constitución Nacional, - El Sistema Acusatorio tiene fundamento constitucional, en los artículos 29 y 250. El primero contempla el derecho de todo ciudadano a un proceso “público sin dilaciones injustificadas, así como a presentar pruebas y a controvertir las que allegue en su contra”; el 250 dispone que “La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de garantías.”

### **3.2.1. La Fiscalía Parte Adversarial del Sistema Penal**

El sistema penal acusatorio convirtió a la Fiscalía General de la Nación en una parte dentro del proceso penal, consagrada en el artículo 113 de la Ley 906 de 2004 que establece:

“...La Fiscalía General de la Nación para el ejercicio de la acción penal...”

Colocando límites a las prerrogativas y facultades consagradas en el artículo 114 de la Ley 906 de 2004, dejándole funciones de investigar sin afectar los derechos fundamentales, realizar la recolección del material probatorio que pretende hacer valer dentro del proceso penal, ejerciendo control de los actos mediante el control de legalidad ante los Jueces de Control de Garantías, en la etapa de la audiencia de formulación de acusación solicitada por la fiscalía y demás procedimientos judiciales, se busca una eficiencia del procedimiento y el respeto a los derechos del investigado y la víctima, materializando el bloque de Constitucionalidad.

La Fiscalía como ente acusador, coordina y organiza mediante los programas metodológicos las investigaciones, ordena los registros, allanamiento, incautación de bienes e interceptación de las comunicaciones, sometiéndolo a control posterior ante el Juez de Control de Garantías.

La Fiscalía General de la Nacional al ser el titular de la acción penal debe constatar la ocurrencia del hecho e individualizar al presunto actor de la conducta en la etapa de indagación, existiendo mecanismos de terminación anticipada, procediendo a determinar:

- a) El archivo que es una sentencia, no es una decisión de fondo, es una decisión administrativa, una orden del fiscal solo procede en la etapa de indagación, no opera a cosa juzgada material, se debe efectuar antes de la audiencia de formulación de imputación, solo puede realizarse si opera la atipicidad de la conducta por vía legal y por vía jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, cuando no se conozca el autor de la conducta penal o que no se conozca contra quien se cometió la conducta penal.
- b) La preclusión, la cual se encuentra consagrada en el artículo 331 de la Ley 906 de 2004, que establece:

*“...En cualquier momento el fiscal solicitara al Juez de conocimiento la preclusión, si no existiere mérito para acusar...”*

La cual es una sentencia, por ser una decisión adoptada por el Juez de Conocimiento, opera la cosa juzgada material, al ser un fallo judicial proceden los recursos legales y extraordinarios, se puede realizar la preclusión antes y después de la imputación, solo procede a solicitud de parte por la imposibilidad de continuar la acción penal, por existir ausencia de responsabilidad, por la inexistencia de los hechos denunciados, atipicidad, ausencia de intervención en los hechos el investigado, imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, entre la audiencia de formulación de acusación y el juicio oral se puede solicitar la preclusión únicamente por la imposibilidad de continuar con la acción penal y la inexistencia de los derechos denunciados.

- c) Los Preacuerdos y Negociaciones, consagrado en los artículos 348 y siguientes de la Ley 906 de 2004, que establece:

*“... Con el fin de Humanizar la actuación procesal y la pena, obtener una pronta y cumplida justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito-, propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso, la fiscalía y el imputado o acusado podrán llegar a preacuerdos que impliquen la terminación del proceso...”*

Los preacuerdos y Negociaciones como su nombre lo dice opera la libre autonomía de la voluntad privada por ser un negocio jurídico, un acuerdo de voluntades respecto de la responsabilidad del procesado y se negocia un beneficio ya sea en la conducta, grado de participación y tipicidad; la ley limita este beneficio al otorgar solo uno y prohíbe en los delitos sexuales, de lesa humanidad y en los delitos económicos que se debe restituir el 50% del incremento patrimonial y garantizar el otro 50%, estos preacuerdos de conformidad con el artículo 350 del Código de Procedimiento Penal solo es posible realizarlos desde la formulación de imputación hasta la presentación del escrito de acusación.

- d) El principio de oportunidad, consagrado en el artículo 321 del Código de Procedimiento Penal, es la facultad que tiene la Fiscalía General de la Nación de suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal, de conformidad con las causales previstas en el artículo 324 del Código de Procedimiento Penal, de conformidad con las instrucciones del

Fiscal General de la Nación, previo control formal y material del Juez de Control de Garantías.

### **3.2.2 La Defensa Judicial como Parte Adversarial dentro del Proceso Penal.**

Es una garantía fundamental del Derecho al Debido Proceso consagrado en el artículo 23 de la Constitución Nacional y en los Tratados de Derechos Humanos, su ejercicio no puede ser negado o restringido, debe ser continuo y unitario durante todas las actuaciones procesales, el cual surge desde que la persona tiene conocimiento que cursa una investigación en su contra y culmina cuando termina el proceso.

El Código de Procedimiento Penal, en su artículo 118 establece:

“... La defensa estará a cargo del abogado principal que libremente designe el imputado o, en su defecto, por el que le sea asignado por el sistema nacional de defensoría pública...”

La Corte Constitucional, dentro del fallo de tutela de fecha C-127 de 2011, expediente D-8228, M.P María Victoria Calle Correo, estableció:

*“...El ejercicio del derecho a la defensa en materia penal comprende dos modalidades, la defensa material y la defensa técnica. La primera, la defensa material, es aquella que le corresponde ejercer directamente al sindicado. La segunda, la defensa técnica, es la que ejerce en nombre de aquél un abogado escogido por el sindicado, denominado defensor de confianza, o bien a través de la asignación de un defensor público proporcionado directamente por el Estado a través del Sistema Nacional de Defensoría Pública. En relación con el derecho a la defensa técnica, conocido en el modelo de tendencia acusatoria como el principio de “igualdad de armas”, la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en sostener que el mismo hace parte del núcleo esencial del derecho a la defensa y al debido proceso, y su garantía plena es particularmente relevante si se considera que de su ejercicio se deriva la garantía de otros derechos como el de igualdad de oportunidades e instrumentos procesales...”*

La defensa judicial efectiva se divide en técnica y material, la primera solo puede ser ejercida por el profesional del derecho y la material la ejerce el destinatario del ejercicio de la acción penal, en esta etapa es el procesado.

Para ejercer la defensa judicial efectiva debe tener conocimiento y experticia en la representación jurídica, es decir especificidad propia del ejercicio de defensa

### **3.2.3 Etapas del Sistema Penal Acusatorio**

El Sistema Penal Acusatorio busca la garantía de los derechos fundamentales del procesado, para la obtención de la verdad, justicia y reparación de los derechos de las víctimas.

Dentro de las etapas encontramos la indagación, investigación y juicio, el cual debe realizarle de forma oral, publica, concentrado y de forma contradictoria, con mediación de las pruebas con las garantías procesales para la no vulneración de los derechos fundamentales, como lo establece el Código de Procedimiento Penal.

El acceso a la Justicia es a través de la denuncia penal, que en ningún momento puede ser considerado como prueba pero coloca en funcionamiento el aparato jurisdiccional del Estado, donde será Juzgado por el Juez Natural que es un Juez de Conocimiento.

#### **3.2.3.1. Etapa Preliminar de Indagación.**

La indagación es un fase preliminar, establecida en el artículo 267 de la Ley 906 de 2004, es anterior al proceso penal, esta fase la Fiscalía reúne la información necesaria para dar inicio al proceso penal, definiendo la existencia del hecho delictivo, las circunstancias de ocurrencia y los autores y partícipes, en esta etapa el investigado desconoce que se encuentra una denuncia penal en su contra y está siendo objeto de investigación por parte de la Fiscalía General de la Nación, existiendo en esta etapa una vulneración a los derechos del investigado, puesto que puede ser objeto de allanamientos, registros, interceptaciones, acceso a documentos con reserva legal que de pleno afecta el derecho de Defensa, al derecho a la intimidad personal, entre otros.

El término de esta etapa no se conoce, pero no puede exceder del término de prescripción el delito que se investiga.

#### **3.2.3.2. Etapa de Investigación.**

Culminada la indagación como etapa preliminar, la Fiscalía General de la Nación, formula ante el Juez de Control de Garantías la Imputación, de conformidad con el artículo 286 del C.P.P, que establece:

“...el acto a través del cual la Fiscalía General de la Nación comunica a una persona su calidad de imputado, en audiencia que se lleva a cabo ante el juez de control de garantías...”

Es un acto de comunicación, al cual en el ejercicio de la defensa, existiendo una debida defensa judicial efectiva, se podría interponer los recursos por ser una decisión judicial, pero al ser un acto de mera comunicación, solo se puede solicitar aclaración del mismo; sin embargo, este previo cumplimiento de los requisitos establecidos para tal fin, el Fiscal General de la Nación puede solicitar ante el Juez de Control de Garantías la imposición de la medida de aseguramiento ante el ahora imputado y las medidas cautelares en contra de su patrimonio.

Es clara la vulneración del derecho a la defensa judicial efectiva, puesto que si la Ley establece la formulación de imputación como un acto de mera comunicación, donde no se vincula al proceso penal al imputado, este si surte efectos jurídicos, como es la privación del derecho fundamental a la libertad y la limitación del derecho de dominio al ser decretadas las medidas de embargos que sacan los bienes inmuebles del imputado fuera del comercio, el cual puede ser celebrada sin la presencia del supuesto imputado bajo las reglas del artículo 291 del C.P.P. a través de la Contumacia o declarándolo persona ausente.

La audiencia de formulación de imputación interrumpe la prescripción, una vez realizada la audiencia de formulación de imputación, el señor Fiscal General de la Nación debe presentar el escrito de solicitud de acusación en un plazo no superior a 90 días.

#### **3.2.3.4 Etapa de Juicio**

En la audiencia de formulación de acusación, consagrada en los artículos 336 y S.S. del C.P.P es la oportunidad procesal para solicitar las nulidades en ejercicio de la defensa judicial efectiva, donde se traslada la carga de la prueba al procesado de presentar la existencia de la nulidad y el daño causado, lo que desconoce de pleno derecho las garantías Constitucionales, toda nulidad que afecta al proceso es la vulneración al debido proceso y a

la defensa judicial efectiva en el ejercicio del derecho de conocimiento de la prueba y el de contradicción, en esta audiencia se corre traslado de las pruebas que cuenta la Fiscalía para determinar la responsabilidad de la conducta punible, culminando la audiencia acusatoria sin haber ejercido la contradicción e imponiendo la carga al procesado en ejercicio de la defensa judicial efectiva a la búsqueda selectiva de las pruebas que controviertan lo manifestado por la Fiscalía; una vez se realice la audiencia de acusación, la audiencia preparatoria deberá realizarse ante el Juez de Conocimiento a más tardar dentro de los 45 días siguientes a esta audiencia, en virtud de lo establecido en el artículo 175 de la Ley 906 de 2004 modificada por la Ley 1453 de 2011.

Dentro de la audiencia preparatoria al Juicio Oral, consagrada en los artículos 355 del C.P.P., la defensa está en la obligación de descubrir los elementos probatorios, donde se debe presentar al Juez de Conocimiento la pertinencia, conducencia y utilidad de la prueba, de ser admitida es la base fundamental en el ejercicio de la defensa judicial efectiva, sin embargo, el Juez de conocimiento tiene la facultad de no decretar la práctica de la prueba que afectaría notablemente la estrategia de defensa implementada por el abogado en ejercicio del derecho a la defensa judicial efectiva y debido proceso del acusado.

Dentro de esta audiencia en virtud del artículo 360 del C.P.P. se puede solicitar la exclusión de la prueba ilegal, puesto que la prueba obtenida con violación al debido proceso es nula de pleno derecho, lo que ha cambiado a partir de las teorías legales y doctrinales que han justificado su obtención, conociéndose estas figuras como principio de exclusión, como lo establece el artículo 455 de la Ley 906 de 2004, que establece:

“... Nulidad derivada de la prueba ilícita. Para los efectos del artículo 23 se debe considerar, al respecto, los siguientes criterios: Vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la Ley...”

La fuente independiente vulnera los presupuestos del debido proceso, porque no se establece una forma de identificar la autonomía o recolección de cada prueba dentro de los elementos probatorios, si efectivamente es una fuente independiente a la fuente que se obtuvo la prueba ilícita.

El vínculo atenuado, la prueba conserva vínculo con la prueba obtenida de forma ilícita, en la vulneración de las garantías constitucionales, pero ese vínculo se atenúa por la

mediación de factores externos que le imprimen a la prueba caracteres de medio independiente que producen implícitamente el efecto indicado.

El descubrimiento inevitable, es una prueba que atenta contra todas las garantías constitucionales, porque es obtenida con la violación al debido proceso, a los derechos fundamentales pero el hallazgo probatorio iba ser inevitable, la cual sería obtenida con los medios lícitos.

Es claro que estas teorías vulneran todas las garantías constitucionales, porque su obtención ilícita es acápite para solicitar su exclusión dentro de la audiencia de juicio oral, el Juicio Oral deberá realizarse ante el Juez de Conocimiento a más tardar dentro de los 45 días siguientes a esta audiencia en virtud de lo establecido en el artículo 175 de la Ley 906 de 2004 modificada por la Ley 1453 de 2011.

En la instalación del juicio oral se ajusta a lo contemplado en los artículos 366 al 370 del C.P.P, donde se inicia por parte del Juez con la verificación de la asistencia de las partes, es facultativo de la Defensa a presentar teoría del caso, garantizándole el derecho a guardar silencio y a no auto incriminarse conforme con lo establecido en el artículo 33 de la Constitución Nacional.

El ius punendi lo ejerce el Estado, a través del ejercicio de la acción penal por parte de la Fiscalía General de la Nación y el Ejercicio de la Sanción Penal por parte del Órgano de Jurisdicción que es el Juez de Conocimiento.

No son partes dentro del Sistema Penal Acusatorio el Ministerio Publico Consagrado en el artículo 109 del C.P.P. y la Víctima que a partir de la Sentencia de Constitucional C-209 del año 2007, es un interviniente especial con atribuciones de parte con excepción de la práctica probatoria, sin embargo solicita pruebas, presenta las alegaciones una vez clausurado la práctica probatoria y presenta la solicitud de condena al Juez de Conocimiento, violando el principio a la igualdad de armas, puesto que no solo se encuentra el ente acusador con el Fiscal de Apoyo, sino que se cuenta con el abogado representante de las víctimas que ejerce en búsqueda del fallo condenatorio para proceder a la reparación del daño.

Existe libertad probatoria en la pertinencia, admisibilidad de la prueba, publicidad, contradicción, inmediatez y valoración probatoria por parte del Juez de Conocimiento.

Dentro de la práctica probatoria, la defensa judicial efectiva anuncio en la audiencia preparatoria la declaración testimonial o pericial, el cual es objeto de refutación por parte del ente acusador, presentando pruebas que no son anunciadas dentro de la audiencia preparatoria, no es una prueba sobreviviente pero que afecta la vulneración de los derechos fundamentales, puesto que al ser excluida la prueba se derrumba la estrategia de defensa.

Posterior, vendrán las siguientes etapas como son las alegaciones de las partes intervinientes establecido en los artículos 442 al 445 del C.P.P, el sentido del fallo consagrado en los artículos 445 del C.P.P y la lectura del fallo, donde se permite al Juez de Conocimiento tasar la pena de conformidad con la Ley 599 de 2000 en sus artículos 55, 58, 60 y 61, sin tener en cuenta la solicitud en el ejercicio de la defensa judicial efectiva en la aplicación del mínimo de la pena y no con base en los criterios de la pena, puesto que se busca una sanción penal con las garantías constitucionales, el cual es objeto del recurso de apelación, sin embargo existe otra vulneración al no permitir practicar o aportar prueba en el trámite de segunda instancia, al prevalecer los derechos fundamentales del procesado, del derechos sustancial al derecho formal.

#### **4. DISCUSIONES**

La Defensa Judicial Efectiva, es una figura jurídica con protección internacional a través del Bloque de Constitucionalidad y de consagración constitucional en nuestro país, se integra fácilmente a los sistema jurídico penales internacionales y es de aplicación inmediata por ser garantía y elementos del debido proceso a favor del procesado, quien tiene derecho legal y constitucionalmente reconocido, de ejercer de forma técnica y

material su propia defensa, actuando de forma activa o pasiva en el juicio que se promueva en su contra, porque le asisten los derechos a guardar silencio, a no autoincriminarse, a la presunción de Inocencia que debe ser desvirtuada por la Fiscalía General de la Nación sopena de solicitar la absolución perentoria.

En la Legislación Colombiana, en nuestro sistema penal acusatorio, es una fusión entre el sistema anglosajón y continental europeo por las características del sistema mostradas jurisprudencialmente, el cual presenta contenidos normativos teóricos garantistas, donde prevalecen los derechos fundamentales, entre ellos la dignidad humana y demás derechos fundamentales del procesado, se le garantiza una adecuada defensa judicial efectiva, la cual es cercenada en las diferentes etapas del juicio, limitando su pleno ejercicio y no prevaleciendo las solicitudes de exclusión probatorias en la obtención de pruebas ilícitas, imponiendo cargas para la evidencia de la nulidad de pleno derecho, como es el daño causado y el perjuicio procesal.

El Sistema Penal Acusatorio, es un sistema adversarial, de partes, pero nos encontramos con el Ius Punendi es ejercido por el Estado, en una parte la Fiscalía General de la Nación como ente acusador, y quien no es parte pero tiene la facultad legal de la sanción penal con características imparciales como el Juez Penal, quienes son los Jueces Naturales para juzgar las conductas típicas antijurídicas y presuntamente culpables al proceso, dentro del término establecido en el ordenamiento penal, encontrándonos con la facultad de valorar la admisibilidad de la prueba de la defensa judicial efectiva, por su pertinencia, conducencia y utilidad versa para la estrategia de la defensa de los derechos del procesado y no se puede limitar su práctica a los criterios del juez, dentro de la práctica de la prueba en el juicio oral no permite o condiciona la contradicción de la prueba por vía de hecho, la cual ha sido prueba de refutación antenta contra los principios del Procedimiento Penal, siendo de mala fe y desleal con la parte contraria, no realizar la publicación dentro de la audiencia preparatoria, sin que reúna las características de la prueba sobreviviente que afecta de pleno derecho el ejercicio de la defensa judicial efectiva.

Se está permitiendo la vulneración de derechos fundamentales dentro de las etapas del Sistema Penal Acusatorio, como es el inicio de la investigación, procediendo a la recolección de información que determine la existencia del hecho delictivo, las

circunstancias de tiempo y modo, los autores y partícipes, accediendo a información de índole personal sin la debida contradicción, limitando el ejercicio de la defensa judicial efectiva, del debido proceso, la audiencia de formulación de imputación no puede ser un mero acto de comunicación porque produce efectos jurídicos; en la etapa de juicio, la formulación de acusación, es una instancia preclusiva y no puede ser la única oportunidad procesal para solicitar la nulidad del procedimiento en la fase de investigación, genera una prevalencia del derecho formal sobre el material, el procedimiento no puede ser obstáculo para la cesación de la vulneración de los derechos fundamentales y al momento de tasar la pena por parte del Juez de Conocimiento, es vulneración al debido proceso, la movilidad dentro del cuarto mínimo aplicable, si bien es cierto no es aplicable la tarifa legal, el Juez con facultad de la Sanción Penal no puede desconocer las condiciones mínimas para la aplicación de la pena.

Para continuar con la investigación, se debe analizar los poderes del juez al momento de valorar la admisibilidad de la prueba, la obtención de la prueba, si es obtenida con los preceptos legales o su obtención obedece a la vulneración de derechos fundamentales que permitan la exclusión, analizando profundamente las teorías desarrollando por la doctrina y la jurisprudencia que permite la interpretación y aplicación de la prueba que presenta vínculos con la ilicitud de su obtención.

## **LISTA DE REFERENCIA**

- 1- Pedro Oriol Avella Franco 2007, Fiscalía General de la Nación, Escuela de Estudios e Investigaciones Criminalísticas y Ciencias Forenses.

- 2- Aquilina Sánchez Rubio, Licenciada en Derecho, Derecho a la Tutela Judicial Efectiva, Prohibición de Sufrir Indefensión y su Tratamiento por el Tribunal Constitucional, Anuario de la Facultad de Derecho, Vol. XXI, 2003, 601-616.
- 3- Íride Isabel María Grillo, 2004, Tutela Judicial Efectiva, Sistema Argentino de Información Jurídica.
- 4- Martel Chang, Rolando Alfonso, Acerca de la Necesidad de Legislar sobre las Medidas Autosatisfactivas en el Proceso.
- 5- Roció Mercedes Araujo-Oñate, Universidad del Rosario Bogotá D.C., Acceso a la Justicia y Tutela Judicial Efectiva, Propuesta para Fortalecer la Justicia Administrativa, Visión del Derecho Comparado, Revista de Estudios Socio jurídicos, 2011, 13, enero-junio de 2011.
- 6- Villaseñor Goyzueta, Claudia Alejandra, Proporcionalidad y Limites de los Derechos Fundamentales, Teoría General y su Reflejo en la Jurisprudencia Mexicana, Prologo de German Gómez Orfanel, México, Porrúa, 2011.
- 7- Nicolás Oxman, Una Aproximación al Sistema de Imputación Subjetiva en el Derecho Penal Anglosajón, revista Ius et Praxis, año 19, No 1, 2013, Universidad de Talca-Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
- 8- Gustavo Emilio Cote-Barco, Constitucionalidad del Derecho Penal y Proporcionalidad de la Pena, Vniversitas. ucls. Bogotá (Colombia) N° 116: 119-151, julio-diciembre de 2008.
- 9- Diego Eduardo Lopez Medina, Astrid Liliana Sanchez Mejia, La Armonizacion del Derecho Internacional de los Derechos Humanos con el Derecho Penal Colombiano, Int. Law: Rev. Colomb. Derecho Int. ildi Bogotá (Colombia) N° 12: 317-352, Edición Especial 2008.
- 10- Letelier Loyola, Enrique 2013, el Derecho Fundamental al Recurso en el Proceso Penal, Barcelona, Atelier Libros Jurídicos, Revista de Derecho Universidad Católica del Norte.
- 11- Kai Ambos, La Parte General del Derecho Penal Internacional, 2005 KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG E.V. - Traducción al castellano de la versión abreviada y actualizada de Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts: Ansätze einer Dogmatisierung. Duncker und Humblot, Berlín, Alemania, 2002 (primera edición) y 2004 (segunda edición).

- 12- Claudio Feller Schleyer, El Derecho Penal en la Sociedad Actual: Un Riesgo para las Garantías Penales, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXVI 2005.
- 13- Manuel Fernando Quinche Ramirez, El Control de Convencionalidad y el Sistema Colombiano, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional **163** núm. 12, julio-diciembre 2009, pp. 163-190.
- 14- Juan Oberto Sotomayor Acosta Profesor de Derecho penal de la Universidad EAFIT (Medellín, Colombia), El Derecho Penal Garantista en Retirada, Revista Penal, n.º 21.— Enero 2008

### ***Leyes y Jurisprudencia***

- 1- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicación número 41.198 del 12 de noviembre de 2015, M.P. Eugenio Fernández Carlier.
- 2- Ley 599. Diario Oficial 44097 de la República de Colombia, 24 de julio de 2000.
- 3- Constitución Política de Colombia.
- 4- Convención Americana de Derechos Humanos
- 5- Declaración Universal de Derechos Humanos
- 6- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (garantías procesales de la persona acusada de un delito).
- 7- Ley 906 de 2004 modificada por la Ley 1453 de 2011
- 8- Corte Constitucional, Sentencia C-1154 de 2005, expediente D-5705 y D-5712, M.P. Dr Manuel José Cepeda Espinosa.