

**GARANTIAS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO DE DEFENSA EN LAS  
AUDIENCIAS PRELIMINARES**



Presentado por:

ELKIN ALFREDO GÓMEZ SIERRA  
JAIR CALET GONZÁLEZ ORTEGA  
BRAYAN MICHEL TORRES BAYONA

UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL CÚCUTA  
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIA POLÍTICA Y SOCIALES  
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA  
CÚCUTA, COLOMBIA

2018

**GARANTIAS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO DE DEFENSA EN LAS  
AUDIENCIAS PRELIMINARES**

Presentado por:

ELKIN ALFREDO GÓMEZ SIERRA  
JAIR CALET GONZÁLEZ ORTEGA  
BRAYAN MICHEL TORRES BAYONA

Trabajo presentado como requisito parcial para optar al título de  
Especialista en Derecho Penal y Criminología.

Asesor disciplinar

Dr. PEDRO ALIRIO SÁNCHEZ NOVOA

Asesor metodológico

Dr. DARWIN HUMBERTO CLAVIJO CÁCERES

UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL CÚCUTA  
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIA POLÍTICA Y SOCIALES  
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA  
CÚCUTA, COLOMBIA

2018

## GARANTIAS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO DE DEFENSA EN LAS AUDIENCIAS PRELIMINARES

*Elkin Alfredo Gómez Sierra<sup>1</sup>*

*Jair Calet González Ortega<sup>2</sup>*

*Brayan Michel Torres Bayona<sup>3</sup>*

### Resumen

El estudio de determinación de las falencias que registra el ordenamiento procesal penal colombiano a la hora de garantizar la materialización del derecho a una defensa técnica a una persona que ha sido privada de la libertad, ya sea por orden judicial o por captura en flagrancia, propendió por: 1. Identificar los mecanismos legales y constitucionales que puede utilizar la defensa para acceder al término de 36 horas para recolectar sus elementos de conocimiento y presentarlos en las audiencias preliminares; 2. Examinar la protección brindada por la jurisprudencia colombiana en relación al derecho a la defensa en el desarrollo de las audiencias preliminares; y, 3. Precisar cómo se puede garantizar la materialización del derecho a la defensa a efectos de que exista igualdad de condiciones en ambas partes enfrentadas en las audiencias preliminares en mención.

### Palabras claves:

Garantías constitucionales, derecho a la defensa, audiencias preliminares, derecho a la igualdad, sistema penal acusatorio.

---

<sup>1</sup> Abogado. Cursando actualmente la Especialización en Derecho Penal y Criminología – Universidad Libre Seccional Cúcuta, 2017-2018.

<sup>2</sup> Abogado. Cursando actualmente la Especialización en Derecho Penal y Criminología – Universidad Libre Seccional Cúcuta, 2017-2018.

<sup>3</sup> Abogado. Cursando actualmente la Especialización en Derecho Penal y Criminología – Universidad Libre Seccional Cúcuta, 2017-2018.

### **Abstract**

The study of determination of the flaws registered by the Colombian criminal procedure order when guaranteeing the materialization of the right to a technical defense to a person who has been deprived of liberty, either by judicial order or by capture in flagrante, propendió by: 1. Identify the legal and constitutional mechanisms that the defense can use to access the 36-hour term to collect their knowledge elements and present them at preliminary hearings; 2. To examine the protection afforded by Colombian jurisprudence regarding the right to defense in the conduct of preliminary hearings; and, 3. Specify how the right to defense materialization can be guaranteed so that there is a level playing field in both sides in the preliminary hearings in question.

### **Keywords:**

Constitutional guarantees, right to defense, preliminary hearings, right to equality, accusatory criminal system.

## INTRODUCCIÓN

El ordenamiento procesal penal colombiano, establece en el artículo 296, que toda persona privada de la libertad, debe ser a través de orden de captura emanada por el juez de control de garantías con las formalidades contenidas en el artículo 298, a excepción de que haya sido capturado en flagrancia, debe ser puesta a disposición del juez de control de garantías dentro del término de 36 horas a efectos de que se realice el control de legalidad del procedimiento de materialización de dicha aprehensión. Si se cumplen los requisitos del artículo 302, inciso 4°, la Fiscalía cumpliendo la misión que le encomienda la Constitución y la ley, debe acudir ante el juez para llevar a cabo la audiencia de legalización de captura, formulación de imputación y de cumplirse los requisitos objetivos contenidos en el artículo 313 y subjetivos descritos en el artículo 308 y siguientes, procederá a solicitar se imponga una medida de aseguramiento que limita los derechos del imputado.

Se observa que si bien la Fiscalía cuenta con 36 horas para presentar al capturado ante el Juez de Control de Garantías, la defensa no goza de este privilegio, para recolectar elementos materiales probatorios (E.M.P), evidencia física (E.F) e información legalmente obtenida (I.L.O), para poder controvertir los elementos recolectados por la Fiscalía, con los que se basará para sustentar, la inferencia razonable de autoría, puesto que en la mayoría de los casos, la Fiscalía presenta al aprehendido ante el Juez en el menor tiempo posible, restándole oportunidad a la defensa para recolectar elementos de conocimiento, atentando con ello, su actuación procesal, la cual según el artículo 15 del Código de Procedimiento Penal, debe ser un sistema contradictorio desde la iniciación del procedimiento.

Lo anterior lleva a indagar sobre ¿Qué falencias registra el ordenamiento procesal penal colombiano a la hora de garantizar la materialización del derecho a una defensa técnica a una persona que ha sido privada de la libertad, ya sea por orden judicial o por captura en flagrancia?

Por tratarse de un estudio documental, analítico con enfoque cualitativo, para su desarrollo se realizó un análisis en torno al concepto, desarrollo y dinámica de las audiencias

preliminares de legalización de captura, formulación de imputación y solicitud de medida de aseguramiento, a fin de establecer las garantías con que cuentan las partes en el transcurso y desarrollo de las mismas, en vigencia de la Ley 906 de 2004. El desarrollo se fundamentó desde el punto de vista doctrinal, jurisprudencial y legal, tanto de la Corte Constitucional, como de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, teniendo en cuenta las directrices investigativas en cuanto a investigación y hermenéutica jurídica se trata, así como análisis jurisprudencial.

Las técnicas seguidas para el desarrollo de la investigación son: revisión documental, consistente en el estudio de documentos existentes que contienen información pertinente al tema; análisis de contenido, que denota un proceso sistemático de interpretación y reflexión en torno a la información existente con referencia a la situación problemática a analizar.

El desarrollo del documento se ha estructurado en tres partes, en la primera de ellas se identifican los mecanismos legales y constitucionales que puede utilizar la defensa para acceder al término de 36 horas para recolectar sus elementos de conocimiento y presentarlos en las audiencias preliminares; en la segunda se examina la protección brindada por la jurisprudencia colombiana en relación al derecho a la defensa en el desarrollo de las audiencias preliminares; y, la tercera y última se precisa cómo se puede garantizar la materialización del derecho a la defensa a efectos de que exista igualdad de condiciones en ambas partes enfrentadas en las audiencias preliminares en mención.

## **GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO DE DEFENSA EN LAS AUDIENCIAS PRELIMINARES**

Con la reforma de la Constitución Política de 1991 a través del Acto Legislativo No 03 del 19 de diciembre de 2002, se instituye en Colombia el sistema penal acusatorio como un modelo garantista de los derechos sustanciales y procesales de las personas. En ese sentido, las audiencias preliminares llevadas a cabo por los jueces de control de garantías tienen como propósito proteger y garantizar los derechos de los indiciados en un proceso penal, sobre todo disminuir la carga punitiva respecto al derecho de la libertad. Si bien las audiencias preliminares se conciben en parte como una etapa que protege y promueve los derechos de la persona procesada, la negación institucional y legal de conocer los EMP por parte de la defensa vulnera el aspecto central del derecho al debido proceso.

La Corte Constitucional ha sido enfática en sostener que:

...a luz de la Constitución y de los tratados internacionales de derechos humanos, no pueden consagrarse excepciones al ejercicio del derecho de defensa, esto es, no puede edificarse sobre él restricción alguna, de manera que debe entenderse que la defensa se extiende, sin distingo ninguno, a toda la actuación penal, incluida por supuesto la etapa preprocesal, conocida como investigación previa, indagación preliminar o simplemente indagación. (Sentencia C-025, 2009).

Dicha contextualización judicial no fue ajena al sistema inquisitivo que regía con anterioridad de la Ley 906 de 2004, aspecto que evidencia la fortaleza jurídica del derecho de defensa dentro del sistema del Estado Social de Derecho. Por tanto, el derecho a la defensa tiene un carácter intemporal dentro del procedimiento penal., siendo procesalmente exigible una vez sea obtenida la calidad de procesado o indiciado.

Sin embargo, la realidad institucional del sistema judicial ha menoscabado el derecho a la defensa en las audiencias preliminares, sobre lo anterior Patemina Arboleda (2012) indica:

Desde que asisto a las audiencias programadas en el nuevo Sistema Penal Oral Acusatorio, una de ellas, de las llamadas preliminares, me ha llamado la atención, no tanto por su formalidad, sino porque precisamente, en mi sentir, su ritualidad va en contra de lo que preconiza la filosofía del nuevo sistema: que es un sistema adversarial, donde la Fiscalía se enfrenta en igualdad de condiciones a la defensa, la cual a su vez tiene la oportunidad de contradecir, de controvertir y sustentar sus tesis públicamente, todo dentro del principio de igualdad de armas... (p.113)

Las audiencias preliminares se clasifican, según el Código de Procedimiento Penal, en audiencias de autorización judicial previa (inspección corporal, de registro personal, etc.); de control judicial de órdenes emitidas por fiscal (vigilancia y seguimiento de personas y vigilancia de cosas); de verificación (formulación de imputación); de decisión (imposición medida de aseguramiento, orden de captura, suspensión del poder dispositivo, etc.); de control de la orden y del resultado (registros y allanamientos, interceptación de comunicaciones, búsqueda selectiva en base de datos, etc.) y de segunda de instancia sobre autos emitidos en audiencia preliminar

Se observa que desde el momento de la captura de una persona, ya sea por orden judicial o en flagrancia, es la Fiscalía, el ente acusador, a quien se le da un término de 36 horas antes de dar inicio a la primera audiencia, esto es, la de legalización de captura, un término en el que se pueden realizar diversos actos urgentes, actos de investigación por parte de los entes y organismos adscritos al cuerpo investigativo de la fiscalía, dándole la posibilidad de recolectar todos los EMP necesarios para hacer valer sus solicitudes en audiencia, frente al juez de control de garantías, sin embargo, es otro y contrario el panorama por parte de la defensa, en la que en muchas y la mayoría de las ocasiones, sus únicos EMP son el testimonio dado por el indiciado, poniendo a la defensa en una situación de desventaja y en consecuencia afectando la materialización y debido ejercicio del derecho de defensa de una persona capturada, que en ultimas, como consecuencia de esta desventaja, termina siendo privada de la libertad.

En síntesis, el sistema penal acusatorio fue un mecanismo que permitió humanizar el proceso penal con el propósito de proteger derechos fundamentales que se estaban vulnerando a través del anterior sistema. No obstante, su desarrollo ha dejado evidenciar ciertas fallas institucionales que afectan los derechos procesales, una de ellas se concentra en las audiencias preliminares, donde la defensa tiene limitada sus actuaciones frente a los medios probatorios que tiene la fiscalía para iniciar la respectiva judicialización, hecho que desconoce el fin real del debido proceso.

Es indispensable mejorar la situación actual a través de la institución porque desde el carácter legal, la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal han reconocido de manera contundente la intemporalidad del derecho a la defensa. Por eso, es necesario que la Fiscalía facilite el conocimiento de los elementos materiales probatorios con el propósito de hacer el juicio más justo.

**Mecanismos legales y constitucionales que puede utilizar la defensa para acceder al término de 36 horas para recolectar sus elementos de conocimiento y presentarlos en las audiencias preliminares.**

El derecho a la defensa, se encuentra contenido en el artículo 29 de la Constitución Política de 1991, que consagra el debido proceso, así:

El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. 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. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

El debido proceso es una disposición normativa de gran relevancia para los Estados constitucionales porque a través de dicho derecho se garantiza un juicio justo y acorde con la ley. El artículo 29 de la Constitución Política consagra que el debido proceso es un derecho fundamental, por lo cual su proyección se inscribe en actuaciones judiciales o administrativas, con las observancias legales de cada juicio.

No solo dispone la norma superior que toda persona tiene derecho a ser juzgada conforme a las leyes preexistente al acto que se le imputa, también indica que “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” (C.P.; 1991). Teniendo en cuenta que el debido proceso se cumple mediante la realización de otros derechos procesales, se debe concluir que el derecho a la defensa es un eje fundamental para el cumplimiento del mandato constitucional. Parte central del debido proceso es el derecho de defensa, es decir, un conjunto de garantías, derechos y facultades suficientes para la protección. Por ello, es un derecho fundamental que se extiende a cualquier procedimiento, con mayor o menor alcance, según su naturaleza y finalidad, el cual se debe observar no sólo en su conjunto sino también en cada una de sus fases, pues la finalidad de los dos derechos es la interdicción a la indefensión, concepto que sólo puede darse durante un proceso si no se afectan las condiciones de igualdad.

Pues bien, del derecho a la defensa se desprende entre otros los principios del juez natural imparcial, de presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra y el de la publicidad de las actuaciones procesales y el derecho de impugnarlas.

Como se ha dicho, el derecho a la defensa, se encuentra estipulado de manera precisa en el artículo 29 de la Constitución Política de 1991; el constituyente por medio del debido proceso concretó que la defensa es un elemento primordial para cualquier persona que se vea inmiscuida en un proceso judicial o administrativo. Una debida defensa permite que los poderes sancionatorios del Estado se encuentren confrontados a través de la contradicción, la prueba, la alegación y la impugnación. Debido a su importancia dentro del Estado Social

de Derecho, el Constituyente le otorgó ese carácter constitucional, dotando de fuerza normativa superior al derecho en mención.

Por su parte, el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos en el marco del Derecho Internacional, establece que toda persona durante el proceso, tiene derecho en plena igualdad, de acceder a los medios adecuados y al tiempo prudente para preparar su defensa. En ese sentido, el Estado debe brindar a la persona que se inmiscuya en un juicio de un tiempo razonable para que pueda recaudar el material probatorio a su favor, así como de estudiar y preparar los alegatos que presentará en juicio.

Otro rasgo del derecho a la defensa en el ámbito internacional es que el inculpado se puede defender personalmente, sin ser asistido por un abogado, siempre que se cumpla con las exigencias de ley que verifiquen el consentimiento libre de la persona para negarse a ser asistido por un profesional del derecho. A su vez, la CADH resalta que toda persona tiene derecho a ser asistido por un abogado de su elección, garantizando la comunicación entre defendido y defensor de manera libre y privada.

El artículo 8 del numeral 2, literal e, determina al respecto: “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 (...)” (CADH; 1969).

Es así que el derecho a la defensa es un derecho constitucional y protegido por el marco internacional de los Derechos Humanos, su carácter de irrenunciabilidad sugiere que la asistencia de un abogado proporcionado por la misma persona o el Estado es una condición sin la cual el proceso no puede avanzar. Caso en contrario, el proceso carecería de legitimidad.

Por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos estable en el artículo 11 que: “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” (DUDH; 1948).

Al contrario de lo estipulado en la CADH, la Declaración Universal frente al derecho a la defensa es escueta, sin recurrir a elementos más detallados sobre la implicación del ejercicio del derecho, se observa que el instrumento internacional carece de precisiones que hagan más extensiva la defensa de los investigados. Hay que resaltar que la Convención destaca que el derecho a la defensa es un postulado irrenunciable, siendo gratuito para el sindicado en aquellos casos donde la persona no puede costear un abogado, obligando de esta manera al Estado de nombrar un defensor de oficio para tales fines. Al mismo tiempo, concreta parámetros para su aplicación y fijación en el proceso.

A nivel interno, los artículos 29 de la Constitución Política y 8° de la Ley 906 de 2004, consagran la protección del derecho defensa; a su vez, el artículo 3° de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, establece que en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas se garantiza, sin excepción alguna, el derecho de defensa, de acuerdo con la Constitución Política, los tratados internacionales vigentes ratificados por Colombia y la ley.

La ley 906 del 2004, Código de Procedimiento Penal, que establece lo relativo al Sistema Penal Acusatorio en su artículo octavo literal e, indica que en materia penal y en desarrollo del ejercicio de defensa la persona puede ser oída, asistida y representada por un abogado de confianza o nombrado por el Estado. La norma en mención es la disposición más importante es lo referente al derecho de defensa, como lo expresa Camargo (2013) “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” (p. 145).

En el actual Sistema Penal Colombiano, se trató de fortalecer las garantías del imputado aún desde antes de habersele formulado la imputación, es decir, desde la fase de indagación. Así lo señaló la Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad del artículo 8° de la Ley 906 de 2004, indicando lo siguiente:

En este orden de ideas, la correcta interpretación del derecho de defensa implica que se puede ejercer desde antes de la imputación. Así lo establece el propio Código por ejemplo desde la captura o inclusive antes, cuando el investigado tiene conocimiento de que es un presunto implicado en los hechos. Por ello, la limitación establecida en el artículo 8° de la ley 906 de 2004, si se interpreta en el entendido de que el derecho de defensa sólo se puede ejercer desde el momento en que se adquiere la condición de imputado, sería violatorio del derecho de defensa. (Sentencia C-799 de 2005, M.P. Jaime Araújo Rentería)

En el Sistema Penal Acusatorio Colombiano, el descubrimiento de prueba, se fundamenta en la igualdad de oportunidades, el cual se garantiza a través del descubrimiento de pruebas tanto por el Ente Acusador como por parte de la defensa del acusado.

En cuanto al derecho que tienen tanto la defensa como la Fiscalía de recolectar sus elementos de conocimiento y presentarlos en las audiencias preliminares en un término de 36 horas, la Corte Constitucional, en su Sentencia C-536 de 2008, M.P. Jaime Araujo Rentería, precisó:

Con el principio de igualdad de armas, se quiere indicar que “(...) en el marco del proceso penal, las partes enfrentadas, esto es, la Fiscalía y la defensa, deben estar en posibilidad de acudir ante el juez con las mismas herramientas de persuasión, los mismos elementos de convicción, sin privilegios ni desventajas, a fin de convencerlo de sus pretensiones procesales. (...) tanto la Fiscalía como al imputado o acusado, le es dable recaudar material probatorio durante la etapa de investigación, así como solicitar y controvertir pruebas en la etapa de juicio, lo cual pone en evidencia el papel diligente y activo que se le otorga al imputado y acusado en materia probatoria durante las diferentes etapas del proceso penal. (Sentencia C-536, 2008).

Por consiguiente, esta garantía en el ejercicio de los medios de defensa desde la etapa de investigación previa, busca no sólo favorecer al acusado, sino que también protege aquellas garantías que permiten tender hacia la equiparación de medios, respecto de los medios con los que cuenta el acusador, dado el hecho de que la Fiscalía como ente estatal acusador, cuenta dentro del proceso penal con superioridad de medios para investigar, acusar

o no acusar, precisamente por lo cual, el sistema penal debe buscar la nivelación de este ente con los acusados, como maximización del valor de la justicia en los procesos penales.

En resumen, el derecho de defensa en materia penal encuentra uno de sus más importantes y esenciales expresiones en el principio de igualdad de armas, en procura de garantizar la protección de los imputados frente a aquellas situaciones que desequilibran su actuación en el proceso.

### **Protección brindada por la jurisprudencia colombiana en relación al derecho a la defensa en el desarrollo de las audiencias preliminares.**

La jurisprudencia nacional a partir de la expedición de la Constitución Política de 1991 se ha caracterizado por un activismo judicial, principalmente de la Corte Constitucional, a favor de los derechos fundamentales de las personas. En cuanto al derecho a la defensa, las distintas jurisdicciones ordinaria, administrativa y constitucional construyeron líneas jurisprudenciales que destacan a dicho derecho como un elemento esencial del núcleo del “debido proceso”, consignado en el artículo 29 de la Constitución Política de 1991. La Corte Constitucional sobre el tema dice:

Esta Corporación ha explicado que el derecho al debido proceso se descompone en varias garantías que tutelan diferentes intereses ya sea de los sujetos procesales, o de la colectividad a una pronta y cumplida justicia. Entre ellas, el artículo 29 de la Constitución, en forma explícita consagra tanto el principio de celeridad, como el derecho de contradicción y controversia probatoria. (Sentencia C-371, 2011).

En consecuencia, el derecho a la defensa no puede ser suspendido por ningún Estado de excepcionalidad, toda vez que la Constitución Política o los tratados internacionales establecen condiciones temporales para su aplicación. Esta característica resulta esencial para la fase de las audiencias preliminares, porque no limita el ámbito de aplicación, permitiendo ejercer la defensa en cualquier momento procesal. Teniendo de esta manera, la garantía de defenderse en cualquier etapa procedimental del sistema penal acusatorio.

Aunado a lo anterior, el derecho a la defensa es general y universal, es decir, que cualquier ciudadano goza de este derecho, impidiendo cualquier distinción que afecte su proyección en razón de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. Mencionada característica también revela la intemporalidad del derecho a la defensa en el procedimiento penal.

Igualmente, el derecho a la defensa técnica surge desde el conocimiento que cursa una investigación en contra de una persona, finalizando hasta que el proceso penal culmine. Quiere esto decir, que la etapa preliminar, goza de esta garantía, toda vez que se activa el ius puniendi del Estado, siendo necesario que el indiciado pueda presentar pruebas que desacredite cualquier elemento probatorio que lo culpe de algún delito.

Al ser un derecho fundamental, en razón a la conexión que el derecho al debido proceso, puede ser ejercido por el mismo procesado, si así lo desea o a través de abogado profesional que le garanticen una defensa técnica. Aunado a lo anterior, es aspecto relevante del procedimiento penal constituido en Colombia, que la persona procesada por cierto delito pueda exponer sus propios argumentos y razones dentro del proceso judicial.

La Corte Constitucional, en la Sentencia C- 371 del 2011, reitera la fundamentación al derecho de defensa en la etapa de investigación, al referenciar que “el derecho de defensa se empieza a ejercer desde el momento mismo que se inicia la investigación”. Desde esa perspectiva el Estado brinda al indiciado del derecho a la defensa, para poder evitar así cualquier juicio que no se fundamente en razones jurídicas y probatorias certeras para endilgar un delito a la persona.

Por tanto, el derecho a la defensa es uno de los principales elementos del debido proceso, que representa la oportunidad de ser oída, de hacer valer sus razones y argumentos mediante prueba en cualquier proceso judicial o administrativo. Evitando de esta manera cualquier arbitrariedad que se pueda cometer bajo el poder sancionatorio del Estado.

En consonancia con las características del derecho a la defensa en el sistema penal acusatorio, en la etapa de investigación dicho derecho se encuentra incluido, ya que, su proyección es universal, intemporal y general, es decir, su aplicación inicia desde el comienzo del proceso hasta su terminación.

Es importante reiterar sobre este punto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional dice en relación con lo anterior:

Evidencia esta Corte que ni en la Constitución ni en los tratados internacionales de derechos humanos se ha establecido un límite temporal para el ejercicio del derecho de defensa. Como se ha dicho, el derecho de defensa es general y universal, y en ese contexto no es restringible al menos desde el punto de vista temporal. Por consiguiente, el ejercicio del derecho de defensa surge desde que se tiene conocimiento que cursa un proceso en contra de una persona y solo culmina cuando finalice dicho proceso. (Sentencia C-799, 2005).

Reitera, en la misma sentencia la Corte Constitucional la importancia del derecho a la defensa desde la etapa de investigación, aduciendo que:

Si no existiera desde el inicio de la investigación esta proporcionalidad basada en el derecho de defensa, fácilmente la persona puede pasar de investigada, a imputada, a acusada y a condenada; sin haber actuado en equilibrio de fuerzas con quien lo investiga. (Sentencia C-799, 2005).

Así las cosas, sin la materialización del derecho a la defensa en la etapa de investigación se violaría el derecho a la igualdad y al debido proceso, ya que, no permitir que la persona ejerza su derecho de defensa desde que se inicia una investigación en su contra afecta los derechos e intereses sustanciales y procesales del indiciado. Una negación de este derecho en la etapa investigativa “tenga ésta el carácter de pre- procesal o procesal, es potenciar los poderes investigativos del Estado sin razón Constitucional alguna en desmedro del derecho de defensa de la persona investigada” (Sentencia C-799, 2005). Por ende, no es dable acertar el debido proceso en el sistema penal acusatorio si dentro de las etapas preliminares se niega el derecho a la defensa que poseen las personas.

De conformidad con lo señalado por la Corte Constitucional, toda persona que tenga conocimiento de la existencia de una investigación en su contra, tiene derecho acudir a la Fiscalía con el fin de obtener copia de la denuncia y del inicio de indagación, además de conocer los elementos o evidencias físicas con cuenta la Fiscalía para adelantar la causa.

En ese sentido, el sistema penal acusatorio posibilita el ejercicio de defensa desde antes de adquirir la condición de imputado. En concordancia con lo anterior, sostuvo la Corte Suprema de Justicia-Sala Penal que:

...todo aquel que sepa que es objeto de algún tipo de investigación, está en el derecho de conocer, desde sus albores los pormenores de esa causa penal y los elementos probatorios con que cuenta el ente persecutor para incriminarlo, pues ello forma parte del derecho a preparar su defensa desde el inicio de la actuación. (Sentencia Acción de Tutela 00514, 2017).

En la misma providencia, sostiene el ente judicial de la jurisdicción ordinaria, que:

La persona en un Estado de derecho debe tener la posibilidad de controvertir desde un primer momento dicho motivo, con base en el derecho de defensa. Así entonces, el solo hecho de la aplicación de una medida cautelar, que no es la detención preventiva, implica la activación del derecho de defensa; por consiguiente con mayor énfasis deberá operar ante la propia detención preventiva. (Sentencia Acción de Tutela 00514, 2017).

Corolario de lo anterior, el derecho de defensa, debe poder ser ejercido no solo desde que se adquiera la condición de imputado sino igualmente antes de la misma. En este orden de ideas, la correcta interpretación del derecho de defensa implica que se puede ejercer desde antes de la imputación. Así las cosas, la limitación que consagra el artículo 8 de la Ley 906 del 2014, si se interpreta en el entendido de que el derecho de defensa sólo se puede ejercer desde el momento en que se adquiere la condición de imputado, sería violatorio del derecho de defensa, de acuerdo a la posición jurisprudencial tomada por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia.

No obstante, al derecho de defensa en el sistema penal acusatorio, especialmente, en la etapa preliminar resulta obstruido principalmente por dos razones:

1. La etapa de indagación preliminar es reservada

2. La entrega de información al cuestionado es la audiencia de formulación de acusación, en la cual la Fiscalía hace el correspondiente descubrimiento probatorio.

Lo que demuestra una especie de creación de justicia artificial o sensación de justicia, toda vez que el derecho a la defensa es un reconocimiento del debido proceso aun en etapa de investigación, pero en la práctica se aleja a su materialización. Por eso, es importante recordar que la Corte Constitucional en sentencia C-127 de 2011, con Ponencia de la Doctora María Victoria Calle indicó:

La Corte ha sido unívoca, consistente y sólida, en el sentido de sostener que, a la luz de la Constitución y de los tratados internacionales de derechos humanos, no pueden consagrarse excepciones al ejercicio del derecho de defensa, esto es, no puede edificarse sobre él restricción alguna, de manera que debe entenderse que la defensa se extiende, sin distingo ninguno, a toda la actuación penal, incluida por supuesto la etapa preprocesal, conocida como investigación previa, indagación preliminar o simplemente indagación. (Sentencia C-127, 2011).

En consecuencia, el derecho a la defensa es una realidad jurídica ineluctable en el sistema penal acusatorio, porque de otro modo se vulneraría derechos fundamentales propios del Estado Social de Derecho que constituyo en la Constitución de 1991, que tiene como propósito cambiar la concepción de la persona como un objeto dentro del procedimiento penal, aceptando su calidad de persona con prerrogativas que garantizara un acceso a la justicia real.

**Precisar cómo se puede garantizar la materialización del derecho a la defensa a efectos de que exista igualdad de condiciones en ambas partes enfrentadas en las audiencias preliminares en mención.**

El sistema penal acusatorio adversarial se caracteriza por ser un proceso donde intervienen dos partes distintas, una que acusa los delitos que afectaron presuntamente bienes jurídicamente tutelados, y otra que defiende al indiciado de la culpabilidad de dichos delitos. Además, es adversarial porque se compone de un litigio donde se enfrentan pruebas y argumentos de parte y parte, siendo factible ser escuchadas, comentadas, negadas o aclaradas

únicamente por el operador judicial. Finalmente, el sistema que se adopta es oral, propiciando de esta manera la controversia mediante un debate jurídico y probatorio.

En ese sentido, las garantías constitucionales que se introducen dentro del proceso penal protegen a la persona que se le acusa de un delito a través de unas prerrogativas que limitan el poder sancionatorio del Estado. Así pues, dentro de las garantías constitucionales se identifica el derecho a una justicia accesible, oportuna y gratuita, elementos que se alinean indudablemente con el ejercicio del derecho a la defensa en las etapas preliminares. Igualmente, las garantías constitucionales aseguran que la persona pueda ser oída dentro del proceso, lo que implica poder ejercer el derecho de defensa en la etapa de investigación.

Por otro lado, el sistema penal acusatorio consagra medidas constitucionales tales como:

1. Juicio publico
2. Ninguna persona podrá ser juzgado dos veces por una misma causa
3. Derecho de no autoincriminación
4. Principio de legalidad
5. Decreto de nulidad de pruebas
6. Derecho a la doble instancia
7. Debido proceso

Por lo tanto, se evidencia que el derecho a la defensa en la etapa preliminar o de investigación es un aspecto relevante e intrínseco de las garantías constitucionales, principalmente porque protege a la persona indiciada contra las arbitrariedades que puede cometer en vista al poder sancionatorio el Estado. Ahora bien, como se dijo en anteriores acápite, dos son las principales razones en la práctica para negar el derecho a la defensa en la etapa de investigación.

A saber, la primera exposición jurídica que sostiene la fiscalía para negar la información al indiciado sobre los hechos jurídicamente relevantes que sustentan la investigación en su

contra tiene que ver con el argumento que la etapa de la indagación es reservada. Frente a lo anterior, y con el fin de materializar un derecho real de defensa, hay que resaltar que el secreto no es un aspecto esencial del proceso penal previsto en la Ley 906 de 2004. La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en Sentencia 2011-00497 de 24 de marzo de 2011, con ponencia del Doctor Edgardo Villamil fue clara al exponer que, “ni la Constitución o ley establecen ningún tipo de reserva en la fase de indagación”.

Dicho esto, exponer como argumento que el indiciado no tiene derecho a conocer copia de la denuncia o de los elementos que cuenta la Fiscalía para iniciar un juicio, es recurrir a una razón pseudo jurídica que carece de todo fundamento normativo o jurisprudencial, cercenando de esta manera el derecho de defensa que gozan las personas.

Por otra parte, un argumento recurrente en estas instancias es asegurar que el momento procesal para efectuar la entrega de información al cuestionado es la audiencia de formulación de acusación, en la cual la Fiscalía hace el correspondiente descubrimiento probatorio. Es importante destacar que los artículos 336 y siguientes de la Ley 906 de 2004 regulan la acusación y el correspondiente descubrimiento probatorio que ha de hacerse por parte de la Fiscalía:

Artículo 336. Presentación de la acusación. El fiscal presentará el escrito de acusación ante el juez competente para adelantar el juicio cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe. (Ley 906, 2004).

Teniendo en cuenta las disposiciones legales sobre el tema ninguna norma legal limita la posibilidad de la exposición de los medios de pruebas antes del escrito de acusación, por lo que sería cuestionable que la ley procesal penal establezca un momento único para que se entreguen los hechos y los elementos probatorios al indiciado. Si bien es cierto que el Código de Procedimiento penal expresa una oportunidad procesal, esto no conlleva a que sea una camisa de fuerza que impida que se le faciliten los datos pertinentes para ejercer a defensa al investigado, antes de la acusación.

Por tanto, no existe impedimento normativo y jurisprudencial que desconozca la posibilidad de que antes de la audiencia de acusación el indiciado pueda conocer los elementos y evidencias físicas endilgados en su contra, así como la respectiva denuncia para el ejercicio de defensa. Por el contrario, facilitar dicha información garantiza el respeto a lo previsto en la Constitución, tratados internacionales de derechos humanos y la ley colombiana.

En consecuencia, la Ley 906 de 2004 faculta a ejercer el derecho de defensa en la etapa de indagación ante las autoridades correspondientes, como lo sostiene Buitrago (2005): “En esencia, cualquier legislación que se observe dispone la posibilidad del nombramiento de defensor desde el inicio, y dentro de determinadas actuaciones y con mayor preponderancia y especial fuerza en determinados estancos procesales una vez surge la imputación” (p. 16)

En ese sentido, se sugiere una interpretación menos exegética de la ley, más acorde a la jurisprudencia y al bloque de constitucionalidad, que proyecte el derecho a la defensa en su máxima expresión, respetando su ejercicio aun en la etapa de investigación. La operatoria efectiva del derecho a defensa en las etapas preliminares, especialmente en las primeras audiencias del proceso penal, resulta fundamental para calificar si el sistema ofrece reales condiciones para su eficacia.

## CONCLUSIONES

El derecho a la defensa es un elemento propio del debido proceso, derecho fundamental de carácter constitucional y supranacional que protege a las personas de las arbitrariedades del poder sancionatorio del Estado. En ese sentido, cualquier acción procesal que atente con la proyección jurídica del derecho a la defensa vulnera el debido proceso, por ende, altera los fines del Estado Social de Derecho. Por tanto, el derecho a la defensa es un aspecto inescindible del Estado Constitucional, aquel que visualiza a las personas no como objeto sino como un sujeto con posesión de prerrogativas.

En consecuencia, la defensa técnica es un derecho universal, general e intemporal que aunque no es absoluto, si resulta ser difícil de limitar, por lo que su ámbito de aplicación inicia desde que la persona conoce un proceso penal judicial en contra. Así las cosas, el derecho a la defensa se puede ejercer antes de adquirir la condición de imputado, aspecto que se ajusta a la Constitución Política y a la jurisprudencia.

En este orden de ideas, la correcta interpretación del derecho de defensa implica que se puede ejercer desde antes de la imputación. Así lo establece el propio Código por ejemplo desde la captura o inclusive antes, cuando el investigado tiene conocimiento de que es un presunto implicado en los hechos. Por ello, la limitación establecida en el artículo 8° de la ley 906 de 2004, si se interpreta en el entendido de que el derecho de defensa sólo se puede ejercer desde el momento en que se adquiere la condición de imputado, sería violatorio del derecho de defensa.

Ahora bien, debemos rescatar cinco aspectos que materializan el derecho a la defensa en la etapa de investigación: a) la entrevista con el imputado; b) Acceso a los antecedentes de los cargos; c) Audiencia de control de detención y discusión de cautelares; d) Audiencia de control de detención y discusión de cautelares; e) Relaciones con la Policía. Sin embargo, lo anterior no resulta elementos suficientes para fomentar el debido derecho a la defensa.

En consecuencia, el derecho a la defensa es una realidad jurídica ineluctable en el sistema penal acusatorio, porque de otro modo se vulneraría derechos fundamentales propios del Estado Social de Derecho que constituyó en la Constitución de 1991, que tiene como propósito cambiar la concepción de la persona como un objeto dentro del procedimiento penal, aceptando su calidad de persona con prerrogativas que garantizara un acceso a la justicia real.

Así las cosas, sin la materialización del derecho a la defensa en la etapa de investigación se violarían el derecho a la igualdad y al debido proceso, ya que, no permitir que la persona ejerza su derecho de defensa desde que se inicia una investigación en su contra afecta los derechos e intereses sustanciales y procesales del indiciado. Por ende, no es dable acertar el debido proceso en el sistema penal acusatorio si dentro de las etapas preliminares se niega el derecho a la defensa que poseen las personas.

Teniendo en cuenta las disposiciones legales sobre el tema ninguna norma legal limita la posibilidad de la exposición de los medios de pruebas antes del escrito de acusación, por lo que sería cuestionable que la ley procesal penal establezca un momento único para que se entreguen los hechos y los elementos probatorios al indiciado. Si bien es cierto que el Código de Procedimiento penal expresa una oportunidad procesal, esto no conlleva a que sea una camisa de fuerza que impida que se le faciliten los datos pertinentes para ejercer a defensa al investigado, antes de la acusación.

Finalmente, no es posible ofrecer soluciones únicas y uniforme a los problemas que ofrece el derecho a la defensa en la etapa de investigación, no obstante, hay que ensayar herramientas interpretativas acorde a la Constitución y la jurisprudencia para ir abriendo el campo de aplicación del derecho a la defensa.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Acto Legislativo 03 (19 de diciembre de 2002). Congreso de Colombia. *Por el cual se reforma la Constitución Nacional*. Bogotá, D.C. Diario Oficial No 45.040 de Diciembre 19 de 2002. Obtenido en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6679>

Asamblea Constituyente. (4 de julio de 1991). *Constitución Política*. Bogotá, D.C., Colombia: Obtenido en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>

Buitrago, A. (24, 25 y 26 de agosto de 2005). Derecho de Defensa en la Etapa de indagación. Conferencia pronunciada en la XXVII Jornadas Internacionales del Derecho Penal. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Camargo, E. M. (2013). El derecho de defensa en la Ley 906 de 2004. Sin una actividad defensiva activa y material no hay derecho de defensa real. *Corporación Universitaria Republicana: Revista Republicana ISSN: 1909 - 4450 Núm. 15, Julio-diciembre de 2013, pág.: 133-162*

Ley 270. (7 de marzo de 1996). *Estatutaria de la Administración de Justicia*. Bogotá, D.C., Colombia: Diario Oficial No. 42.745. Obtenido en: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0270\\_1996.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0270_1996.html)

Ley 906. (1 de enero de 2005). Congreso de la República. *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*. Bogotá, D.C., Colombia: Diario Oficial 45658. Obtenido en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=14787>

Sentencia C-536. (28 de mayo de 2008). Corte Constitucional, Sala Plena. *M.P. Jaime Araujo Rentería*. Bogotá, D.C., Colombia: Referencia: expediente D-6907. Obtenido de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-536-08.htm>

Sentencia C-799. (2 de agosto de 2005). Corte Constitucional, Sala Plena. *M.P. Jaime Araujo Rentería*. Bogotá, D.C., Colombia: Referencia: expediente D-5464. Obtenido de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-799-05.htm>

Sentencia C-371. (11 de mayo de 2011). Corte Constitucional, Sala Plena. *M.P. Luis Ernesto Vargas Silva*. Bogotá, D.C., Colombia: Referencia: expediente D-8301 y D-8322. Obtenido de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-371-11.htm>

Sentencia C-127. (2 de marzo de 2011). Corte Constitucional, Sala Plena. *M.P. María Victoria Calle Correa*. Bogotá, D.C., Colombia: Referencia: expediente D-8228. Obtenido de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-127-11.htm>

Sentencia C-025. (27 de enero de 2009). Corte Constitucional, Sala Plena. *M.P. Rodrigo Escobar Gil*. Bogotá, D.C., Colombia: Referencia: Expediente D-7226. Obtenido en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-025-09.htm>

Sentencia de Acción de Tutela 00514. (25 de mayo de 2017). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *M.P.: Clara Cecilia Dueñas Quevedo*. Bogotá, D.C., Colombia: STC7332-2017. Radicación: 00514-01.

Sentencia 00497 (24 de marzo de 2011). Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. *M.P.: Edgardo Villamil*. Bogotá, D.C., Colombia: Ref.: Exp. T-11001-02-03-000-2011-00497-00.

Organización de las Naciones Unidas – ONU. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. [Resolución 217 A \(III\)](http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/) del 10 de diciembre de 1948. Obtenido en: <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

Pacto de San José de Costa Rica. (7 al 22 de noviembre de 1969). *Convención Americana sobre los Derechos Humanos*. Obtenido en: [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm)

Patemina Arboleda (2012). *La formulación de imputación, el silencio de la defensa en el nuevo Sistema Penal Oral Acusatorio*. Justicia, No. 21, pp. 112-125, Junio 2012 - Universidad Simón Bolívar, Barranquilla, Colombia - ISSN: 0124-7441  
<http://portal.unisimonbolivar.edu.co:82/rdigital/justicia/index.php/justicia>