

**AUDIENCIAS PRELIMINARES RESERVADAS Y EL DERECHO DE
CONTRADICCIÓN EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO**

Investigador

CÉSAR AUGUSTO BEDOYA RAMÍREZ

Asesora Temática

DRA. MÓNICA MARÍA BUSTAMANTE RÚA

MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL CONTEMPORÁNEO

COHORTE 1

UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE ORIENTE

2016

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
1. TÍTULO.....	5
2. DESCRIPCIÓN DEL TEMA.....	6
2.1 Planteamiento del Problema	6
2.2 Formulación del Problema.	12
3. MARCO TEÓRICO.....	13
3.1 CAPÍTULO UNO. LAS AUDIENCIAS RESERVADAS EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO	13
3.1.1 Qué es una audiencia reservada y cuál es su función dentro del Sistema Penal Acusatorio Colombiano	13
3.1.2. Qué principios se restringen en las audiencias reservadas	15
3.1.2.1 Debido Proceso	17
3.1.2.2 Derecho de defensa	19
3.1.3 Principales audiencias reservadas en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano.....	22
3.1.3.1 Interceptación de comunicaciones.....	22
3.1.3.2 Recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicaciones.....	25
3.1.3.3 Vigilancia y seguimiento de personas.....	27
3.1.3.4 Búsqueda selectiva en base de datos	29
3.1.3.5 Solicitud orden de captura	32
3.1.3.6 Audiencia de legalización de captura	34
3.2 CAPÍTULO DOS. EL DERECHO DE CONTRADICCIÓN VS RESERVA DE LAS AUDIENCIAS EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO ..	39
3.2.1 En la legislación procesal penal y en la Doctrina	39
3.2.2 En la Jurisprudencia de la Corte Constitucional.....	46

3.2.3 En la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.....	62
3.3 CAPÍTULO TRES. EL DERECHO DE CONTRADICCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO.....	67
3.3.1 El derecho de contradicción y la reserva en las audiencias penales en Perú	67
3.3.1.1 Imputación, intimación y derecho de audiencia	70
3.3.1.2 La Reserva	71
3.3.2 El derecho de contradicción y la reserva en las audiencias penales en México	73
3.3.2.1 Derecho de contradicción	73
3.3.2.2 Excepciones al derecho de contradicción.....	77
3.3.2.3 Principio de publicidad.....	78
3.3.3 El derecho de contradicción y la reserva en las audiencias penales en Chile.....	83
3.3.3.1 El derecho a confrontación o principio de contradictoriedad en Chile: su reconocimiento jurídico	84
3.3.3.2 El Derecho de Contradicción en el Código Procesal Penal de Chile, año 2000.....	87
3.3.3.3 Principio de publicidad y la reserva en el CPP chileno	88
3.3.4 El derecho de contradicción y la reserva en las audiencias penales en Puerto Rico	91
4. OBJETIVOS	98
4.1 Objetivo General	98
4.2 Objetivos Específicos.....	98
5. PROPÓSITO	99
6. HIPÓTESIS	100
7. METODOLOGÍA.....	101
7.1 Tipo de Estudio.	101

7.2 Población.....	101
7.3 Diseño muestral.....	101
7.4 Diseño del plan de Datos.....	102
7.4.1 Gestión del Dato.....	102
7.4.2 Obtención del Dato.....	102
7.4.3 Procesamiento del Dato.....	103
7.4.4 Control de sesgos.....	103
7.4 Plan de Análisis.....	103
8. RESULTADOS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS.....	105
9. CONCLUSIONES.....	121
10. RECOMENDACIONES.....	123
11. ÉTICA.....	125
12. BIBLIOGRAFÍA.....	126
ANEXOS.....	135

1. TÍTULO

AUDIENCIAS PRELIMINARES RESERVADAS Y EL DERECHO DE CONTRADICCIÓN EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO

2. DESCRIPCIÓN DEL TEMA

2.1 Planteamiento del Problema

El Sistema Penal Acusatorio cuenta dentro de su estructura con las llamadas “audiencias preliminares”, mismas que como su nombre lo indican, son anteriores al proceso pues su desarrollo generalmente se da dentro de la etapa investigativa, no obstante, existen algunas que se pueden solicitar incluso dentro de la etapa de juicio pero su connotación de reservadas ya no existiría en tanto ya habría sujeto procesal vinculado mediante la respectiva imputación.

Una de las conocidas audiencias preliminares reservadas es la tendiente a realizar el control posterior a la orden de interceptación de comunicaciones y sus resultados, orden que es emitida por el Fiscal, no requiere un control previo dada la premura investigativa y la que se encuentra orientada a captar por medio de grabación magnetofónica o similar información fluida a través de la comunicación telefónica, radio telefónica u otra técnica que utilice el aspecto electromagnético, para obtener elementos materiales probatorios o evidencia física de interés para la investigación.

Tanto a la orden, como al procedimiento y sus resultados debe realizársele un control posterior dentro de las 24 horas siguientes al recibimiento del informe de Policía Judicial, control donde el Juez Penal Municipal con funciones de Control de Garantías o su similar deberá verificar que se haya cumplido con lo establecido en los artículos 220, 235 y 237 del Código de Procedimiento Penal y constatar que la violación del derecho fundamental a la intimidad no hubiese sido más allá de lo razonable.

Respecto de la audiencia de búsqueda selectiva en base de datos, debe señalarse que dicha orden expedida por el Fiscal titular de la investigación se someterá tanto a control previo (sentencia C-336 de 2007) como posterior (36 horas siguientes a la culminación de la búsqueda selectiva de la información) por parte del Juez Constitucional a efectos de que verifique la legalidad de la misma.

La búsqueda selectiva en base de datos es un acto investigativo de carácter reservado tendiente a acceder a información confidencial referida al indiciado o inclusive a la obtención de datos derivados del análisis cruzado de las mismas, acto investigativo que deberá contar con motivos fundados que permitan determinar que la información que se persigue será relevante para la buena marcha de la investigación que adelante el ente acusador.

De otro lado, el acto investigativo tendiente a la vigilancia y seguimiento de personas que contempla el artículo 239 del Código de Procedimiento Penal, es aquel tendiente a someter a seguimiento pasivo, por tiempo determinado y a cargo de la Policía Judicial, al indiciado o imputado que pudiere conducirlo a conseguir información útil para la investigación que adelanta.

Al respecto debe señalarse que dicha orden de vigilancia y seguimiento de personas debe someterse a un control previo por parte del Juez con Funciones de Control de Garantías quien será el que brinde el aval para adelantar el acto de investigación al constatar que se cumplieran con las exigencias de índole legal además de que existen motivos razonablemente fundados para inferir que efectivamente se podrá obtener información relevante para la investigación.

Ahora bien, respecto de la audiencia de legalización de captura que si bien no es reservada si resulta íntimamente ligada con la solicitud de orden de captura, deberá señalarse que cuando una persona es capturada, bien sea en flagrancia o por orden judicial, su aprehensión debe ser legalizada ante un Juez de Control de

Garantías dentro de las 36 horas siguientes a su captura formal, lo anterior en Pro de velar por el respeto de sus derechos fundamentales y así dar cumplimiento a los postulados que enmarcan un Estado Social de Derecho que trae como pilar fundamental el respeto a la Dignidad Humana.

En el libro, Control de Garantías y Principio de Proporcionalidad en el Proceso Penal Acusatorio, sobre la audiencia para solicitar orden de captura, se indica:

Llegados el día y hora se instala la audiencia, el Juez de Control de Garantías concede la palabra al requirente para que le dé el fundamento jurídico y fáctico de la petición y le presente los elementos materiales probatorios, informes u otros medios cognoscitivos que fundamenten la petición. El Juez, el Ministerio Público o el Fiscal pueden interrogar a los investigadores, testigos, peritos, o a quien sea la fuente de la información, de acuerdo con el momento preprocesal o procesal.....si el Juez encuentra fundamento para ordenar la captura, accede a la petición. Negará la petición si el delito no tienen medida de detención preventiva o los medios de prueba no dan fundamento para determinar o inferir la participación del indiciado, imputado o acusado en la conducta delictiva. (Bedoya Bedoya, César Augusto; Delgado Builes, Francisco Antonio. Control de Garantías y Principio de Proporcionalidad en el Proceso Penal Acusatorio. Medellín. Biblioteca Jurídica Diké. 2007.

En lo que atañe a la captura en flagrancia se tiene que la misma es procedente cuando la persona es sorprendida o aprehendida al momento de cometer un delito, la persona es sorprendida o individualizada al momento de cometer el delito y aprehendida inmediatamente después por persecución o voces de auxilio o cuando la persona es sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas, de las cuales aparezca fundadamente que momentos antes ha cometido un delito o participado en él, tal y como lo preceptúa el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal.

Profundizando en el tema, en el libro Temas de Utilidad Práctica en el Derecho Procesal Penal de Corte Acusatorio, se señala:

La jurisprudencia colombiana ha determinado los requisitos que deben presentarse para establecer si se trata de un caso de flagrancia. Así, la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal-, mediante Auto de diciembre 1º de 1987, consideró que la flagrancia debe entenderse como una “evidencia procesal”, en cuanto a los partícipes, derivada de la oportunidad que han tenido una o varias personas de presenciar la realización del hecho o de apreciar al delincuente con objetos, instrumentos o huellas que indiquen fundadamente su participación en el hecho punible. Ha dicho la Sala:”

Dos son entonces los requisitos fundamentales que concurren a la formación conceptual de la flagrancia, en primer término la actualidad, esto es la presencia de las personas en el momento de la realización del hecho o momentos después, percatándose de él y en segundo término la identificación o por lo menos individualización del autor del hecho.

Para la Corte Constitucional, el requisito de la actualidad requiere que efectivamente las personas se encuentren en el sitio, que puedan precisar si vieron, oyeron o se percataron de la situación y, del segundo, -la identificación-, lleva a la aproximación del grado de certeza que fue esa persona y no otra quien ha realizado el hecho. Por lo tanto, si no es posible siquiera individualizar a la persona por sus características físicas -debido a que el hecho punible ocurrió en un lugar concurrido-, el asunto no puede ser considerado como cometido en flagrancia. Y tampoco puede ser considerada flagrancia cuando la persona es reconocida al momento de cometer el delito pero es capturada mucho tiempo después. En efecto, lo que justifica la excepción al principio constitucional de la reserva judicial de la libertad en los casos de la flagrancia es la inmediatez de los hechos delictivos y la premura que debe tener la respuesta que hace imposible la obtención previa de la orden judicial. (Cárdenas Gómez, 2011)

Así pues, cuando se pretende legalizar la captura de un ciudadano, se debe determinar si éste fue capturado mediante orden de captura expedida por autoridad competente o si la captura se debió a una situación de flagrancia, lo anterior, por cuanto los elementos que se discuten en una u otra varían.

Pues bien, es allí donde se vislumbra un problema jurídico, dado que cuando una persona ha sido capturada en situación de flagrancia la defensa podrá abordar tres problemas jurídicos, el motivo que llevó a la captura del ciudadano y podrá atacar dicha situación de flagrancia, así como el término dentro del cual se legalizó la captura y el respeto de los derechos del capturado; de otro lado, cuando un ciudadano se aprehende en razón de una orden de captura, la defensa

solo podrá alegar el término dentro del cual se legalizó la detención y el respeto de los derechos del capturado, ya que los motivos fundados que motivaron la captura fueron analizados por un juez en audiencia precedente, misma que al ser reservada, no cuenta con la comparecencia de defensa que pueda velar por sus intereses.

Respecto de la relación entre debido proceso y derecho de defensa, la Corte Constitucional, mediante Auto 147 de 2005, señaló:

La relación existente entre el derecho al debido proceso y el derecho a la defensa es inescindible. Las formas propias del juicio que garantizan el derecho a la igualdad al prescribir las normas para que todos, **sin excepción, sean juzgados bajo las mismas reglas, tiene en el derecho a la defensa el complemento necesario que le permite al interesado controvertir, aportar o solicitar las pruebas que conduzcan al real esclarecimiento de los hechos sobre los que ha de fundarse la decisión de la autoridad.** Conforme a ello, el garantizar que la persona interesada esté debidamente enterada de las decisiones que en particular comprometen sus derechos, es un deber indeclinable de las autoridades. Es mediante el acto de la notificación que la administración cumple con el principio de publicidad y garantiza con ello, que la persona pueda ejercer el derecho a la defensa¹. (Negrilla fuera del texto).

Conforme lo anterior, al no poder atacarse los elementos fundados que motivaron la captura de un ciudadano, se vulnera el derecho de contradicción e incluso el debido proceso, ya que limita a la defensa a dos problemas jurídicos, viéndose limitada la posibilidad que tiene de controvertir y aportar elementos que ayuden al esclarecimiento de la situación.

La restricción de la libertad tiene carácter excepcional en el nuevo sistema y sólo podrá ser afectada dentro de la actuación cuando sea necesaria para evitar la obstrucción de la justicia, o para asegurar la comparecencia del imputado al proceso, la protección de la comunidad y de las víctimas, y para el Cumplimiento de la pena. Salvo los casos de captura en flagrancia o en situación de urgencia que impida al fiscal obtener la orden judicial, se requerirá

¹ Corte Constitucional. Auto 147 del 14 de julio de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

siempre orden del juez de control de garantías con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley.

Una vez abierta la audiencia por el juez, el fiscal sustentará su petición con los elementos de conocimiento que presentará el investigador de policía judicial que lo apoya en el caso, tales como testigos y peritos a quienes el juez interrogará si lo considera necesario. Cumplido lo anterior el juez de control de garantías tomará la decisión contra la cual no procede recurso alguno. De hallar fundada la pretensión, de inmediato emitirá la orden escrita de captura que enviará inmediatamente a la Fiscalía General de la Nación para que disponga el organismo de policía judicial que ha de ejecutarla y la registre en el sistema de información que se lleve para el efecto. (Bedoya Bedoya & Delgado Builes , 2007)

Igualmente, la Corte Constitucional en Sentencia C-179 de 1994, estableció:

La libertad personal y la inviolabilidad del domicilio tiene estricta reserva legal; por eso, la definición de las formalidades, los motivos y los eventos en que es factible la privación de la libertad o el registro domiciliario corresponde exclusivamente al Congreso; igualmente estos derechos tienen por regla general, reserva judicial, por lo cual los registros domiciliarios y las privaciones de la libertad cuando se efectúan por autoridades policiales deben tener sustento en una orden judicial. Pero puede existir aprehensión en los casos de flagrancia por la inmediatez de los hechos y de detención preventiva por la existencia de hechos con una relación más inmediata con la previsión pero que constituye motivos fundados y urgentes².

Así pues, se vislumbra la importancia del tema en consideración al importante derecho que se encuentra en discusión como es el derecho a la libertad, mismo que debe ser tratado con toda la importancia que amerita respetando para ello todas las garantías constitucionales que la Ley señala.

Conforme lo anterior, ha de decirse que en las diferentes audiencias preliminares reservadas que existen en nuestro Sistema Penal Acusatorio, no existe derecho de contradicción, lo cual, sin duda, puede vulnerar el derecho de defensa, más cuando se trata de una audiencia tan importante como la ya

² Corte Constitucional. Sentencia C-179 del 13 de abril de 1994. M.P Carlos Gaviria Diaz.

ampliamente descrita, si se tiene en cuenta que su objeto de discusión es la libertad de un ciudadano.

2.2 Formulación del Problema.

¿Cómo se puede ver protegido el derecho de contradicción como elemento integrante del derecho de defensa en las audiencias penales de carácter reservado del Sistema Penal Acusatorio colombiano?

3. MARCO TEÓRICO

3.1 CAPÍTULO UNO. LAS AUDIENCIAS RESERVADAS EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO

3.1.1 Qué es una audiencia reservada y cuál es su función dentro del Sistema Penal Acusatorio Colombiano

Como se indica desde el subtítulo mismo de la primera parte de este estudio, habrá de desarrollarse lo pertinente a las audiencias penales reservadas y así lograr determinar qué propósitos o fines cumplen dentro del Sistema Penal con tendencia acusatoria Colombiano.

Pues bien, en primer lugar ha de indicarse que las audiencias donde se realiza un control a las garantías fundamentales, dentro de las cuales se encuentran las audiencias reservadas, aquellas en las que se profundizará ampliamente en el desarrollo de esta investigación, están constituidas tanto legal como constitucionalmente para velar por el respeto de todos y cada uno de los derechos que se vean inmiscuidos dentro de determinada actuación judicial.

Moisés Sabogal Quintero, en su libro las Audiencias Preliminares en el Nuevo Sistema Penal Acusatorio, señala:

Los jueces con funciones de control de garantías fueron instituidos en el acto legislativo 03 de 2002 a efecto de ejercer control constitucional y legal sobre ciertos actos que adelantan las partes confrontadas en un proceso penal, a efecto que sus procedimientos en la captura, formas de vinculación, recaudo de elementos materiales probatorios, evidencias físicas e información legal, sean llevados a cabo u obtenidos ceñidos a la ley sustantiva y procesal, **sin que en ningún momento lleguen a colocar en riesgo los derechos fundamentales de las personas, velando por la legalidad, el debido**

proceso y la defensa de quienes intervienen como parte comprometidas,
entre estas las víctimas³ (Negrillas fuera del texto)

Precisamente, lo anterior tendrá primordial relevancia dentro de este estudio, puesto que es necesario determinar la afectación de importantes derechos como el defensa y contradicción en algunas audiencias preliminares de carácter especial y que por su connotación genera restricción en cuanto a la presencia de sujetos eventualmente interesados. Ahora bien, el Sistema Penal Acusatorio Colombiano cuenta dentro de su estructura con las llamadas “audiencias preliminares” que generalmente son anteriores al proceso penal, pues su desarrollo se da dentro de la etapa investigativa, no obstante, también se llevan a cabo incluso dentro de la etapa del juicio oral; sin embargo, su connotación no sería reservada al existir un sujeto procesalmente vinculado, debiéndose siempre respetar su derecho a la defensa.

La audiencia reservada, definida desde el concepto, es aquel acto en el que se expone, solicita o reclama algo ante un tercero imparcial, y su factor determinante es que la información y acceso al público es restringido en tanto su contenido así lo reclama.

Conforme lo anterior, las audiencias reservadas tienen su razón de ser dada la importancia de la información que contienen y por ello, su divulgación y publicidad no se encuentra permitida con la intención de velar por el efectivo desarrollo de las investigaciones que se hallen en curso.

La información se convierte en ese elemento fundamental de la vida humana y exigencia natural de la competencia social, empresarial y gubernamental, que alcanza todos los aspectos de la dinámica social, para sumergirnos en una realidad emergente que traspasa nuestros deseos más profundos y descubre las motivaciones más elevadas (...) Así pues, el balancear la necesidad de

³ Sabogal Quintero, Moisés, (segunda edición). Las Audiencias Preliminares en el Nuevo Sistema Penal Acusatorio. Medellín: Grupo Editorial Ibáñez. 2012. Pág. 63.

conocer o estar informado, y la reserva o restricción de acceso requerida, es un ejercicio de reconocimiento de los impactos y consecuencias de la revelación de información clasificada, de las bondades de los modelos abiertos y de participación ciudadana, así como de los comportamientos y fines que tanto personas como estados persiguen, los cuales generalmente se encuentran vinculados con un adecuado tratamiento de la información⁴.

Profundizando en el tema de la información, se puede comprender cuál es el fin esencial de las audiencias reservadas dentro del Sistema Penal Acusatorio Colombiano, y es precisamente la protección de la indagación que ellas contienen y su adecuado tratamiento, pues con la indebida divulgación de la misma no se lograrían los efectos buscados con la investigación, que no son otros que dar cumplimiento a algunos de los fines primordiales del Estado como lo es asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 2º de la Constitución Política Colombiana.

3.1.2. Qué principios se restringen en las audiencias reservadas

El Código Penal Adjetivo, en sus artículos 1º al 27º del título preliminar, detalla y desarrolla los principios rectores que enmarcan y rigen toda actuación procesal que se adelante dentro de la Ley 906 de 2004. Es claro que todo principio funda y cimienta la estructura jurídico penal, por ende, cada uno de ellos debe ser no solo respetado si no también aplicado de conformidad con lo establecido en la Ley.

En el texto “observaciones sobre el tratamiento del derecho de defensa en la implementación del sistema acusatorio”, se define el concepto de principio de la siguiente forma:

⁴ Camacho Morales, Julie Paola; Cano Martínez, Jeimy José; Neira Rueda, Miguel Gustavo; Ovalle Leguizamón, Vivian Constanza; Villamil Salazar, Martha Patricia. La información reservada en el ordenamiento jurídico Colombiano: Reflexiones, prácticas e implicaciones para el derecho disciplinario. Revista derecho penal y criminología, volumen XXXIV (Número 96). Año 2013. Páginas 145-185.

El principio constituye el punto de partida, un concepto central o el fundamento de un sistema; es el origen, fuente, génesis, inicio de un fenómeno o substrato del mismo. La Constitución Política plantea una escala axiológica, según la cual, el valor superior es la persona humana, quien exige lo merecido a través de un título denominado dignidad. La dignidad se hace efectiva mediante los derechos fundamentales, que son útiles por construir los principios recogidos algunas veces parcial o totalmente en normas denominadas rectoras, que prevalecen sobre el resto de las ordinarias. Así, pues, los principios se caracterizan por ser generales, en cuanto aplicables sin distingos en un tiempo y en un espacio determinado; no excepcionables, dado que si bien pueden ser objeto de limitaciones respecto a decantaciones de los derechos fundamentales que tampoco son absolutos, no pueden ser excepcionados en punto de hacer nugatorio el ejercicio de su núcleo esencial.

Así mismo, son condicionantes, porque dependiendo de que se les acoja o no en la ley y en las decisiones judiciales, aquella y estas podrán o no tener aptitud para ser consideradas válidas, y por ello obligatorias, o por el contrario, tenerlas como mera imposición forzada de la voluntad de quien legisla o decide judicialmente. Son independientes, habida cuenta de que su existencia axiológica no depende de guardárseles o no, en tanto son previos a la construcción de la ley y a su aplicación por parte de los funcionarios judiciales. Y son prevalentes en la medida en que priman sobre el resto de disposiciones del ordenamiento, incluidas las normas rectoras. Advertido lo anterior se tiene que los principios se erigen en factor esencial en la calificación de la legitimidad de la ley o de las decisiones judiciales, y en tal medida su guarda y respeto resultan imprescindibles en el Estado social y democrático de derecho cuya legitimación es directamente proporcional a la efectiva protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas, que no es otra cosa, que la visión contemporánea de la noción de justicia, y que ha llevado a denominar Estado de Justicia a aquella organización sociopolítica en la cual se cuenta con una democracia procesal, que presupone el reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas y el establecimiento de mecanismos expeditos para asegurar su efectiva protección⁵.

Así las cosas, en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano se logra evidenciar cómo ciertos postulados de los antes descritos se ven restringidos en determinadas audiencias que por sus especiales características así lo demandan (audiencias reservadas), siendo uno de ellos el derecho de defensa, mismo que se ve limitado en algunas audiencias preliminares en tanto la presencia del

⁵ Barreto Ardila, Hernando. Observaciones sobre el tratamiento del derecho de defensa en la implementación del Sistema Penal Acusatorio. Universidad de la Sabana, Bogotá-Colombia. 2004. Pág. 71.

investigado o su defensor brillan por su ausencia. De otro lado, la garantía fundamental al debido proceso es otra garantía respecto de la cual se evidencia algún tipo de transgresión, pues la ritualidad propia de la diligencia no es la que comúnmente avanza en el Sistema Penal Acusatorio.

3.1.2.1 Debido Proceso

Ahora, respecto al derecho fundamental al debido proceso hay que señalar que este se encuentra ampliamente regulado por normas nacionales y por instrumentos internacionales.

A nivel interno, los artículos 29 de la Constitución Política, 6° del Código de Procedimiento Penal y el artículo 14 de la Ley 1564 de 2012, consagran la protección de esta garantía fundamental.

En el ámbito internacional, se destacan el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 7, 8, 9, 10, 24, 25 y 27); sin embargo, también se predica su protección en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (artículo 6); Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (artículos 8, 9 y 19); Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura (artículo 8); Convención sobre los Derechos de Niño (artículos 9, 37 y 40); cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 (artículo 3 común); Protocolo II de 1977 adicional a los cuatro Convenios de Ginebra (artículos 4, 5 y 6); Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abusos de Poder; Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 1, 7, 8, 9, 10 y 11); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículos II, XVIII, XXIV, XXV y XXVI); Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas sometidas a cualquier forma de Detención o Prisión entre otros.

Al respecto, la Corte Constitucional Colombiana refiere que el carácter fundamental de dicha garantía se deriva de su estrecha relación con el principio de legalidad, y de éste hace parte el respeto a las etapas que la ley establece en el proceso, sus formalidades y la protección de las garantías de las partes e intervinientes en las diligencias.

En efecto, cuenta el debido proceso con una amplia protección legal, lo que resulta apenas lógico dada su doble connotación, una como garantía fundamental amparada constitucionalmente y otra como principio inherente al Estado en tanto su aplicación resulta imprescindible en todas sus actuaciones. Aunado a lo anterior, esta garantía constitucional cobra mayor importancia en el ámbito penal, pues involucra derechos como la libertad de locomoción, la presunción de inocencia y el derecho de defensa. Al respecto, la Corte Constitucional precisó lo siguiente:

El derecho fundamental al debido proceso en materia penal, constituye una limitación al poder punitivo del Estado, en cuanto comprende el conjunto de garantías sustanciales y procesales especialmente diseñadas para asegurar la legalidad, regularidad y eficacia de la actividad jurisdiccional en la investigación y juzgamiento de los hechos punibles, con miras a la protección de la libertad de las personas, u otros derechos que puedan verse afectados.

Las aludidas garantías configuran, conforme al artículo 29 de la Constitución, los siguientes principios medulares que integran su núcleo esencial: legalidad, juez natural o legal, favorabilidad, presunción de inocencia, derecho a la defensa (derecho a la asistencia de un abogado, a presentar y controvertir pruebas, a oponer la nulidad de las obtenidas con violación del debido proceso, y a impugnar la sentencia condenatoria), debido proceso público sin dilaciones injustificadas, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.⁶

Respecto de la relación entre debido proceso y derecho de defensa, el Alto Tribunal Constitucional, señaló:

⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-039 de 1996, 5 de febrero de 1996, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

La relación existente entre el derecho al debido proceso y el derecho a la defensa es inescindible. Las formas propias del juicio que garantizan el derecho a la igualdad al prescribir las normas para que todos, **sin excepción, sean juzgados bajo las mismas reglas, tiene en el derecho a la defensa el complemento necesario que le permite al interesado controvertir, aportar o solicitar las pruebas que conduzcan al real esclarecimiento de los hechos sobre los que ha de fundarse la decisión de la autoridad.** Conforme a ello, el garantizar que la persona interesada esté debidamente enterada de las decisiones que en particular comprometen sus derechos, es un deber indeclinable de las autoridades. Es mediante el acto de la notificación que la administración cumple con el principio de publicidad y garantiza con ello, que la persona pueda ejercer el derecho a la defensa⁷. (Negrilla fuera del texto).

De conformidad con lo anterior, se vislumbra la importancia de esta garantía constitucional al ser la que permite el desarrollo de otros tantos derechos fundamentales, convirtiéndose en uno de los pilares fundamentales del Sistema Penal Acusatorio Colombiano, no solo por lo preceptuado por la Corte Constitucional Colombiana, sino también conforme lo decantado por los altos tribunales internacionales.

3.1.2.2 Derecho de defensa

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.

En el ámbito internacional fue establecido por las Naciones Unidas en el pacto de Nueva York en el artículo 14 numeral 3° literales b, d y e, como uno de los derechos humanos, mismo que fue aprobado en la legislación interna

⁷ Corte Constitucional, Auto 147 de 2005, 14 de julio de 2005, M.P. Clara Inés vargas Hernández.

Colombiana mediante la Ley 74 de Diciembre 26 de 1968. También fue desarrollado por la Convención Americana sobre derechos humanos en el “Pacto de Costa Rica” en el artículo 8º numeral 2º literales c, d, e y f, aprobado por Colombia mediante la Ley 16 del 30 de Diciembre de 1972.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos concibe el derecho a la defensa como una de las garantías judiciales que conforman el debido proceso del sistema interamericano de derechos humanos, y como tal, debe regir y ser respetado dentro de los ámbitos nacionales. Al respecto señaló el Alto Tribunal Internacional:

Es exigible a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, cuyas decisiones puedan afectar los derechos de las personas, que adopte dichas decisiones con pleno respeto de las garantías del debido proceso legal. Al respecto, el artículo 8 de la Convención consagra los lineamientos del debido proceso legal, el cual está compuesto por un conjunto de requisitos **que deben observarse en las instancias procesales, a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos**⁸. (Negrillas propias)

En consideración a lo anterior, es evidente la relevancia que esgrime este derecho primordial y norma rectora que desarrolla la Ley 906 de 2004, al ser instituido no solo en el ordenamiento interno sino también ampliamente desarrollado en instrumentos internacionales, siendo el que permite fortalecer conceptos como la igualdad de armas y el principio de igualdad, que de otra forma podrían verse desprotegidos en las diligencias reservadas.

Señala Alfonso Daza González respecto al derecho de defensa:

Se desarrolla en cuanto a una esfera material y hace alusión a la que lleva a cabo personalmente el propio imputado y que se manifiesta en diferentes

⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Chocron Chocron vs. Venezuela. Sentencia de excepción preliminar. 1º de julio de 2011. Párrafo 115.

formas y oportunidades y una de carácter técnico, que se refiere a la que es la ejercida por un abogado, quien debe desplegar una actividad científica, encaminada a asesorar técnicamente al imputado sobre sus derechos y deberes. Tales elementos no sólo se encuentran consagrados en las normas de carácter internacional y en la Constitución sino que han sido desarrolladas a través de las normas procesales penales, en pos del mayor reconocimiento de las posibilidades de acción dentro del proceso penal.⁹

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 defensa¹⁰.

Así las cosas, se evidencia la importancia que el alto tribunal constitucional Colombiano le ha otorgado al derecho de defensa, aclarando que este se debe respetar en cualquier etapa del proceso, incluyendo la indagación inicial. Así mismo, los mecanismos internacionales consideran que el derecho de defensa, como una las garantías judiciales que integran el debido proceso, debe ser integrado en cada uno de los ámbitos nacionales y garantizar así su libre ejercicio sin discriminación alguna.

⁹ Daza González, Alfonso. Principales reformas procesales penales en América latina: Argentina, Colombia y Puerto Rico. Departamento de publicaciones Universidad Libre de Colombia, Primera Edición. 2014. Página 265.

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-799 de 2005, 2 de agosto de 2005, M.P. Jaime Araújo Rentería.

3.1.3 Principales audiencias reservadas en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano

3.1.3.1 Interceptación de comunicaciones¹¹

Una de las importantes audiencias preliminares reservadas es la de control posterior a la orden de interceptación de comunicaciones y sus resultados cuya orden, emitida por el Fiscal delegado, no requiere un control previo dada la premura investigativa, y la misma se encuentra orientada a captar por medio de grabación magnetofónica o similar información que utilice el aspecto electromagnético, para obtener elementos materiales probatorios o evidencia física de interés para la investigación.

La pertinencia de este acto investigativo está determinada en que si bien la Constitución Política consagra derechos constitucionales como la intimidad e inviolabilidad de las comunicaciones, mismos que devienen de la Convención Interamericana de Derechos Humanos que en su artículo 11 señala que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, también la Constitución y la Ley permiten ciertas restricciones a estos derechos para fines legítimos y autorizados.

Al respecto, el artículo 235 del Código de Procedimiento Penal, consagra:

El fiscal podrá ordenar, con el único objeto de buscar elementos materiales probatorios y evidencia física, que se intercepten mediante grabación magnetofónica o similares las comunicaciones telefónicas, radiotelefónicas y similares que utilicen el espacio electromagnético, cuya información tengan interés para los fines de la actuación. En este sentido, las entidades encargadas de la operación técnica de la respectiva interceptación tienen la obligación de realizarla inmediatamente después de la notificación de la orden. (...) En todo caso, deberá fundamentarse por escrito. Las personas que

¹¹ Artículo 235 del Código de Procedimiento Penal.

participen en estas diligencias se obligan a guardar la debida reserva. (...) Por ningún motivo se podrán interceptar las comunicaciones del defensor. La orden tendrá una vigencia máxima de seis (6) meses, pero podrá prorrogarse hasta por otro tanto si, a juicio del fiscal, subsisten los motivos fundados que la originaron.

Ahora, para la expedición por parte del fiscal de la orden de interceptación de comunicaciones, deben existir motivos fundados, los cuales no son otra cosa que apoyos empíricos o racionales que suministra la investigación de conformidad con los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida de la cual se puede determinar que de la interceptación de las comunicaciones del indiciado o imputado se podrá obtener información relevante para la investigación y posterior juicio, es decir, requiere de indicios reales que determinen la posible existencia de una conducta delictiva.

Tanto a la orden como al procedimiento y sus resultados, debe realizársele un control posterior dentro de las 24 horas siguientes al recibimiento del informe de Policía Judicial, control donde el Juez Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías o su similar, deberá verificar que se haya cumplido con lo establecido en los artículos 220, 235 y 237 del Código de Procedimiento Penal y constatar que la violación del derecho fundamental a la intimidad no hubiese sido transgredido más allá de lo razonable.

Ahora bien, si la interceptación se realizó antes de formulada la imputación, la audiencia preliminar será reservada y solo podrán estar presentes además del juez que preside la audiencia, el Fiscal, los funcionarios de policía judicial y los testigos o peritos que prestaron declaraciones juradas o que intervinieron en la diligencia. De otro lado, si la diligencia se realizó con persona vinculada al proceso penal, deberá citarse al imputado y a su defensor para que si a bien lo tienen, realicen el contradictorio atendiendo su participación facultativa.

Comprobada por el Juez de Control de Garantías la existencia real de la orden de interceptación de comunicaciones y el cumplimiento de los requisitos formales, declarará la legalidad formal y material de la actuación, por el contrario, si encuentra alguna falencia respecto de la orden, procedimiento y resultados, declarará la ilegalidad conforme el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, por lo que los elementos probatorios y evidencia física que dependan de dicha diligencia, carecerán de valor y serán excluidos de la actuación y solo podrán ser utilizados para fines de impugnación.

La Corte tiene dicho que en materia de la regla general de exclusión probatoria, el artículo 29 de la Constitución Política dispone que «es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso», desarrollada por el artículo 23 de la Ley 906 de 2004 (...) Igualmente, que la exclusión probatoria opera de diferentes maneras, dependiendo de si se trata de prueba ilegal o prueba ilícita, último supuesto en el que también puede llegar a darse la declaratoria de la invalidez del trámite, cuando sea producto de la tortura, la desaparición forzada o la ejecución extrajudicial (...) El primero, atañe a la prueba ilegal, la cual se genera cuando en su producción, práctica o aducción se incumplen los requisitos «esenciales» establecidos en la ley, caso en el que la prueba debe ser excluida como lo indica el artículo 29 Superior (...) En este evento le corresponde al juez determinar si el requisito legal pretermitido es «esencial» y establecer su trascendencia sobre el debido proceso, pues la omisión de cualquier formalidad per se no autoriza la exclusión del medio de prueba (...) El segundo, que la prueba ilícita corresponde a la obtenida con vulneración de los derechos fundamentales de las personas -la dignidad, el debido proceso, la intimidad, la no autoincriminación, la solidaridad íntima, entre otros-, y tiene como consecuencia la exclusión del medio de conocimiento, que conlleva a que no podrá valorarse y en consecuencia no producirá efectos en las determinaciones del fallo.¹²

Ahora, valga resaltar que el amplio desarrollo que se le ha otorgado a este acto investigativo tiene relación con la importancia que ocupa dentro del Sistema Penal Acusatorio Colombiano, hasta el punto en que gran cantidad de investigaciones basan su sustento probatorio en la aludida prueba técnica dada su importancia demostrativa.

¹² Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, Sentencia 42.307 del 29 de julio de 2007, M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

3.1.3.2 Recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicaciones¹³

Esta audiencia tiene por objeto decidir sobre la solicitud de la Fiscalía General de la Nación para que se revise la legalidad de lo actuado en la diligencia de recuperación de información dejada de navegar por Internet u otros similares, realizada por la Policía Judicial.

En desarrollo de este canon constitucional, el artículo 236 del Código de Procedimiento Penal, consagra:

Cuando el fiscal tenga motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que el indiciado o imputado está restringiendo o manipulando datos a través de las redes de telecomunicaciones, ordenará a policía judicial la retención, aprehensión o recuperación de dicha información, equipos terminales, dispositivos o servidores que pueda haber utilizado cualquier medio de almacenamiento físico o virtual, análogo o digital, para que expertos en informática forense, descubran, recojan, analicen y custodien la información que recuperen; lo anterior con el fin de obtener elementos materiales probatorios y evidencia física o realizar la captura del indiciado, imputado o condenado (...) En estos casos serán aplicables analógicamente, según la naturaleza de este acto, los criterios establecidos para los registros y allanamientos (...) La aprehensión de que trata este artículo se limitará exclusivamente al tiempo necesario para la captura de la información en él contenida. Inmediatamente se devolverán los equipos incautados, de ser el caso.

Como se puede avizorar, la diligencia de recuperación de información producto de la transmisión de datos, es un acto investigativo de carácter reservado que ordena el fiscal del caso y que practica la policía judicial, mismo que se orienta a capturar a través de medios técnicos, información producida por el indiciado, imputado o acusado al navegar por Internet o similares medios de comunicación.

¹³ Artículo 236 Código de Procedimiento Penal.

Respeto del examen de pertinencia que se debe realizar a la orden emitida por la Fiscalía, debe señalarse que han de poseerse los mismos criterios que se tiene para expedir una orden de allanamiento, es decir, deben existir motivos fundados para que el fiscal pueda emitirla, motivos fundados que como ya se ha explicado en precedencia, son apoyos empíricos o racionales que suministra la investigación de los cuales se puede inferir de manera razonable que el indiciado o imputado ha estado transmitiendo información útil para la investigación, a través de Internet u otro medio de comunicación similar.

Pues bien, conforme lo regulado en el ya citado artículo 236 del Código Penal Adjetivo, la Fiscalía podrá ordenar a la policía judicial la medida de recuperación de información producto de la transmisión de datos, para lo cual puede disponer el comiso de computadores, servidores, memorias y demás medios de almacenamiento físico, para que expertos en informática forense descubran, recojan, analicen y custodien los datos que recuperen.

Teniendo en cuenta que la norma no es precisa, pero ha dispuesto la aplicación de las normas que regulan la diligencia de registro y allanamiento, el término para llevar a cabo la orden de recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de redes de telecomunicaciones, será de 30 días en fase de indagación o 15 días cuando se realiza después de haberse formulado la imputación, esto de conformidad con el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal.

Una vez culminada la orden, la policía judicial rendirá su informe dentro de las 12 horas siguientes, y el Fiscal dentro de las 24 horas contadas a partir del recibimiento de éste, solicitará audiencia de control posterior ante Juez de Control de Garantías para verificar la legalidad de la actuación y el respeto de derechos y garantías fundamentales.

Si la diligencia se realiza antes de formular imputación, la audiencia tendrá el carácter de reservada y solo podrán asistir el Fiscal, los funcionarios de policía judicial y los peritos que descubrieron, recogieron o analizaron la información recolectada, quienes podrán ser interrogados por el juez constitucional, en caso de que este lo considere necesario.

Por otro lado, si el acto investigativo se realiza una vez se ha vinculado al investigado de manera formal al proceso, deberá citársele tanto a él como a su defensor para que si lo estiman conveniente, realicen el contradictorio, aclarando que tal y como sucede en las demás diligencias tratadas en este estudio, su asistencia será facultativa.

Dentro de la audiencia de control posterior a la orden de recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de redes de telecomunicaciones, el Juez de Control de Garantías deberá verificar la legalidad y pertinencia de la orden analizando si existieron motivos fundados para que el ente investigador la expidiera, además, comprobará que se hayan respetado derechos y garantías fundamentales dentro del procedimiento investigativo.

3.1.3.3 Vigilancia y seguimiento de personas¹⁴

El acto investigativo de vigilancia y seguimiento de personas que contempla el artículo 239 del Código de Procedimiento Penal, es aquel tendiente a someter a seguimiento pasivo, por tiempo determinado y a cargo de la policía judicial, al indiciado o imputado que pudiere conducirlo a conseguir información útil para la investigación.

¹⁴ Artículo 239 del Código de Procedimiento Penal.

En el desarrollo del acto investigativo, la policía judicial podrá emplear cualquier medio que la técnica policial aconseje, tales como fotografías, videos, transmisores radiogoniométricos, alarmas, visores nocturnos y demás elementos que permitan desarrollar un efectivo y contundente seguimiento pasivo, siempre que sean utilizados en campo abierto para no vulnerar la expectativa razonable del derecho a la intimidad del investigado o de terceros que resulten inmiscuidos.

El Fiscal Delegado que emitió la respectiva orden, debe solicitar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la expedición de la misma, el control de legalidad formal y material por parte del Juez de Control de Garantías, quien deberá valorar tres aspectos sustanciales:

1. Que de los medios de investigación presentados tales como informes de policía, entrevistas o cualquier otro medio de conocimiento, se deriven motivos fundados que permitan inferir que del seguimiento pasivo del investigado se pueda obtener información útil y relevante para la investigación.

2. Que la orden emitida por el Fiscal Delegado del caso, cuente con un término de vigencia que no sea superior a un (1) año.

3. Que no hayan transcurrido más de treinta y seis (36) horas contadas desde la emisión de la orden hasta la presentación de la solicitud de control previo de legalidad; esta última se entiende surtida una vez se presente el escrito en el Centro de Servicios Judiciales correspondiente

Cabe aclarar que el acto investigativo de seguimiento de personas ha contado con abundantes críticas al considerarlo como violatorio del derecho fundamental a la intimidad, aserto que amparan en los artículos 15 y 250 Numeral 2º de la Constitución Nacional, que establecen las facultades con las que cuenta la Fiscalía General de la Nación para adelantar diferentes actividades de

investigación como lo son registros y allanamientos, incautación e interceptaciones de comunicaciones, pero nunca incluyó el acto de seguimiento pasivo de personas.

No obstante lo anterior, esta es una actividad investigativa que ha sido avalada por las altas corporaciones atendiendo a su relevancia dentro de investigaciones complejas como lo son las adelantadas contra grupos delincuenciales.

3.1.3.4 Búsqueda selectiva en base de datos¹⁵

Esta audiencia preliminar se encuentra contemplada en el artículo 244 del Código de Procedimiento Penal y la misma tiene por objeto, decidir sobre la legalidad o no del acto investigativo de búsqueda selectiva en base de datos.

El artículo 244 del Código de Procedimiento Penal señala:

La policía judicial, en desarrollo de su actividad investigativa, podrá realizar comparaciones de datos registradas en bases mecánicas, magnéticas u otras similares, siempre y cuando se trate de simple cotejo de información de acceso público (...) Cuando se requiera adelantar búsqueda selectiva en base de datos, que implique el acceso a información confidencial, referida al indiciado o imputado o inclusive, a la obtención de datos privados del análisis cruzado de las mismas, deberá mediar autorización previa del fiscal que dirija la investigación y se aplicarán, en lo pertinente, las disposiciones relativas a los registros y allanamientos (...) En estos casos, la revisión de legalidad se realizará ante el juez de control de garantías, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la culminación selectiva de la búsqueda de la información

Teniendo en cuenta la norma descrita, debe aclararse que la orden de búsqueda selectiva expedida por el Fiscal titular de la investigación, se someterá

¹⁵ Artículo 244 del Código de Procedimiento Penal.

tanto a control previo de legalidad (sentencia C-336 de 2007)¹⁶, así como control posterior (36 horas siguientes a la culminación de la búsqueda selectiva de la información) por parte del Juez Constitucional a efectos de que verifique el respeto de las garantías y derechos fundamentales.

Respecto de la pertinencia del acto investigativo, hay que señalar que el artículo 250 de la Constitución Nacional, asignó a la Fiscalía la tarea de adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los delitos, facultando al ente investigador a que tome ciertas medidas restrictivas de derechos fundamentales, como lo son el derecho a la intimidad, inviolabilidad de domicilio, inviolabilidad de las comunicaciones, entre otros.

Para el caso, el numeral 2º del artículo referido en antelación, contempla la medida de registros y allanamientos, lo que es aplicable por analogía para el caso del acto investigativo también restrictivo de derechos fundamentales, como lo es la búsqueda selectiva en base de datos.

Ahora bien, el presente es un acto investigativo de carácter reservado tendiente a acceder a información confidencial (si la información es pública no requiere orden judicial) referida al indiciado o inclusive a la obtención de datos derivados del análisis cruzado de las mismas, acto que deberá contar con motivos fundados que permitan determinar que la información que se persigue será relevante para la buena marcha de la investigación que adelante el ente acusador.

De conformidad con lo antes reseñado, para que el fiscal pueda expedir la orden de búsqueda selectiva en base de datos, debe contar con motivos fundados para proceder de conformidad, mismos que no son más que apoyos empíricos o racionales que suministra la investigación de conformidad con los elementos

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-336 de 2007, 9 de mayo de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida; lo anterior permite determinar que se requiere de indicios de peso, respaldados en información válida, que permita inferir la probable ocurrencia de una conducta delictiva. Le corresponde al Fiscal del caso fundamentar ante el Juez Constitucional la orden indicando los medios cognoscitivos y la esencia de los mismos, ya que a partir de estos y de conformidad con las reglas de la experiencia y la sana crítica es que argumenta la existencia de la inferencia razonable, que permite aseverar que con la búsqueda selectiva en base de datos que pretende, se hallará información relevante para la investigación (control previo de legalidad).

Ahora bien, como ya se dijo con antelación, este acto investigativo debe contar con control posterior de legalidad por parte del Juez de Control de Garantías, de conformidad con el inciso final del artículo 244 del Código de Procedimiento Penal, norma que le impone al Fiscal que dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la culminación de la búsqueda selectiva en base de datos (término que se cuenta a partir del momento en que el Fiscal recibe el informe por parte del policía judicial), debe solicitar al juez constitucional audiencia preliminar para que se realice el respectivo control de legalidad.

Si la diligencia se realizó luego de formulada la imputación, se deberá citar al imputado y su defensor para que ejerzan el contradictorio; no obstante, debe dejarse claro que su asistencia es facultativa lo cual quiere decir que si fueron debidamente citados a la diligencia y deciden no comparecer, su inasistencia no invalidará la actuación.

Si el Juez de Control de Garantías constata la existencia real de orden de búsqueda selectiva expedida por autoridad competente así como el cumplimiento de los requisitos formales que debe contener la misma, y paso seguido verifica que el procedimiento ha respetado derechos fundamentales y garantías procesales, declarará la legalidad formal y material de la actuación.

De otro lado, si se incumplió con algunos de los requisitos formales contemplados en la ley, bien sea respecto de la orden, el procedimiento o los resultados de la búsqueda selectiva en base de datos, declarará la ilegalidad de la actuación por lo que los elementos probatorios y evidencia física que dependan de esta diligencia carecerán de valor y deberá aplicárseles la cláusula de exclusión ya referida en párrafos anteriores; por el contrario, si la vulneración tuvo que ver con garantías y derechos fundamentales, la consecuencia inmediata será la nulidad absoluta de lo actuado con la obvia exclusión de los elementos que hubiesen sido recaudados.

La decisión que profiera el Juez de Control de Garantías no es susceptible de impugnación si la defensa no intervino, de conformidad con lo señalado en el artículo 238 del Código de Procedimiento Penal, no obstante, podrá en otra diligencia preliminar o en la audiencia preparatoria, solicitar la exclusión de las evidencias que considere obtenidas con violación de derechos fundamentales o requisitos legales, afirmación que evidentemente deberá respaldar en elementos de convicción.

3.1.3.5 Solicitud orden de captura¹⁷

Esta diligencia de carácter preliminar tiene por objeto verificar si se cumplen o no los requisitos constitucionales y legales para proferir la orden de captura que solicita la Fiscalía General de la Nación, siendo de vital importancia el exhaustivo y cuidadoso análisis de los elementos materiales probatorios en que se funda la petición, en razón del derecho fundamental que se puede ver transgredido.

El artículo 297 del Código de Procedimiento Penal, establece que para capturar a una persona se requiere una orden escrita proferida por autoridad

¹⁷ Artículo 297 y siguientes del Código de Procedimiento Penal.

judicial competente, esto es un Juez de Control de Garantías; o que se le sorprenda en una situación de flagrancia de conformidad con el artículo 301 del mismo Estatuto Procesal.

Este artículo fue declarado exequible en sentencia C-190 del 15 de marzo de 2006¹⁸, emanada de la Corte Constitucional, en la cual se reiteró la reserva judicial que debe preceder a toda orden de captura en los términos del artículo 28 de la Constitución Nacional, y a la vez reafirmó los límites e hipótesis en que de manera excepcionalísima, por no decir casi imposible, la Fiscalía puede ordenar una captura. Por ésta se entiende el acto por el cual se aprehende a una persona que es probable autor de un delito. Este es el poder que tiene el estado para restringir la libertad de una persona que ha infringido la Ley penal, y por ende debe ser presentada ante un juez para que responda por su conducta, bien sea por acción u omisión, respetándose siempre el derecho fundamental al debido proceso y defensa.

El Fiscal que solicita orden de captura ante el Juez de Control de Garantías, debe presentar los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida en los cuales fundamenta su petitum, y los que permiten al juez que conoce de la solicitud, realizar la inferencia razonable de probable autoría o participación del investigado en el delito que se le endilga.

En el libro, Control de Garantías y Principio de Proporcionalidad en el Proceso Penal Acusatorio, sobre la audiencia para solicitar orden de captura, se indica:

(...) Llegados el día y hora se instala la audiencia, el Juez de Control de Garantías concede la palabra al requirente para que le dé el fundamento jurídico y fáctico de la petición y le presente los elementos materiales

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia C- 190 de 2006, 15 de marzo de 2006, M.P. Jaime Araújo Rentería.

probatorios, informes u otros medios cognoscitivos que fundamenten la petición. El Juez, el Ministerio Público o el Fiscal pueden interrogar a los investigadores, testigos, peritos, o a quien sea la fuente de la información, de acuerdo con el momento preprocesal o procesal....si el Juez encuentra fundamento para ordenar la captura, accede a la petición. Negará la petición si el delito no tienen medida de detención preventiva o los medios de prueba no dan fundamento para determinar o inferir la participación del indiciado, imputado o acusado en la conducta delictiva¹⁹.

Debe señalarse que en esta audiencia se cuenta con la presencia obligatoria del Fiscal y de manera facultativa la del Ministerio Público, quienes son la única parte e interviniente a las que se les permite la presencia, dada la reserva que conlleva este tipo de diligencia.

Analizados los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida que sirvieron de soporte a la solicitud, el Juez de Control de Garantías, si a ello hubiere lugar, expedirá orden de captura que tendrá una vigencia máxima de un (1) año prorrogable cuantas veces sea necesario, misma en la que deberá quedar de manera expresa el motivo de la captura, nombre y datos de identificación del indiciado, imputado o acusado, denominación del juzgado que la emite y el término de vigencia.

3.1.3.6 Audiencia de legalización de captura²⁰

Ahora bien, respecto de la audiencia de legalización de captura que si bien no es reservada si resulta íntimamente ligada con la solicitud de orden de captura, así pues cuando una persona es capturada, bien sea en flagrancia o por orden judicial, su aprehensión debe ser legalizada ante un Juez de Control de Garantías dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a su captura formal (término Legal

¹⁹ Bedoya Bedoya, César Augusto; Delgado Builes, Francisco Antonio. Control de Garantías y Principio de Proporcionalidad en el Proceso Penal Acusatorio. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké. 2007. Pág 63.

²⁰ Artículo 300 y siguientes del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004).

y Constitucional), lo anterior en pro de velar por el respeto de sus derechos fundamentales y así dar cumplimiento a los postulados que enmarcan un Estado Social de Derecho que trae como pilar fundamental el respeto a la Dignidad Humana.

En lo que atañe a la captura en flagrancia se tiene que la misma es procedente cuando: 1) la persona es sorprendida y aprehendida durante la comisión de un delito, 2) la persona es sorprendida o individualizada durante la comisión del delito y aprehendida inmediatamente después por persecución o cuando fuere señalado por la víctima u otra persona como autor o cómplice del delito inmediatamente después de su perpetración; 3) la persona es sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que acaba de cometer un delito o de haber participado en él; 4) la persona es sorprendida o individualizada en la comisión de un delito en un sitio abierto al público a través de la grabación de un dispositivo de video y aprehendida inmediatamente después; y 5) la persona se encuentre en un vehículo utilizado momentos antes para huir del lugar de la comisión de un delito, salvo que aparezca fundada en que el sujeto no tenga conocimiento de la conducta punible; lo anterior de conformidad con el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal.

Profundizando el tema, en el libro Temas de Utilidad Práctica en el Derecho Procesal Penal de Corte Acusatorio, se señala:

La jurisprudencia colombiana ha determinado los requisitos que deben presentarse para establecer si se trata de un caso de flagrancia. Así, la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal-, mediante Auto de diciembre 1º de 1987, consideró que la flagrancia debe entenderse como una “evidencia procesal”, en cuanto a los partícipes, derivada de la oportunidad que han tenido una o varias personas de presenciar la realización del hecho o de apreciar al delincuente con objetos, instrumentos o huellas que indiquen fundadamente su participación en el hecho punible. Ha dicho la Sala (...) Dos son entonces los requisitos fundamentales que concurren a la formación conceptual de la flagrancia, en primer término la actualidad, esto es la

presencia de las personas en el momento de la realización del hecho o momentos después, percatándose de él y en segundo término la identificación o por lo menos individualización del autor del hecho (...) Para la Corte Constitucional, el requisito de la actualidad requiere que efectivamente las personas se encuentren en el sitio, que puedan precisar si vieron, oyeron o se percataron de la situación y, del segundo, -la identificación-, lleva a la aproximación del grado de certeza que fue esa persona y no otra quien ha realizado el hecho. Por lo tanto, si no es posible siquiera individualizar a la persona por sus características físicas -debido a que el hecho punible ocurrió en un lugar concurrido-, el asunto no puede ser considerado como cometido en flagrancia. Y tampoco puede ser considerada flagrancia cuando la persona es reconocida al momento de cometer el delito pero es capturada mucho tiempo después. En efecto, lo que justifica la excepción al principio constitucional de la reserva judicial de la libertad en los casos de la flagrancia es la inmediatez de los hechos delictivos y la premura que debe tener la respuesta que hace imposible la obtención previa de la orden judicial²¹.

Así pues, cuando se pretende legalizar la captura de un ciudadano, se debe determinar si éste fue capturado mediante orden de captura expedida por autoridad competente o si se debió a una situación de flagrancia, lo anterior, por cuanto los elementos que se discuten en una u otra varían.

Ahora, es allí donde se vislumbra un problema jurídico que será desarrollado más ampliamente en el transcurso del presente estudio, dado que cuando una persona ha sido capturada en situación de flagrancia la defensa podrá abordar tres problemas jurídicos: el motivo de la captura, el término dentro del cual ésta se legalizó y el respecto de los derechos del capturado; de otro lado, cuando un ciudadano se aprehende en razón de una orden de captura, la defensa solo podrá alegar el término dentro del cual se oficializó la detención y el respeto de los derechos del capturado, ya que los motivos fundados que motivaron la aprehensión fueron analizados por un juez en audiencia precedente, misma que al ser reservada, no cuenta con la comparecencia de defensa que pueda velar por sus intereses.

²¹ Cárdenas Gómez, Juan Guillermo. Temas de Utilidad Práctica en el Derecho Procesal Penal de Corte Acusatorio. Medellín. 2011. Pág. 32.

Conforme lo anterior, al no poder atacarse en una captura realizada por orden judicial los elementos fundados que motivaron la detención de un ciudadano, eventualmente se puede ver vulnerado el derecho de contradicción e incluso el debido proceso, ya que limita a la defensa a dos problemas jurídicos, viéndose limitada la posibilidad que tiene de controvertir y aportar elementos que ayuden al esclarecimiento de la situación.

La restricción de la libertad tiene carácter excepcional en el nuevo sistema y sólo podrá ser afectada dentro de la actuación cuando sea necesaria para evitar la obstrucción de la justicia, o para asegurar la comparecencia e del imputado al proceso, la protección de la comunidad y de las víctimas, y para el cumplimiento de la pena. Salvo los casos de captura en flagrancia o en situación de urgencia que impida al fiscal obtener la orden judicial, se requerirá siempre orden del juez de control de garantías con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley (...) Una vez abierta la audiencia por el juez, el fiscal sustentará su petición con los elementos de conocimiento que presentará el investigador de policía judicial que lo apoya en el caso, tales como testigos y peritos a quienes el juez interrogará si lo considera necesario. Cumplido lo anterior el juez de control de garantías tomará la decisión contra la cual no procede recurso alguno. De hallar fundada la pretensión, de inmediato emitirá la orden escrita de captura que enviará inmediatamente a la Fiscalía General de la Nación para que disponga el organismo de policía judicial que ha de ejecutarla y la registre en el sistema de información que se lleve para el efecto²².

Igualmente, la Corte Constitucional, en Sentencia C-179 de 1994, estableció:

La libertad personal y la inviolabilidad del domicilio tiene estricta reserva legal; por eso, la definición de las formalidades, los motivos y los eventos en que es factible la privación de la libertad o el registro domiciliario corresponde exclusivamente al Congreso; igualmente estos derechos tienen por regla general, reserva judicial, por lo cual los registros domiciliarios y las privaciones de la libertad cuando se efectúan por autoridades policiales deben tener sustento en una orden judicial. Pero puede existir aprehensión en los casos de flagrancia por la inmediatez de los hechos y de detención preventiva por la existencia de hechos con una relación más inmediata con la previsión pero que constituye motivos fundados y urgentes²³.

²² Bedoya Bedoya, César Augusto, Delgado Builes Francisco Antonio. Control de Garantías y Principio de Proporcionalidad en el Proceso Penal Acusatorio. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké. 2007. Pág 63.

²³Corte Constitucional, Sentencia C-179 de 1994, 13 de abril de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Así pues, se vislumbra la relevancia del tema en consideración teniendo en cuenta el importante derecho que se encuentra en discusión (la libertad), mismo que debe ser tratado con toda la importancia que amerita.

Conforme lo anterior, y finalizando este capítulo, ha de decirse que en las diferentes audiencias preliminares reservadas que existen en nuestro Sistema Penal Acusatorio, no existe derecho de contradicción, lo cual, sin duda, eventualmente puede vulnerar el derecho de defensa, tema que será ampliamente desarrollado en capítulos siguientes.

3.2 CAPÍTULO DOS. EL DERECHO DE CONTRADICCIÓN VS RESERVA DE LAS AUDIENCIAS EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO

3.2.1 En la legislación procesal penal y en la Doctrina

La constitución política Colombiana consagra el derecho a la defensa como concepto integrante del debido proceso en la siguiente forma *“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”*²⁴. Ahora, la carta magna integra dos conceptos: uno genérico de defensa (defensa material) y uno expreso que refiere a la asistencia técnica. En el ámbito internacional tenemos que la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 8º literal d) consagra las garantías judiciales mínimas, entre ellas, *“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”*²⁵, a su vez el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, consagra también garantías mínimas en el proceso penal, artículo 14-3D cuando dice: *“a hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección (...)”*²⁶.

Pues bien, la defensa, como derecho complejo que es, está constituido por una serie de subprincipios y se encuentra revestido de garantías que hacen posible su preservación, en tanto cualquier desconocimiento del mismo genera nulidad procesal. En efecto, se encuentra elevado a la categoría de garantía procesal, como bien lo ha planteado Luigi Ferrajoli al considerarlo como *“reglas de juego fundamentales del Derecho Penal”*²⁷. Así las cosas, resulta claro e

²⁴ Constitución Política Colombiana. Artículo 29.

²⁵ Organización de los Estados Americanos. Convención Americana Sobre Derechos Humanos. 1969.

²⁶ Pacto internacional de derechos civiles y políticos. 1966.

²⁷ Ferrajoli, Luigi. Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal. Editorial Trotta. Madrid. 1995. Pág 93.

incuestionable que esta garantía fundamental debe ser respetada durante todo el trámite procesal como requisito fundamental para determinar la responsabilidad penal.

Ahora, el doctrinante Colombiano Carlos Bernal Pulido, respecto de dicha garantía fundamental, señala:

El derecho a la defensa se erige como uno de los principios más importantes del debido proceso. Este derecho concreta la garantía de la participación de los interlocutores en el discurso jurisdiccional, sobre todo para ejercer sus facultades de presentar argumentaciones y pruebas. De este modo, el derecho a la defensa garantiza la posibilidad de concurrir al proceso, hacerse parte en el mismo, defenderse, presentar alegatos y pruebas²⁸.

En lo que tiene que ver con la legislación interna, el Código de Procedimiento Penal regula varias situaciones relacionadas con el derecho a estar presente, lo que se traduce en el derecho de defensa con su consecuente garantía de contradicción. La primera refiere a la contumacia o renuencia, la segunda la relacionada con la renuncia al derecho a estar presente y la última es el derecho a estar presente como genérico derecho de defensa (defensa material)²⁹.

Concretamente, y según lo describe la legislación interna, el derecho a la defensa implica participación en el proceso penal a través de sí y/o por medio de un defensor técnico. Lo primero se conoce como defensa material, procesal o genérica; y lo segundo, como defensa técnica, letrada, o formal; y el objeto de ambas formas de defensa es que se pueda controvertir, solicitar y conocer las pruebas, interponer recursos, presentar alegatos, interrogar, entre otros tantos medios defensivos que la legislación establece.

²⁸ Bernal Pulido, Carlos. El derecho de los derechos. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2005. Pág. 368-371.

²⁹ Artículos 127 y 291 del CPP.

Teniendo en cuenta lo anterior, el texto “observaciones sobre el tratamiento del derecho de defensa en la implementación del sistema acusatorio” refiere lo siguiente:

El derecho de defensa no se circunscribe a la llamada defensa técnica, es decir, la ejercida por un profesional del derecho, pues como segundo elemento no menos importante se encuentra la defensa material, en virtud de la cual el inculcado está facultado para solicitar pruebas, impugnar decisiones, presentar memoriales, intervenir de viva voz en la audiencia pública, examinar el expediente, etc. Ahora bien, de acuerdo con el derecho de contradicción probatoria, como desarrollo del derecho de defensa, puede el sindicado o su defensor no solo contrainterrogar a los testigos, sino aducir otras pruebas que mengüen el valor de las obrantes y cuestionar la veracidad y legalidad de los medios probatorios o señalar su real aporte en punto del objeto de investigación. En suma, el derecho fundamental de defensa no supone únicamente la asistencia letrada en el juicio, sino a lo largo de toda la actuación, y además requiere para su ejercicio por parte del procesado y de su defensor, del conocimiento de las pruebas obrantes en el trámite para poder controvertirlas, ya criticándolas, ora acreditando su ilegalidad, bien ahondando en ellas (contrainterrogatorio), o aduciendo otros medios de prueba que desvirtúen su valor demostrativo. En la actualidad el derecho de defensa, así como la posibilidad de solicitar la práctica de pruebas por parte de la defensa es posible aún en la etapa de indagación preliminar, esto es, antes de dar comienzo a la fase de la instrucción, y antes de producirse la vinculación del procesado a través de indagatoria o de declaración de reo ausente, y con mayor razón rige en el desarrollo del sumario y en el juicio. Si constituye garantía de los países democráticos que el derecho de defensa tenga carácter continuo y unitario, no parece de recibo que su valía quede diferida, como algunos lo sugieren, al juicio, con lo que se reviviría alguna posición jurisprudencial ya superada que así se pronunció respecto de los procesos de la jurisdicción de orden público³⁰.

Corolario de lo anterior, existe la prohibición de la indefensión que se concreta en el siguiente aserto: “el Estado por medio del fiscal, el juez o magistrado le compete estar permanentemente atento a que se cumpla la defensa material y técnica³¹”, so pena que se decrete nulidad procesal de lo actuado.

³⁰ Barreto Ardila, Hernando. Observaciones sobre el tratamiento del derecho de defensa en la implementación del sistema acusatorio. Universidad de la Sabana. Bogotá-Colombia. 2004. Pág. 73.

³¹ Pérez Pinzón, Álvaro Orlando. Los principios generales del proceso penal. Universidad Externado de Colombia. Bogotá-Colombia. 2004. Pág. 131.

Al respecto, el artículo 8º del Código de Procedimiento Penal consagra con toda claridad el derecho a la defensa, ya que en sus literales e, h, j y k consagra las facultades de ser oído, conocer los cargos que le sean imputados, solicitar, conocer y controvertir las pruebas, tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con intermediación de las pruebas y sin dilaciones injustificadas, en el cual pueda, si así lo desea, por sí mismo o por conducto de su defensor técnico, interrogar en la audiencia a los testigos de cargo, así como ejercer cualquier otro tipo de actividad defensiva.

De allí que se pueda concluir que el derecho a la defensa, además de ser una garantía que permite al indiciado, imputado o acusado, por sí o por medio de su defensor, participar en igualdad de condiciones que el órgano persecutor; también es genérico, en cuanto es una garantía para todo ciudadano investigado o acusado por el Estado ante la presunta comisión de alguna conducta delictiva, es decir, ninguna persona, independientemente de la conducta por la cual esté siendo investigada, puede ser privada de tan importante garantía fundamental.

Al respecto, el texto “el derecho a estar presente como expresión del derecho a la defensa”, refiere lo siguiente:

Consideramos que el derecho a estar presente es la regla general, como expresión del derecho a la defensa. La no presencia del ciudadano privado de la libertad es la excepción. En esos casos excepcionales debe mirarse con mucha ponderación y prudencia la normativa legal en concordancia con la constitucional e internacional. Para que no resulte desconocida la garantía mínima del derecho de defensa, que como hemos dicho es una verdadera regla de juego en un sistema procesal con tendencia acusatoria y por lo tanto se erige como requisito sine qua non de legitimidad y validez del proceso penal, ya que su inobservancia se castiga con la nulidad del procedimiento, de conformidad con el artículo 457 del CPP. Por ello se justifica mirar “casos límite”, para que pueda justificarse y validar las actuaciones en las que no asista la persona detenida. Luego, por regla general la persona no está obligada a asistir a las audiencias cuando ella expresamente renuncie a su derecho a estar presente. Pero hay otros eventos y otras condiciones que merecen ser analizadas a efectos de valorar las excepciones a esa carga procesal de manifestar el deseo de no estar presente; sobre todo, de cara al

artículo 155 del CPP, el cual escuetamente señala que “...las audiencias preliminares deben realizarse con la presencia del imputado o su defensor(...)

(...)En sentido literal-formal, parece que la norma dice que las audiencias preliminares se pueden realizar bien con la sola presencia del imputado, o bien con la sola presencia del defensor, o con la de ambos; pero, en todo caso, que la presencia de uno cualquiera de ellos sería suficiente. Lo cual, de entrada, es un imposible procesal en todos los casos. Pensemos en la audiencia de legalización de captura, formulación de imputación o imposición de medida de aseguramiento. Allí no podría cumplirse esa regla. Se requiere la presencia de ambos, pues están en curso la afectación de derechos fundamentales del indiciado que amerita la concurrencia de la defensa material y técnica. Con mayor razón, si tenemos en cuenta que en relación con esta última audiencia, el artículo 306 inciso 3, señala que “... la presencia del defensor constituye requisito de validez de la respectiva audiencia...”. Es decir que el artículo 155 es una norma que se relativiza en cada caso concreto. Nos parece difícil que una audiencia preliminar pueda realizarse con la sola presencia del indiciado o imputado detenido. Cosa distinta sucede cuando el indiciado o imputado esté en libertad y no comparece pese a haber sido citado, o no se conozca su paradero, como ya quedó establecido. Por eso debemos revisar cada etapa y mirar las posibilidades normativas que nos permitan avizorar temas en los que la presencia del defensor sea suficiente más no la del indiciado o imputado detenido.³²

En consideración de lo anterior, el autor Gimeno Sendra, cuando realiza una descripción del derecho a la defensa, lo refiere de la siguiente forma: “*Este derecho comporta la exigencia de que ambas partes, acusadora y acusada o imputada, tengan la posibilidad efectiva de comparecer o acceder a la jurisdicción a fin de hacer valer sus respectivas pretensiones, mediante la introducción de los hechos que las fundamenten y su correspondiente práctica de la prueba, así como cuando se le reconoce al acusado su derecho a ser oído con carácter previo a la imposición de una pena*³³”.

En este sentido, la contradicción alcanza total importancia dentro del proceso penal ya que permite un principio garantizador básico como lo es el derecho a la

³² Díaz Pedroso, Alexander; Rada, Moisés de la Cruz. El derecho a estar presente como expresión del derecho a la defensa. *Advocatus*, edición especial No. 15. Universidad Libre Seccional Barranquilla. 2010. Pág. 65.

³³ Gimeno Sendra, José Vicente. *Derecho Procesal Penal*. Tirant lo Blanch. Valencia-España. 1993. Pág 81.

defensa que se ve materializada a través de la presentación de elementos materiales probatorios que permitan desvirtuar las pretensiones del ente acusador.

Por otra parte, el desarrollo de esta garantía, al igual que en el caso del genérico derecho de defensa, dará lugar a la consagración de una serie de garantías específicas que concurren para que en cada caso exista una verdadera posibilidad de contradicción.

Es decir, este derecho se vulnera en los casos en que el legislador crea privilegios procesales carentes de fundamentación constitucional alguna (así, por ejemplo, en el caso en que el legislador, o el propio órgano jurisdiccional, crean posibilidades procesales que se le niegan a la parte contraria o la agravan indebidamente con cargas procesales desorbitadas, sin que estas alcancen justificación objetiva y razonable alguna). Es por ello que el imputado posee el derecho a usar todos los medios de prueba de descargo que resulten necesarios para consolidar su defensa.

Respecto del derecho de defensa visto desde el derecho a la igualdad, el texto “desigualdad de medios entre defensa y fiscalía en el nuevo sistema acusatorio”, señala lo siguiente:

Es claro que para cumplir con dicho propósito la defensa debe estar dotada de la misma capacidad y de los mismos poderes que el ente acusador; que se admita su papel contradictor en todo momento y grado del procedimiento y en relación a cualquier acto probatorio, de los experimentos judiciales y las pericias al interrogatorio del imputado, desde los reconocimientos hasta las declaraciones testimoniales y los careos³⁴.

Ahora, adentrándonos en el tema de las audiencias preliminares del Sistema Penal Acusatorio Colombiano, hay que señalar que algunas tienen el carácter de

³⁴ Oliveros Estrada, Carlos Arturo; Malagón Albarracín, Camilo Andrés. Desigualdad de medios entre defensa y fiscalía en el nuevo sistema acusatorio. Universidad Militar Nueva Granada. 2011. Pág. 56.

reservado; es decir, se trata de audiencias cuya publicidad se encuentra restringida, no solo al público sino también a algunos intervinientes en la actuación.

El artículo 155 del Código de Procedimiento Penal, en su inciso 2º, delimita algunas audiencias que tienen este carácter especial:

Publicidad. Las audiencias preliminares deben realizarse con la presencia del imputado o de su defensor. La asistencia del Ministerio Público no es obligatoria. Serán de carácter reservado las audiencias de control de legalidad sobre allanamientos, registros, interceptación de comunicaciones, vigilancia y seguimiento de personas y de cosas. También las relacionadas con autorización judicial previa para la realización de inspección corporal, obtención de muestras que involucren al imputado y procedimientos en caso de lesionados o de víctimas de agresiones sexuales. Igualmente aquella en la que decreta una medida cautelar³⁵.

Conforme lo anterior, debe señalarse que algunas de estas audiencias tienen como objeto recaudar elementos materiales probatorios (EMP) tendientes a incriminar a una persona, a identificarla, individualizarla y vincularla con una actividad que puede constituir conducta punible. Estas diligencias se realizan durante la etapa de indagación, es decir cuando no existe vinculación formal al proceso.

En actos investigativos como lo son la interceptación de comunicaciones, el seguimiento de personas, la solicitud de orden de captura y similares; no se requiere la presencia del indiciado o su defensor, salvo que exista un indiciado conocido que manifieste su interés de participar en el procedimiento, previa comunicación de la Fiscalía General de la Nación o, como lo ha referido el doctor Donaldo del Villar: “En el evento que se entere por otros medios y decida concurrir para ejercer su derecho de defensa, que en nuestro entendimiento nace cuando el Estado focaliza la investigación en contra de una persona determinada, pues los centros de gravedad del proceso tienen asidero paulatinamente en la medida que se desarrolla, desde el momento en

³⁵ Ley 906 de 2004, artículo 155, inciso 2º.

que el sujeto pasivo de la acción penal adquiere la condición de sospechoso³⁶.

Es decir, cuando ya la persona es objeto de una indagación y por tanto sus derechos fundamentales se encuentran en vilo, debe prohibirse a los intervinientes el sistema de derechos y garantías constitucionales del sistema penal acusatorio. *“Esta visión es importante en la medida en que se entienda que nuestro nuevo proceso, como en otros modelos (anglosajón), no puede comenzar o entenderse que inicia con el acto de la acusación y, por tanto, no debe desconocerse en ninguna etapa la inseparable vinculación entre Derecho Penal Sustancial y Procesal Penal³⁷”*.

Teniendo en cuenta lo anterior, deviene con mediana claridad que en los demás casos debe citarse y permitir comparecer al imputado detenido y su defensor, sobre todo en aquellas audiencias reservadas en las que el imputado será “objeto de prueba”, como por ejemplo en las relacionadas con inspección corporal, reconocimiento de personas y similares, pues como viene de analizarse, el que el investigado pueda estar presente en este tipo de diligencias en las que sin duda tiene especial interés, es expresión del derecho de contradicción, tal y como lo prevé el artículo 15 del Código de Procedimiento Penal³⁸.

3.2.2 En la Jurisprudencia de la Corte Constitucional

El derecho de defensa y de contradicción, así como la reserva de las audiencias en el sistema penal acusatorio colombiano, son un tema que ha sido tratado por la Corte Constitucional en múltiples oportunidades, dejando entrever la

³⁶ Díaz Pedroso, Alexander; Rada, Moisés de la Cruz. El derecho a estar presente como expresión del derecho a la defensa. *Advocatus*, edición especial No. 15. Universidad Libre Seccional Barranquilla. 2010. Pág. 72.

³⁷ Ídem.

³⁸ Ley 906 de 2004.

importancia que tiene el debido proceso, la defensa y la contradicción como elemento integrante del derecho de defensa, en cualquier tipo de actuación judicial.

Es que las facultades de audiencia y contradicción de los sujetos procesales durante la etapa previa a la acción penal, han sido consideradas en la jurisprudencia constitucional como principios rectores del derecho de defensa, dada la relevancia de esta etapa en la determinación de los hechos, de la conducta punible y de la autoría o participación de aquellos a quienes en la formulación de imputación se les habrá de vincular.

Debe tenerse en cuenta que toda investigación provoca efectos perturbadores en los derechos fundamentales de los investigados, de modo que el inicio de la acción penal requiere del conocimiento y convencimiento del ente acusador sobre que el hecho delictivo efectivamente se realizó y de que no por azar se vincula a determinada persona con su realización, pues ello traería total inseguridad jurídica.

Ahora, el tema de la contradicción y la reserva de los actos investigativos comenzó a depurarse por la Corte Constitucional mediante sentencia C-150 de 1993³⁹, que declaró inexecutable un aparte del artículo 7° del Decreto 2700 de 1991 que permitía excepciones al principio de contradicción de la prueba en la etapa de investigación previa, y también fue excluida del ordenamiento la expresión contenida en el artículo 251 del mismo Decreto que establecía la imposibilidad de confrontar las pruebas practicadas por los jueces regionales en la etapa preliminar⁴⁰.

³⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-150 de 1993, 22 de abril de 1993. M.P. Fabio Morón Díaz.

⁴⁰ Mediante sentencia C-150 de 1993 fueron declarados inexecutable las partes que se destacan de los artículos 7° y 251 del Decreto 2700 de 1991, a cuyo tenor: *“El imputado, durante la investigación previa podrá presentar o controvertir pruebas, salvo las excepciones contempladas en este código”* y *“En los procesos de que conocen los jueces regionales durante la investigación previa no habrá controversia probatoria pero quien haya rendido versión preliminar y su defensor,*

Recordó la Corte en la citada jurisprudencia que el debido proceso se aplica a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas y que la persona comprometida en una conducta criminal llámesele sindicado, imputado o condenado tiene derecho a la defensa, a presentar pruebas y a controvertir las allegadas en su contra, en todas las etapas del proceso.

Expuso que el convencimiento que se requiere para dar inicio a la acción penal o para continuarla, no adquiere firmeza sino luego de que el opositor interviene en la percepción de los hechos, de cómo ocurrieron y de quién fue su autor, porque el derecho de contradicción es un elemento de interpretación jurídica que no permite que las cosas sean y no sean al propio tiempo y en el mismo lugar.

En armonía con lo expuesto advirtió la Corte que la violación del derecho de contradicción, en cualquiera de las etapas de una actuación judicial, “*trae como consecuencia la nulidad de pleno derecho de la prueba aportada y no controvertida*”, de manera que a la luz del artículo 29 constitucional sólo las pruebas conocidas y confrontadas por los sujeto procesales pueden considerarse en la apertura de la acción penal, en la calificación de la conducta y en la determinación de la responsabilidad. En referencia a este principio, aplicado en la etapa preliminar, expuso:

Aunque la etapa de la investigación previa es anterior a la existencia del proceso y tiene como finalidad establecer si la investigación debe proseguir o no, es considerada como especial y básica de la instrucción y del juicio. Por tal motivo, no asiste razón que permita la limitación de la controversia probatoria en dicha etapa. Por tanto el principio del debido proceso debe aplicarse en toda actuación judicial.

podrán conocerlas. En la instrucción y juzgamiento los sujetos procesales podrán solicitar pruebas y controvertirlas”.

Con el acatamiento al principio de contradicción se cumple una función garantizadora que compensa el poder punitivo del Estado en cabeza de los funcionarios judiciales, es decir, actúa como un contrapeso obligatorio, respetuoso de los Derechos Humanos, al permitir la intervención en cualquier diligencia de la que pueda resultar prueba en contra del imputado, sindicado o procesado⁴¹.

Así mismo, en lo que tiene que ver con el derecho a la contradicción en la investigación previa, así como la posibilidad de controvertir la prueba, señaló:

Lo que se entiende por "controversia de la prueba" es la posibilidad que tiene el sindicado o imputado de pronunciarse sobre el valor, el contenido y los elementos internos y externos del material recaudado y con base en ello sustentar la argumentación de la defensa. La distinción entre imputado y sindicado es relevante desde el punto de vista constitucional para muchos otros efectos jurídicos y su repercusión es amplia en el orden legal y principalmente en el procedimiento penal; empero, de la interpretación del artículo 29 de la Carta, se advierte con claridad que no es admisible el establecimiento de excepciones al principio de la contradicción de la prueba así en la etapa de investigación previa no exista sindicado de un posible delito; no puede el legislador señalar, como lo hace en la disposición acusada, que en la etapa de investigación previa, existan excepciones al principio de la presentación y controversia de pruebas por el imputado, pues éste también tiene derecho a su defensa y a controvertir las pruebas que se vayan acumulando.

Además, debe tenerse en cuenta que bajo las reglas de la nueva Constitución y del nuevo Código de Procedimiento Penal, existe suficiente fundamento jurídico para considerar que las actuaciones de la jurisdicción penal se encuadran dentro de un modelo aproximado al del proceso acusatorio y que esto implica una nueva visión global de las funciones de la Fiscalía General de la Nación y de sus agentes, así como de los jueces penales, dentro de un marco técnico jurídico diverso del que suponía la anterior configuración del proceso penal a la luz de la Carta de 1886 y sus reformas⁴².

Es por ello que en todo momento, siempre que se conozca al indiciado y su ubicación, o que ya se haya vinculado formalmente a la investigación, debe respetársele la posibilidad que tiene de controvertir algunos a todos los elementos

⁴¹ Corte Constitucional. Sentencia C-150 de 1993, 22 de abril de 1993. M.P. Fabio Morón Díaz.

⁴² *Ibíd.*, p. 44.

materiales probatorios, o las pruebas propiamente dichas, según la etapa en la que se encuentre el proceso, pues así es que se respeta a cabalidad el derecho de contradicción como elementos fundamental del derecho de defensa, y se acogen los principios que fundamentan el Sistema Penal Acusatorio, o por lo menos con tendencia acusatoria, que actualmente rige en Colombia, independientemente de que el concepto de reserva también sea un elemento importante del Sistema.

Al respecto, el alto tribunal, refirió:

En lo que corresponde a la **parte acusada del artículo 8o. del C. P. P.** se controvierte la existencia de excepciones relacionadas con la reserva del sumario, en el sentido de que, no obstante siendo la investigación abierta para los sujetos procesales y el juicio público, es posible que se establezcan actuaciones reservadas, como lo consagran los artículos 321, 331 y 342, los cuales, salvo la parte de este último que se declara inexecutable, también encuentran fundamento constitucional en el artículo 228 de la Constitución, que permite a la administración de justicia mantener bajo reserva determinadas actuaciones judiciales que se surten dentro del proceso penal.

La Corte Constitucional no encuentra vicio de inconstitucionalidad por lo que hace a la parte acusada del artículo 8o., ya que la reserva de determinadas actuaciones judiciales del proceso penal, redundando en algunos casos en el cabal ejercicio de tales funciones, mucho más cuando el artículo 250 de la Carta impone a la Fiscalía General de la Nación el deber de velar por la protección de las víctimas, testigos o intervinientes y tomar las medidas necesarias para hacer efectivo el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito⁴³.

Así mismo se pronunció la Corte en la sentencia C-412 de 1993⁴⁴, puesto que al declarar inexecutable el artículo 324 del Decreto 2700 de 1991, reiteró que se vulnera el derecho a la defensa siempre que se oculta a una persona la investigación previa que se adelanta en su contra, porque de esta manera se le

⁴³ *Ibíd.*, p. 44.

⁴⁴ Corte Constitucional, sentencia C-412 del 28 de septiembre de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. En esta oportunidad fue declarado inexecutable el artículo 324 del Decreto 2700 de 1991 cuyo tenor señala *“La investigación previa se desarrollará mientras no exista prueba para dictar resolución inhibitoria o mérito para vincular en calidad de parte al imputado. En este último caso se dictará resolución de apertura de instrucción.”*

impide presentar pruebas, solicitarlas y contradecir las allegadas. En dicha decisión se consignó:

El derecho a la presunción de inocencia, que acompaña a toda persona hasta el momento en que se la condene en virtud de una sentencia en firme, se vulnera si no se comunica oportunamente la existencia de una investigación preliminar a la persona involucrada en los hechos, de modo que ésta pueda, desde esta etapa, ejercer su derecho de defensa conociendo y presentando las pruebas respectivas⁴⁵.

También, en la sentencia C-475 de 1997, el alto tribunal dejó sentado que:

(...) resulta violatorio del debido proceso, convocar a un sujeto para que rinda versión preliminar o declaración indagatoria cuando la actividad inquisitiva del Estado se ha postergado hasta conseguir un cúmulo tal de elementos probatorios que hagan imposible o particularmente ardua la defensa. En estas condiciones, puede afirmarse que el Estado debe permitir que el sujeto investigado rinda versión libre o indagatoria, tan pronto resulte posible formular, en su contra, una imputación penal⁴⁶.

Y en la misma decisión se pronunció sobre la posibilidad de que “*otros intereses constitucionalmente valiosos*”, justifiquen la no comparecencia inmediata del imputado a la investigación. Expuso la Corte:

El debido proceso es un derecho de estructura compleja que se compone de un conjunto de reglas y principios que, articulados, garantizan que la acción punitiva del Estado no resulte arbitraria. Algunas de las reglas constitucionales que configuran este derecho son de aplicación inmediata y anulan cualquier norma que las limite o restrinja. Así por ejemplo, el derecho a la legalidad del delito y de la pena no admite restricción ninguna, como tampoco el principio de la no reformatio in pejus, o el principio de favorabilidad (C.P. art. 29). No obstante, otros de los elementos integrantes del debido proceso tienen la estructura lógica de estándares o reglas que deben ser aplicadas prima facie, y admiten ponderaciones o limitaciones útiles, necesarias y proporcionadas para asegurar la vigencia de otro derecho fundamental o de un interés constitucional de igual entidad. En particular, el

⁴⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-412 de 1993. 28 de septiembre de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴⁶ Exequibilidad de los incisos segundo del artículo 139, tercero del artículo 321, y parcial del artículo 324 del Decreto 2700 de 1991, este último tal como había sido modificado por la Ley 81 de 1993.

derecho de defensa es uno de aquellos derechos que plantea parámetros de actuación que deben ser regulados por el legislador garantizando su máxima aplicación, pero cuidándose de afectar otros derechos o bienes constitucionalmente valiosos que se encuentran en juego en el juicio penal o administrativo⁴⁷.

En lo que tiene que ver con la restricción del derecho de defensa durante la investigación previa y la instrucción (Decreto 2700 de 1991), en materia de audiencia y contradicción de la prueba, la sentencia C-595 de 1998⁴⁸, al resolver sobre la inconstitucionalidad del inciso segundo del artículo 260 del mencionado estatuto, la Corte recordó que el objeto de la investigación previa se relaciona con la determinación de los presupuestos para dar inicio a la acción penal y el aseguramiento de los medios de prueba y enfatizó sobre la necesidad de respetar las garantías de los sujetos procesales en ésta como en todas las actuaciones judiciales y administrativas. Al respecto señaló:

Durante la investigación previa se deben garantizar los derechos fundamentales como el debido proceso y en especial el derecho de contradicción. A través de este último, el sindicado de un delito goza de la posibilidad de pronunciarse sobre el valor, el contenido y los elementos del material recaudado para así lograr sustentar la argumentación de la defensa. Esta garantía no está condicionada a la existencia de proceso. En la etapa preprocesal, se aplica plenamente el artículo 29 de la Constitución Política, toda vez que el sindicado tiene derecho a “presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra”. Así lo entendió esta Corporación⁴⁹, cuando declaró la inexecutable de unas normas que restringían este derecho durante la investigación previa: “Aunque la etapa de la investigación previa es anterior a la existencia del proceso y tiene como finalidad establecer si la investigación debe proseguir o no, es considerada como especial y básica de la instrucción y del juicio. Por tal motivo, no asiste razón que permita la limitación de la controversia probatoria en dicha etapa. Por tanto el principio del debido proceso debe aplicarse en toda actuación judicial.

De otro lado, en principio la prueba que se decreta durante la investigación previa debe cumplir con los mismos requisitos que se exigen en la etapa de instrucción. En otras palabras, la prueba debe ser decretada mediante

⁴⁷ Corte Constitucional. Sentencia C- 475 de 1997. 25 de septiembre de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴⁸ El demandante fundamentó el cargo en la violación del artículo 29 constitucional, en cuanto la norma impide participar a los interesados en la práctica de la inspección, vulnerando la imparcialidad del funcionario investigador.

⁴⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-150 de 1993, 22 de abril de 1993. M.P. Fabio Morón Díaz.

providencia y debe cumplir con ciertas formalidades necesarias para su existencia y validez jurídica. La exigencia de providencia que ordene la práctica de las pruebas en las etapas procesales, es un presupuesto necesario de la controversia y publicidad de la prueba⁵⁰.

Dentro de la mencionada decisión, la Corte encontró conforme a la Carta Política la práctica de la inspección judicial durante la etapa de la investigación previa sin providencia previa *“si no existiere imputado conocido o éste no hubiere todavía rendido versión libre”*, no así pretermitir las garantías formales del proceso, inspiradas en los principios de publicidad y contradicción de los sujetos procesales, como quiera que el autor y el partícipe gozan de la plenitud de los derechos procesales constitucionales:

Si existe un sujeto procesal - lo que ocurre en los dos eventos a los que se ha hecho alusión -, las garantías formales del proceso, inspiradas en los principios de publicidad y contradicción, no pueden en principio pretermitirse. Esto quiere decir que la inspección judicial no puede llevarse a cabo, en ausencia de una providencia que la decreta; lo contrario, significaría cercenar injustamente oportunidades de defensa a las personas cuya suerte está íntimamente ligada al desarrollo del proceso y a su decisión final. El proceso como tal representa un mecanismo social que sirve al propósito de otorgar validez a la decisión que se adopte en su oportunidad, siempre, desde luego, que se cumplan las garantías que le son propias. Contradice la esencia misma del concepto de proceso, permitir el ingreso de sujetos al mismo y, no obstante, ocultarles la práctica de las pruebas que, por ello, se realizan sin que se decreten, bifurcando el proceso, en un curso de acción conocido para la partes y, en otro paralelo, adelantado en la penumbra⁵¹.

Aunado a lo anterior, y en lo que tiene que ver con el principio de publicidad de las actuaciones procesales, principio que sin duda permite ejercer de manera efectiva el derecho de defensa y contradicción, en sentencia T-012 de 1999, recalcó:

Para evitar así mismo la arbitrariedad en las decisiones del Estado, el proceso ha de organizarse conforme a unos principios generales, que constituyen lo que la doctrina universal conoce como el “debido proceso”. Entre tales

⁵⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-595 de 1998. 21 de octubre de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁵¹ *Ibíd.*, p. 48.

principios, resultan esenciales en un Estado democrático el de la publicidad y la contradicción. El primero, impide que existan en el proceso actuaciones ocultas para las partes o para quienes intervienen en él por ministerio de la ley como sujetos procesales. Tal publicidad, resulta indispensable para la formación válida de la relación jurídico-procesal, pues, de no ser así, el demandado quedaría expuesto a que contra él se profiriera una sentencia adversa sin haber sido siquiera debidamente anoticiado de la existencia de la demanda promovida en su contra. Es decir, presupuesto necesario para que pueda existir la contradicción a lo largo del proceso, es el de la publicidad de las actuaciones que en él se surtan, por quienes se encuentran legitimados para el efecto. Sólo de esta manera puede tener cabal realización la garantía democrática de que nadie puede ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio.

(...) Entre tales principios, resultan esenciales en un Estado democrático el de la publicidad y la contradicción. El primero, impide que existan en el proceso actuaciones ocultas para las partes o para quienes intervienen en él por ministerio de la ley como sujetos procesales, cual sucede con el Ministerio Público, la Fiscalía o la Defensoría de Familia. Tal publicidad, resulta indispensable para la formación válida de la relación jurídico-procesal, pues, de no ser así, el demandado quedaría expuesto a que contra él se profiriera una sentencia adversa sin haber sido siquiera debidamente anoticiado de la existencia de la demanda promovida en su contra.

Es decir, presupuesto necesario para que pueda existir la contradicción a lo largo del proceso, es el de la publicidad de las actuaciones que en él se surtan, por quienes se encuentran legitimados para el efecto. Sólo de esta manera puede tener cabal realización la garantía democrática de que nadie puede ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio⁵².

No cabe plantear duda, entonces, sobre la intervención del imputado conocido en el proceso de la formación de la prueba practicada dentro de la investigación preliminar, con el argumento de que las pruebas recaudadas sin contradicción pueden contradecirse en otro momento del proceso, como quiera que lo que el artículo 29 superior postula y la jurisprudencia atrás reseñada lo indica, es que establecida la incursión en una conducta criminal la dignidad misma del imputado no sufra menoscabo.

⁵² Corte Constitucional. Sentencia T-1012 de 1999. 10 de diciembre de 1999. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

También queda claro que la no comparecencia del imputado no compromete la validez de los elementos de convicción formados sin su participación, cuando ésta resulta materialmente imposible o abiertamente inconveniente, como en los casos de la prueba testifical formada en otro proceso y de las pruebas practicadas sin orden previa, por razones de seguridad e inmediatez, siempre que en estos casos la publicidad y la contradicción se cumplan, lo que equivale a sostener que en todo caso los sujetos procesales deberán estar en condiciones de conocer, discutir y contradecir las probanzas buscadas y practicadas sin su intervención, acudiendo incluso a otros medios de prueba, de ser preciso, antes de que el juez realice su valoración⁵³.

Ahora bien, entrando a analizar la jurisprudencia proferida en vigencia de la Ley 906 de 2004, se tiene que la Corte Constitucional ha seguido una línea semejante a la que se trataba en vigencia del Decreto 2700 de 1991 y la Ley 600 de 2000, pues deja ver el alto tribunal la importancia que tiene el debido proceso, el derecho de defensa y el principio de contradicción en cualquier etapa del proceso penal, incluyendo la etapa de indagación.

Respecto del derecho de defensa en el Sistema Penal Acusatorio (Ley 906 de 2004), la Corte Constitucional en sentencia T-409 de 2014, señaló:

El artículo 29 de la Constitución Política consagra el derecho fundamental al debido proceso, haciendo extensiva su aplicación “a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”. Igualmente el inciso cuarto de dicha disposición establece que “quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él durante la investigación y el juzgamiento (...) a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra”. Una de las principales garantías del debido proceso es precisamente el derecho a la defensa, entendido como la oportunidad reconocida a toda persona en el ámbito de cualquier actuación judicial de “ser oído, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir,

⁵³ Sobre el valor de la prueba producida o incorporada de forma anticipada durante la audiencia ante el juez de control de garantías y la práctica de la misma, dentro del sistema acusatorio - artículos 16 y 154 de la Ley 906 de 2004 “por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”.

contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga". Respecto al derecho de defensa en el ámbito penal, la ley 906 de 2004 consagra que este implica como mínimo las garantías a: (i) ser oído, asistido y representado por un abogado de confianza o nombrado por el Estado; (ii) a ser socorrido por un traductor debidamente acreditado o reconocido por el juez, en el caso de no poder entender o expresarse en el idioma oficial; (iii) a conocer los cargos que le sean imputados, expresados en términos que sean comprensibles, con indicación de las circunstancias conocidas de modo, tiempo y lugar que los fundamentan; (iv) a solicitar, conocer y controvertir las pruebas y, (v) a tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con intermediación de las pruebas, en el cual pueda interrogar a los testigos y a obtener la comparecencia de peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos objeto del debate.

(...) Para esta Sala es indispensable que el derecho de defensa pueda ser ejercido no solo desde que se adquiere la condición de imputado, sino antes de ello. En este sentido, quien conoce de una actuación penal en su contra está facultado para ejercer dicha garantía durante la etapa de indagación y concretamente, puede solicitarle al juez que se le permita asistir a la audiencia de control de legalidad sobre las diligencias adelantadas. (Negrillas fuera de texto)

Es claro que la Fiscalía General de la Nación, en ejercicio de su autonomía puede adoptar varias estrategias investigativas tendientes a esclarecer la ocurrencia o no de un ilícito, sin embargo, en el momento en el que revela su conducta, -bien sea por un allanamiento o por otra actuación-, inexorablemente habilita al interesado para ejercer el derecho de defensa cuestionando la legalidad de lo hasta el momento actuado⁵⁴.

Así mismo, la Corte también realiza una separación de la posibilidad que tiene el ente acusador de adelantar ciertas actuaciones reservadas y la posibilidad que tiene la parte afectada de controvertirlas, así se pronunció en la sentencia C-025 de 2009:

Cabe destacar, como ya lo ha hecho esta Corporación en anteriores oportunidades, que una cosa es que la autoridad pública no esté obligada a dar aviso sobre el momento en el cual se van a practicar ciertas diligencias registros, allanamientos, interceptaciones, etc-, lo cual redundaría en beneficio de la eficiencia y eficacia en la administración de justicia, y otra muy distinta es

⁵⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-409 de 2014. 26 de junio de 2014. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

que la persona que está siendo objeto de tales medidas no pueda controvertirlas oportunamente, no pueda ejercer plena y libremente su derecho a la defensa⁵⁵.

Ahora, la Fiscalía, en ejercicio de su autonomía, decide voluntariamente si realiza una medida que ponga al descubierto o evidencie su conducta investigativa, como sería el practicar un allanamiento, y en ese entendido ya no podrá negar al indiciado el derecho de ejercer su derecho de defensa al interior de la audiencia de legalización. Sobre este ejemplo específico, la Corte en sentencia C-799 de 2005 expresó lo siguiente:

Hipótesis en las que se Activa el Derecho de Defensa antes que se adquiera la Condición de imputado. Primera: Cuando se efectúa un allanamiento por parte de autoridad pública competente, bajo el entendido que se pretende obtener material probatorio y evidencia física por ejemplo, lo razonable a la luz de los postulados Constitucionales es que aquella persona que se vea sometida a dicha carga pública pueda desde ese momento cuestionar la evidencia física que se recauda. (...) En efecto, si se realiza un allanamiento es porque existe un motivo para hacerlo. 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 defensa⁵⁶.

También, está importante sentencia que decidió sobre la exequibilidad de la expresión "una vez adquirida la condición de imputado" que prevé el artículo 8º del Código de Procedimiento Penal⁵⁷, aclaró que el derecho a la defensa y la contradicción no tiene un límite temporal. Al respecto recalcó:

La correcta interpretación Constitucional del derecho de defensa implica que este no tiene un límite temporal. 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. Razón por la cual, existiría una clara violación al derecho de igualdad y al derecho de defensa. No es de relevancia para el ordenamiento Constitucional

⁵⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-025 de 2009. 27 de enero de 2009. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁵⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-799 de 2005. 2 de agosto de 2005. M.P. Jaime Araujo Rentería.

⁵⁷ Ley 906 de 2004.

el nombre que jurídicamente se le otorgue a una persona al interior de una investigación o de un proceso penal. Lo trascendente acá, es que a dicha persona no se le apliquen excepciones temporales al ejercicio de su derecho de defensa, pues ella en cualquier etapa pre o procesal puede hacer uso del ejercicio constitucional ha defenderse. En conclusión, no permitir que la persona ejerza su derecho de defensa desde que se inicia una investigación en su contra, 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.

La interpretación incluyente, es decir, aquella que permite entender que la adquisición de la condición de imputado es una de las diferentes condiciones en la cuales se puede encontrar una persona en un proceso penal, pero en momento alguno excluye aquellas anteriores a la condición de imputado lo que implicaría que el derecho de defensa se pueda ejercer antes de adquirirse la referida condición; es una interpretación ajustada a la Carta Política y por ende es Constitucional. 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 defensa⁵⁸.

En lo que tiene que ver con la contradicción de los elementos materiales probatorios practicados en la etapa preliminar de la investigación y la posibilidad que el interesado tiene de controvertirlos, el alto tribunal en lo constitucional, en sentencia T-057 de 2006, aclaró:

No cabe plantear duda, entonces, sobre la intervención del imputado conocido en el proceso de la formación de la prueba practicada dentro de la investigación preliminar, con el argumento de que las pruebas recaudadas sin contradicción pueden contradecirse en otro momento del proceso, como quiera que lo que el artículo 29 superior postula y la jurisprudencia constitucional lo indica, es que establecida la incursión en una conducta criminal la dignidad misma del imputado no sufra menoscabo. Obviamente, la necesaria intervención de aquel no compromete la validez de los elementos de convicción formados sin su participación, cuando ésta resulta materialmente imposible o abiertamente inconveniente, como en los casos de la prueba testifical formada en otro proceso y de las pruebas practicadas sin orden previa, por razones de seguridad e inmediatez, siempre que en estos casos la

⁵⁸ *Ibíd.*, p. 56.

publicidad y la contradicción se cumplan, lo que equivale a sostener que en todo caso los sujetos procesales deberán estar en condiciones de conocer, discutir y contradecir las probanzas buscadas y practicadas sin su intervención, acudiendo incluso a otros medios de prueba, de ser preciso, antes de que el juez realice su valoración⁵⁹.

Ahora, en la ya citada sentencia C-025 de 2009, la Corte Constitucional enfatizó en la necesidad de la reserva de algunas diligencias como motivo fundante para definir el alcance del derecho a la defensa del indagado. En ese sentido expuso lo siguiente:

Precisa la Corte, que hacer prevalecer la interpretación incluyente en este caso, no compromete en modo alguno la facultad reconocida por las disposiciones acusadas a la Fiscalía General de la Nación para ordenar la práctica de las diligencias en ellas previstas y para llevarlas a cabo a través de los organismos de policía judicial, durante las etapas de indagación e investigación. Tampoco cuestiona el carácter reservado que pesa sobre tales diligencias, pues entiende la Corte que por razones de política criminal y eficacia judicial, éste debe contar con los recursos técnicos necesarios, adecuados y suficientes para combatir y luchar de manera pronta y eficaz contra el delito. Lo que en realidad pretende garantizar la interpretación más favorable, es el derecho a la defensa del indagado en la audiencia donde se lleva a cabo la revisión formal y material de las diligencias previstas en las normas acusadas, cuando ésta se realiza en la etapa de indagación, para efectos de permitirle participar en ella al inculpado y facilitar su derecho de contradecir ante el juez de garantías la constitucionalidad y legalidad de la medida, cuando tiene noticia que se adelanta una investigación penal en su contra.

Cabe destacar, como ya lo ha hecho esta Corporación en anteriores oportunidades, que una cosa es que la autoridad pública no esté obligada a dar aviso sobre el momento en el cual se van a practicar ciertas diligencias - registros, allanamientos, interceptaciones, etc-, lo cual redundaría en beneficio de la eficiencia y eficacia en la administración de justicia, y otra muy distinta es que la persona que está siendo objeto de tales medidas no pueda controvertirlas oportunamente, no pueda ejercer plena y libremente su derecho a la defensa⁶⁰.

⁵⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-057 de 2006. 2 de febrero de 2006. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

⁶⁰ Ídem., p. 59.

También, la sentencia T-920 de 2008, en lo que tiene que ver con la garantía del debido proceso y los derechos de contradicción y defensa en la etapa de investigación previa o indagación, señaló:

Específicamente, dentro de tal grupo de disposiciones, en el artículo 8º de la Ley 906 de 2004 se fijaron las diferentes condiciones para hacer efectivo el derecho de defensa. Esta norma, en su inciso 1º, establece textualmente lo siguiente: “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 se aplica a: (...)”. Empero, la limitación dispuesta en la frase subrayada para ejercer las facultades de la defensa en la etapa previa a la imputación, fue demandada por inconstitucional ante esta Corporación, quien en sentencia C-799 de 2005⁶¹ declaró su exequibilidad condicionada. Para el efecto la Corte determinó los alcances del derecho de defensa en el ámbito penal y definió su conexión frente a la materialización del valor de justicia. Bajo estas condiciones, advirtió lo siguiente: “Pues bien, 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 proceso⁶².

Ahora bien, la Corte también acepta que el derecho de defensa y contradicción puede ser limitado siempre y cuando su núcleo esencial se mantenga incólume, ello en atención a intereses de política criminal e interés general. En sentencia C-371 de 2011, el alto tribunal señala:

La Corte ha admitido que algunas garantías procesales, -y entre ellas el derecho de defensa y contradicción- no son absolutas y pueden ser limitadas por el legislador, siempre que no se vea afectado su núcleo esencial, la limitación responda a criterios de razonabilidad y proporcionalidad, y no se desconozcan otros derechos fundamentales, como puede ser el derecho a la igualdad. En todo caso, ha señalado que la función, tanto del legislador como del juez constitucional, es tratar de lograr que todos los principios y derechos que eventualmente puedan entrar en tensión a la hora de regular los términos judiciales sean garantizados en la mayor medida posible.

⁶¹ M.P. Jaime Araujo Rentería.

⁶² Corte Constitucional. Sentencia T-920 de 2008. 18 de septiembre de 2008. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

En relación con el plexo de garantías que involucra el ejercicio del derecho de defensa, en el contexto de un sistema acusatorio, la corporación ha sentado las siguientes reglas: (i) 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; (ii) el derecho de defensa es general y universal, y en ese contexto no es restringible al menos desde el punto de vista temporal; (iii) 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; (iv) el derecho de defensa, como derecho fundamental constitucional, es un derecho que prima facie puede ser ejercido directamente por un procesado al interior de un proceso penal; (v) el procesado puede hacer valer por sí mismo sus argumentos y razones dentro de un proceso judicial; (vi) el derecho de defensa se empieza a ejercer desde el momento mismo que se inicia la investigación; (vii) constituye una de las principales garantías del debido proceso, y representa la oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga; y (viii) la importancia del derecho de defensa, en el contexto de las garantías procesales, radica en que con su ejercicio se busca impedir la arbitrariedad de los agentes estatales y evitar la condena injusta, mediante la búsqueda de la verdad, con la activa participación o representación de quien puede ser afectado por las decisiones que se adopten sobre la base de lo actuado; (ix) en el contexto de los procesos penales, el derecho a impugnar la sentencia condenatoria adquiere carácter fundamental, por lo que el Estado tiene la obligación de garantizar su efectividad de tal derecho⁶³.

En ese sentido, clara resulta la línea que ha mantenido la Corte en materia de derecho de defensa y contradicción vs la reserva de las audiencias penales, dado que si bien acepta que la reserva de ciertas actuaciones judiciales es importante en aras de la eficiencia y eficacia de la administración de justicia, sin duda le otorga vital importancia al derecho de defensa y contradicción, y deja claro que dichas garantías fundamentales deben ser respetadas en cualquier etapa procesal, incluso antes de formulada la imputación.

Así mismo refirió que si bien la Fiscalía tiene la potestad de adelantar la investigación sin la necesidad de dar aviso al indiciado, pues ello obviamente daría

⁶³ Corte Constitucional. Sentencia C-371 de 2011. 11 de mayo de 2011. M.P. Luís Ernesto Vargas Silva.

al traste con el acto investigativo, aclara que una vez el ciudadano tenga conocimiento que en contra suya se adelanta indagación previa, puede ejercer sin restricción las garantías fundamentales de defensa y contradicción, sin que la reserva de los actos que adelante el ente investigador se puedan anteponer a los derechos que cobijan al investigado.

Y si bien la Corte acepta que esas garantías de defensa y contradicción pueden verse limitadas en tanto no son absolutas, siempre y cuando no se vea afectado su núcleo esencial y la restricción responda a criterios de razonabilidad y proporcionalidad además de que no se vean restringidos otros derechos fundamentales, refiere que siempre primará el ejercicio de dichas garantías fundamentales ante la posibilidad que tiene el ente acusador de adelantar sus investigaciones en forma reservada.

En conclusión, el alto tribunal en lo constitucional Colombiano reconoce la importancia que tiene la reserva dentro de ciertas investigaciones judiciales, pero prioriza siempre el derecho constitucional a la defensa y el principio de contradicción.

3.2.3 En la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

La postura que ha tomado la Corte Suprema de Justicia en lo que tiene que ver con el derecho de defensa y de contradicción en las audiencias de carácter reservado en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano, es muy similar a la línea que maneja la Corte Constitucional, ya que ambas Corporaciones le dan altísima relevancia al derecho de defensa y el principio de contradicción.

Constancia de lo anterior, es lo señalado en la sentencia 32.147 del 3 de diciembre de 2009, cuando hace referencia a la posibilidad que tiene el indiciado y su defensor de asistir a cualquier tipo de audiencia reservada, en la cual se traen a

colación argumentos ya esgrimidos por la Corte Constitucional para dejar ver que el permitir la participación del investigado en este tipo de diligencias le asegura ejercer en toda su dimensión los derechos de defensa y contradicción, no solo en aquellas diligencias sino también en etapas posteriores. Señaló la Corte:

Que por lo mismo la participación del indiciado y su defensor si bien resulta posible en la audiencia de revisión de legalidad de las medidas en ellas previstas, aún cuando se practiquen en la etapa de la indagación preliminar, “la audiencia de control de legalidad tiene como propósito específico ejercer un control posterior sobre las diligencias previstas en las normas acusadas, esto es, la revisión formal y material del procedimiento utilizado en la práctica de las medidas de registro y allanamiento, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones, actuación de agentes en cubierta, entrega vigilada de objetos, búsqueda selectiva en base de datos y práctica de exámenes de ADN. Por su intermedio, se busca entonces que el juez de garantías verifique si las citadas medidas respetaron los parámetros constitucionales y legales fijados para su práctica y ejecución, e igualmente, que no hayan desconocido con su proceder garantías fundamentales⁶⁴.

Por eso, permitir la participación del indagado y su apoderado en la audiencia de revisión de legalidad de las medidas de registro y allanamiento, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones, actuación de agentes en cubierta, entrega vigilada de objetos, búsqueda selectiva en base de datos y práctica de exámenes de ADN, cuando éstas se practican en la indagación previa, coadyuva en el propósito de no excluir al indiciado de la facultad legítima de ejercer en toda su dimensión sus derechos de defensa y contradicción, pues una restricción de esa naturaleza podría incidir negativamente en el desarrollo de las etapas subsiguientes del proceso, en desmedro claro de los intereses del procesado⁶⁵.

⁶⁴ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, Sentencia 32.147 del 3 de diciembre de 2009, M.P. Alfredo Gómez Quintero.

⁶⁵ Corte Suprema de Justicia. Sentencia 32.147 de 2009. 3 de diciembre de 2009. M.P. Alfredo Gómez Quintero.

Así mismo, la sentencia 44.042 del 30 de julio de 2014, en lo que tiene que ver con la posibilidad de ejercer el derecho de contradicción aún cuando no se ha adquirido la condición de imputado, es decir, cuando no se ha vinculado al indiciado de manera formal al proceso, refiere:

Es cierto que conforme al artículo 267 del C.P.P./2004 el indiciado puede solicitar audiencias de control de garantías sobre las actuaciones que hayan afectado sus derechos fundamentales. También lo es que su derecho a la defensa se activa desde que el mismo momento en que tenga noticia de una investigación en su contra, aun cuando no haya adquirido la condición de imputado, según lo aclaró la sentencia C-799 de 2005 y que, en tal virtud, si se llegase a enterar que en dicha actuación se realizan diligencias anteriores a la formulación de imputación, tiene el derecho a participar con su defensor si así lo solicita, como bien se explicó en la sentencia C-025 de 2009⁶⁶.

No obstante lo dicho, obsérvese que ni la ley ni el precedente constitucional consagran el derecho del sujeto pasivo de la acción penal a ser citado para audiencias que se realicen en la etapa de la indagación. Lo que sí se le garantiza es la participación en aquéllas cuando conozca de su realización y exponga su interés en comparecer ante el respectivo juez de control de garantías, quien estará obligado a autorizarle la intervención y la de su abogado. Esa sutil distinción fue explicada con meridiana claridad por la Corte Constitucional en la precitada sentencia C-025, en la que, además, enfatizó en la necesidad de la reserva de algunas diligencias como motivo fundante para definir el alcance del derecho a la defensa del indagado en los términos antes expuestos.

(...)Por último, conforme a lo expuesto, queda claro la garantía plena de publicidad de las audiencias preliminares la adquiere la defensa a partir del inicio formal del proceso penal con la formulación de imputación. La sola condición de imputado que, como bien lo señala el artículo 126 del C.P.P./2004, también puede ostentarse a partir de la captura, no marca una diferencia sustancial en relación al alcance del derecho a la defensa que le asiste al indiciado, tal y como se advirtió en la sentencia C-799 de 2005⁶⁷.

⁶⁶ Esta sentencia declaró la exequibilidad del artículo 237 *ibidem* en el entendido que “dentro del respeto a la naturaleza de cada una de las etapas estructurales del procedimiento penal acusatorio, que cuando el indiciado tenga noticia de que en las diligencias practicadas en la etapa de indagación anterior a la formulación de la imputación, se está investigando su participación en la comisión de un hecho punible, el juez de control de garantías debe autorizarle su participación y la de su abogado en la audiencia posterior de control de legalidad de tales diligencias, si así lo solicita.”

⁶⁷ Indicó la Corte “No es de relevancia para el ordenamiento Constitucional el nombre que jurídicamente se le otorgue a una persona al interior de una investigación o de un proceso penal. Lo trascendente acá, es que a dicha persona no se le apliquen excepciones temporales al ejercicio de su derecho de defensa, pues ella en cualquier etapa pre o procesal puede hacer uso del ejercicio constitucional a defenderse.”

Claro está, la etapa procesal o preprocesal por la que transite la investigación determina oportunidades y cauces legales propios en los cuales se ejercita el derecho fundamental⁶⁸.

Ahora, respecto del principio de publicidad y la importancia que tiene éste en cuanto a la protección de los derechos de defensa y contradicción, en sentencia 20.889 del 19 de agosto de 2015, adujo:

El principio de publicidad, de una parte, en armonía con el artículo 29 de la Constitución Política, está relacionado en materia penal con el debido proceso y ampara los derechos de defensa, de contradicción y de impugnación. De otro lado, según el artículo 64 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia -concordante con los artículos 74 y 228 de la Constitución—, le impone a los Jueces el deber “de comunicar y divulgar a la opinión pública o a la comunidad en general, el contenido y los efectos de sus decisiones, salvo en aquellos casos en los cuales exista reserva legal” (Corte Constitucional, Sent. C 641/2002).

Esa segunda expresión del principio de publicidad, según lo expresó el Tribunal Constitucional en la anterior sentencia, constituye “un presupuesto de eficacia” de la función judicial y “un mecanismo para propender por la efectividad de la democracia participativa”. Más allá de la trascendencia que para las partes adquiere en el proceso la aplicación efectiva del principio, éste “persigue el logro de una finalidad de interés público”. Dota a la sociedad de “un medio para preservar la transparencia y razonabilidad de las decisiones judiciales, a menos que dichas actuaciones se encuentren sometidas a reserva”⁶⁹.

En igual sentido, en decisión reciente, el alto tribunal en sentencia 46.589 de 2016, refirió los deberes que tiene el ente acusador desde la etapa de indagación a efectos de velar por el respeto del derecho de defensa y contradicción, al respecto señaló la Corte:

⁶⁸ Corte Suprema de Justicia. Sentencia 44.042 del 30 de julio de 2014. M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández.

⁶⁹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia 20.889 de 2015. 19 de agosto de 2015. M.P. Patricia Salazar Cuellar.

En el Libro II del Código de Procedimiento Penal de 2004, están contenidas actividades de indagación e investigación, tanto para la Fiscalía como para la defensa. El Título I refiere la forma en que la Fiscalía realiza la indagación y la investigación, de manera que el Capítulo I enuncia los órganos de indagación e investigación (artículos 200 al 212 A), el Capítulo II relaciona las actuaciones que no requieren autorización judicial previa (artículos 213 a 245), el Capítulo III, a su turno, consagra las actuaciones que requieren autorización judicial previa para su realización (artículos 246 a 250), el Capítulo IV se ocupa de los métodos de identificación (artículos 251 a 253); y, el V está orientado a regular la cadena de custodia (artículos 254 a 266).

El Capítulo VI relaciona las facultades mediante las cuales se puede ejercer, de una manera amplia, el derecho de defensa (artículos 267 a 274), el cual ha de entenderse integrado con el contenido de los artículos 8º, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124 y 125, entre varios más.

No se discute el derecho que le asiste a quien ostenta la condición de indiciado de ejercer el derecho de defensa desde el mismo momento en el cual **tenga noticia de la existencia de una indagación en su contra, lo cual significa que el juez de control de garantías debe autorizar su participación, si así lo solicita (sentencia C-025 de 2009).**

Igualmente, por razones de lealtad, igualdad de armas y garantía del derecho de defensa –intemporal- (artículos 8º, 119 y 267 de la Ley 906 de 2004 en armonía con las sentencias C- 799 de 2005, C-210 de 2007 y C-025 de 2007), la Fiscalía está en el deber de: (i) informar al indiciado, que ya ha sido individualizado, acerca del adelantamiento de la indagación preliminar, -sin que ello se extienda a la comunicación de las labores investigativas que la Fiscalía pretende realizar, por razones obvias de eficacia garantizadas en gran medida por el factor sorpresa que las caracteriza- y (ii) formular la imputación, una vez satisfechos integralmente los fines de la indagación dentro del término establecido en la ley.⁷⁰

⁷⁰ Corte Suprema de Justicia. Sentencia 46.589 de 2016. 16 de marzo de 2016. M.P. José Leonidas Bustos Martínez.

3.3 CAPÍTULO TRES. EL DERECHO DE CONTRADICCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

3.3.1 El derecho de contradicción y la reserva en las audiencias penales en Perú

En el contexto peruano, el principio de contradicción se encuentra garantizado constitucionalmente por lo dispuesto en los artículos 2º numeral 2º y 139 numeral 14, los cuales disponen:

“Art. 2º numeral 2; A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole. (...)
Art. 139º numeral 14; El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. (...)”⁷¹

Su ulterior desarrollo legal para el ámbito procesal penal se puede ver en los artículos I del Título preliminar, numeral 2º: *“toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral, público y contradictorio...”* y art. 356º *“Principios del Juicio: “...rigen especialmente la oralidad, la publicidad, la inmediación y la contradicción en la actuación probatoria”*⁷².

Como lo refiere Giammpol Taboada en “El Principio contradictorio en el proceso penal”, *el juicio debe entenderse en su acepción genérica incluyendo las fases de investigación, discusión y resolución del conflicto jurídico penal. Cambia así la acepción restringida del juicio entendido sólo como una de las etapas del proceso que precede a la investigación y la etapa intermedia*⁷³.

⁷¹ Constitución Política del Perú. 1993.

⁷² Código Procesal Penal de Perú (Decreto Legislativo 957 de 2004).

⁷³ Taboada Pilco, Giammpol. El principio contradictorio en el proceso penal. Instituto de ciencia procesal penal. 2004. Pág. 1.

Asimismo, el autor propone ampliar también la forma clásica de entender el principio de contradicción, la cual se reducía al derecho a la defensa, para entenderse ahora, además, como un método de búsqueda de la verdad en el proceso penal. Dicha afirmación cobra particular importancia al compararse el Código de Procedimiento Penal (CPP) de 1940 y el CPP de 2004 que rige actualmente en el Perú.

En ese orden de ideas, la contradicción como derecho aparece como la posibilidad que tienen las partes involucradas (acusación y defensa) en el proceso penal de conocer y refutar la contraprueba. Esto implica una igualdad ante la ley procesal que le permite a las partes contar con las mismas posibilidades para convencer al juzgador. De esta manera el imputado conoce de qué se le acusa, cuáles son las pruebas y participa en la formación (búsqueda de fuentes de prueba) y control de las mismas.

Si bien es el fiscal quien, por dirigir la investigación, tiene mayor control en la formación de la prueba, según el art. 337, numeral 4º y el art. 338, numeral 1º del CPP peruano, el imputado puede solicitar su participación y asistir las diligencias que considere pertinentes para esclarecer los hechos durante la etapa de investigación. Es así como se garantiza el ejercicio del derecho de contradicción en todo momento y grado del procedimiento:

Art. 337 numeral 4: Durante la investigación, tanto el imputado como los demás intervinientes podrán solicitar al Fiscal todas aquellas diligencias que consideraren pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos. El Fiscal ordenará que se lleven a efecto aquellas que estimare.

Art. 338 numeral 1: El fiscal podrá permitir la asistencia de los sujetos procesales en las diligencias que deba realizar, salvo las excepciones previstas por la Ley. Esta participación está condicionada a su utilidad para el esclarecimiento de los hechos, a que no ocasione perjuicio al éxito de la Investigación o a que no impida una pronta y regular actuación⁷⁴.

⁷⁴ Código de Procedimiento Penal de Perú (Decreto Legislativo 957 de 2004).

Ahora bien, de acuerdo con Taboada la contradicción va directamente ligada a la verdad durante el proceso penal; esto es lo que el autor llama “entender el derecho de contradicción como método”. Dicho derecho al garantizar una igualdad ante la ley y el derecho de no ser privado de la defensa en ningún momento del proceso, garantiza a su vez un juicio más transparente porque, teniendo la intervención de las dos partes en el proceso, se puede hacer una reconstrucción objetiva de los hechos, dando la posibilidad al acusador y al imputado de criticar, controlar, refutar y cambiar las conjeturas ensayadas. El juez quedaría así en una posición más neutra para decidir, al poder acceder al conocimiento de la verdad confrontando la hipótesis acusatoria con la hipótesis de la defensa, sin caer en el error de tender sólo a verificar la primera.

En el CPP de 1940, eminentemente inquisitivo, el derecho de contradicción estaba ausente. En este CPP había una escasa o nula participación de la defensa en la formación de la prueba (confesión por tortura o intimidación, reglas de prueba legal, pruebas de oficio, interrogatorio del tribunal) y la tarea del juez era casi que la de buscar elementos que corroboraran y defendieran la hipótesis de la parte acusadora. Aún sin la posibilidad de participación de la defensa, el juez era considerado imparcial y portador de una “verdad absoluta”. Sin existir separación de funciones, era el juez quien producía las pruebas de cargo y descargo para luego buscar elementos que las corroboraran, asumiéndose con ello una posición dogmática y pseudo-científica.

“...el juez instructor asume como hipótesis oficial y única la teoría del caso de la parte acusadora expuesta en la formalización de la denuncia fiscal, que servía de sustento fáctico y normativo al auto apertorio de instrucción, tendiendo en adelante la investigación a su sola verificación⁷⁵”

Ahora, en el CPP de 2004, que propugna un sistema acusatorio-garantista, se establece la diferencia entre pruebas de cargo y descargo, pasando del principio de autoridad al principio dialéctico en el cual la formación de la prueba es

⁷⁵ Ídem., p. 71.

función de las partes y controlada por el juez imparcial (separación de funciones). En este caso, la sanción penal sólo podrá aplicarse después que la hipótesis acusatoria haya sido sometida al contradictorio y se compruebe que está basada en la verdad del hecho contenido en ella. Así, en el modelo acusatorio -que aplica la lógica falsacionista-, la hipótesis acusatoria sólo será una conjetura que deberá ser confrontada con la hipótesis de la defensa y está sujeta a refutación y confirmación por elementos probatorios (aunque es la hipótesis acusatoria y no la de la defensa la que requiere mayor grado de confirmación). No obstante, el juez queda en posición de asumir una actitud más crítica, científica y neutra bien sea para condenar, absolver o sobreseer, apoyándose en el exhaustivo control que se tiene sobre la actividad probatoria del cargo y el derecho de contradicción, que obliga a confrontar y refutar la hipótesis acusatoria del fiscal desde la apertura del juicio, con la hipótesis exculpatoria de la defensa.

3.3.1.1 Imputación, intimación y derecho de audiencia

Como ya se mencionó, el derecho de contradicción es el que tienen las partes a tomar conocimiento de los actos procesales realizados durante el proceso penal y de esta forma hacer valer sus pretensiones, ejercer su derecho a la defensa y sentar su posición. Todo esto bajo las garantías del debido proceso. De esta manera, la contradicción exige la imputación, la intimación y el derecho de audiencia.

“Para que el imputado pueda defenderse es imprescindible la imputación, la cual importa una relación clara, precisa y circunstanciada de un delito formulado por el Ministerio Público. Esta imputación debe ser conocida por el procesado – que es lo que se denomina intimación- quien además debe tener el derecho de audiencia. Una necesidad de justicia apremiante es que nadie sea condenado sin ser oído y vencido en juicio⁷⁶”.

⁷⁶ Quiroz Santaya, Carol Elisa. El principio de contradicción en el proceso penal Peruano. Revista jurídica de Cajamarca. año IV, N° 10. 2003.

Además de lo enunciado y con relación al imputado, el derecho de contradicción implica el respeto de su integridad corporal, el rechazo a los tormentos y actos interrogatorios que conlleven al error, el derecho a ser oído previamente al pronunciamiento del órgano jurisdiccional (tanto en la sentencia como en las decisiones interlocutorias durante el procedimiento) y la posibilidad de renunciar voluntariamente a declarar.

3.3.1.2 La Reserva

El derecho de contradicción se desarrolla entonces en la medida que se le permite al procesado intervenir en la audiencia, a través de su defensor o personalmente, para que se le escuche, no sólo a éste sino a los demás sujetos procesales a lo largo de las audiencias realizar.

Dicha intervención implica necesariamente la solicitud y práctica de las pruebas que cualquiera de las partes pretenda hacer valer para probar la culpabilidad o inocencia del procesado, asimismo estas deben ser conocidas por ambas y controvertidas dentro del juicio.

Sin embargo, la reserva aparece en la etapa de investigación y está estipulada en el artículo 324, numerales 1, 2 y 3 del Código de Procedimiento Penal:

Artículo 324.

1. La investigación tiene carácter reservado. Sólo podrán enterarse de su contenido las partes de manera directa o a través de sus abogados debidamente acreditados en autos. En cualquier momento pueden obtener copia simple de las actuaciones.
2. El Fiscal puede ordenar que alguna actuación o documento se mantenga en secreto por un tiempo no mayor a veinte días, prorrogables por el Juez de la Investigación Preparatoria por un plazo no mayor de veinte días, cuando su conocimiento pueda dificultar el éxito de la investigación. La Disposición del Fiscal que declara el secreto se notificará a las partes

3. Las copias que se obtengan son para uso de la defensa. El Abogado que las reciba está obligado a mantener la reserva de Ley, bajo responsabilidad disciplinaria. Si reincidiera se notificará al patrocinado para que lo sustituya en el término de dos días de notificado. Si no lo hiciera, se nombrará uno de oficio⁷⁷.

He aquí entonces cómo el principio de publicidad no es absoluto, dado el carácter reservado de la investigación, en tanto que, los procedimientos realizados tendientes a proferir o no una acusación y el recaudo de material probatorio pertinente, se realiza sin la presencia del imputado tal y como allí se dispone.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que se le permite tener al defensor conocimiento de dichas actuaciones, por lo tanto, puede deducirse que, hay presencia de una defensa bien sea que se haya vinculado a una persona determinada o no para que represente sus intereses, además de esto, todos los elementos probatorios recaudados serán conocidos y controvertidos en el juicio, lo cual implica que el derecho de contradicción, en un sentido restringido, no se encontraría violado, y además se lo puede desligar, como ya se vio del principio de publicidad.

La restricción impuesta por este Código, es apenas obvia, pues el ente acusador actuando a través de medios legítimos de los cuales tiene conocimiento un juez, pretende llevar a cabo una instrucción para involucrar procesalmente a individuos que presuntamente han cometido una actividad delictiva.

Temiendo que la actividad investigativa pueda verse comprometida, y por ende haya impunidad, se presenta dicha reserva, bien se sabe que tratándose de actividades de crimen organizado o incluso de cualquier ciudadano, podría interferirse a través de mecanismos legítimos y no legítimos para que la

⁷⁷ Código de Procedimiento Penal de Perú (Decreto Legislativo 957 de 2004).

investigación en su contra tan siquiera se produzca o derive posteriormente en una vinculación formal al proceso.

Sin embargo la reserva tampoco es absoluta para el Ministerio Público (en Colombia la Fiscalía), primero porque quien dispone del término de la reserva es un Juez de la República y segundo, porque la defensa tendrá conocimiento de dichas actuaciones posteriormente en sede de juicio.

Se limita momentáneamente el derecho de publicidad porque ya en juicio va ser controvertida. En la parte de la instrucción criminal es absurdo decir que hay violación al principio de contradicción. Para el ente acusador la reserva tiene un límite de veinte días y en caso de requerirse más tiempo, la reserva tampoco es absoluta porque el fiscal no decide sobre la reserva sino el juez.

3.3.2 El derecho de contradicción y la reserva en las audiencias penales en México

La constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dispone en su artículo 20, “El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción concentración, continuidad e inmediación”⁷⁸.

3.3.2.1 Derecho de contradicción

A continuación, el mismo artículo 20, inciso A, numeral VI precisa:

Ningún juzgador podrá tratar asuntos que estén sujetos a proceso con cualquiera de las partes sin que esté presente la otra, respetando en todo momento el principio de contradicción, salvo las excepciones que establece esta constitución⁷⁹.

⁷⁸ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 1917.

⁷⁹ Óp. Cit.

En vista que en México rige un sistema penal acusatorio, es posible afirmar que, al igual que en Perú, sobre el derecho de contradicción descansan y giran los demás principios del sistema. Esta afirmación es posible, ya que dicho derecho está íntimamente relacionado con el debido proceso y la igualdad procesal, como afirma la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en Opinión consultiva OC-16/99: “117. *En opinión de esta Corte, para que exista debido proceso legal es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables*”⁸⁰.

Esto implica garantizar el derecho a controvertir las pruebas de la contraparte además de sus argumentos, lo cual involucra también el derecho de las partes a escucharse en todo momento, para apoyar o rebatir las peticiones, alegatos y/o tesis expuestas.

En la nueva legislación procesal penal mexicana, el derecho de contradicción se ha incorporado como principio rector. Léase el artículo 6º del Código Nacional de Procedimientos Penales (en adelante, CNPP), “*Principio de contradicción: Las partes podrán conocer, controvertir o confrontar los medios de prueba, así como oponerse a las peticiones y alegatos de la otra parte...*”⁸¹.

Más adelante, dicho derecho se encuentra regulado en el mismo CNPP, sección III, “*Disposiciones generales del interrogatorio y contrainterrogatorio*”.

Art. 372. Desarrollo de interrogatorio.

Otorgada la protesta y realizada su identificación, el juzgador que presida la audiencia de juicio concederá la palabra a la parte que propuso el testigo, perito o al acusado para que lo interrogue, y con posterioridad a los demás

⁸⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. “*El Derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*”.

⁸¹ Código Nacional de Procedimientos Penales de 2013. Promulgado el 17 de julio de 2013. Nuevo Código publicado en el Diario Oficial de la Federación el 5 de marzo de 2014. México.

sujetos que intervienen en el proceso, respetándose siempre el orden asignado. La parte contraria podrá inmediatamente después conainterrogar al testigo, perito o al acusado⁸².

Se manifiesta también en el art. 377 cuando se otorga el derecho al imputado de ser oído, ya sea para aclarar o complementar su declaración. En todo caso, puede el acusado decidir no declarar en juicio, sin que ninguna declaración previa que haya hecho pueda ser incorporada en éste como prueba (art. 378).

Es importante señalar además, que el principio de contradicción se revela en los alegatos de apertura y clausura estipulados en los Art. 394 y 399, respectivamente, del CNPP:

Artículo 394. Una vez abierto el debate, el juzgador que presida la audiencia de juicio concederá la palabra al Ministerio Público para que exponga de manera concreta y oral la acusación y una descripción sumaria de las pruebas que utilizará para demostrarla. Acto seguido se concederá la palabra al Asesor jurídico de la víctima u ofendido, si lo hubiere, para los mismos efectos. Posteriormente se ofrecerá la palabra al Defensor, quien podrá expresar lo que al interés del imputado convenga en forma concreta y oral.

Artículo 399. Concluido el desahogo de las pruebas, el juzgador que preside la audiencia de juicio otorgará sucesivamente la palabra al Ministerio Público, al Asesor jurídico de la víctima u ofendido del delito y al Defensor, para que expongan sus alegatos de clausura. Acto seguido, se otorgará al Ministerio Público y al Defensor la posibilidad de replicar y duplicar. La réplica sólo podrá referirse a lo expresado por el Defensor en su alegato de clausura y la réplica a lo expresado por el Ministerio Público o a la víctima u ofendido del delito en la réplica. Se otorgará la palabra por último al acusado y al final se declarará cerrado el debate⁸³.

Así, para garantizar el respeto del derecho de contradicción y de acuerdo con lo planteado por Zurita González en *“El principio de contradicción en el sistema procesal acusatorio- adversarial”*, es de vital importancia la responsabilidad del juez no sólo en la dirección de la audiencia, sino también en el manejo correcto de

⁸² Óp. Cit.

⁸³ Óp. Cit.

las técnicas de litigación de juicio oral. Esto garantiza a cada una de las partes la posibilidad de refutar la teoría de su contraparte.

“Los jueces deben poseer el talento y habilidad suficientes para conducir las audiencias de modo que las intervenciones de las partes se realicen conforme a las técnicas de litigación de juicio oral, como lo son las reglas para formular preguntas en juicio, la introducción de la prueba, la lectura para apoyo de memoria o para demostrar contradicción, cuestiones todas previstas en el Código Nacional de Procedimientos Penales⁸⁴”

Tratados internacionales ratificados por México que afirman el derecho de contradicción

- **Convención Americana sobre Derechos Humanos. “Pacto de San José de Costa Rica”.** Art. 8.2, f *“Derecho de la defensa a interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”*⁸⁵

- **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:** Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU) en resolución N° 2200, el 16 de diciembre de 1966. El principio de contradicción es contemplado en su art. 14.3 e, contempla *“...a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo”*⁸⁶

- **Convención sobre los Derechos del Niño:** Adoptada por la Asamblea General de la ONU, en su resolución N° 44/25 de 20 de noviembre de 1989, art. 40.2.b, IV *“Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y a*

⁸⁴ Zurita González, Israel. “El principio de contradicción en el sistema procesal acusatorio-adversarial”. En: El juicio oral penal. Oaxaca, 2008. Pág. 12

⁸⁵ Convención Americana Sobre Derechos Humanos. (Pacto de San José). San José de Costa Rica. 7 al 22 de noviembre de 1969.

⁸⁶ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Organización de las Naciones Unidas. 1966.

*obtener la participación y el interrogatorio de testigos de cargo en condiciones de igualdad*⁸⁷

A raíz de lo expuesto, los jueces tienen el deber de actuar de manera neutra e imparcial, coordinando las audiencias y garantizando la participación de todos los intervinientes en condiciones de igualdad, diferente a las posibilidades dadas con un sistema arbitrario, parcial y autoritario como lo era el inquisitivo.

3.3.2.2 Excepciones al derecho de contradicción

Existen algunas restricciones al derecho de contradicción, principalmente durante la etapa de investigación. Este tema se abordará más adelante en el apartado del principio de publicidad, puesto que ambos principios están relacionados en tanto a las restricciones se refiere. No obstante, podrían nombrarse algunas restricciones en el CNPP al derecho de contradicción, durante el juicio oral:

Artículo 386. Excepción para la incorporación por lectura de declaraciones anteriores

Podrán incorporarse al juicio, previa lectura o reproducción, los registros en que consten anteriores declaraciones o informes de testigos, peritos o acusados, únicamente en los siguientes casos:

- I. El testigo o coimputado haya fallecido, presente un trastorno mental transitorio o permanente o haya perdido la capacidad para declarar en juicio y, por esa razón, no hubiese sido posible solicitar su desahogo anticipado, o
- II. Cuando la incomparecencia de los testigos, peritos o coimputados, fuere atribuible al acusado.

Cualquiera de estas circunstancias deberá ser debidamente acreditada⁸⁸.

Otra restricción podría encontrarse en el art. 376 del citado Código, que permite durante el interrogatorio y contrainterrogatoria, la lectura parcial de

⁸⁷ Convención sobre los Derechos del Niño. Organización de las Naciones Unidas. 1989.

⁸⁸ Código Nacional de Procedimientos Penales de 2013. Promulgado el 17 de julio de 2013. Nuevo Código publicado en el Diario Oficial de la Federación el 5 de marzo de 2014. México.

registros que contengan declaraciones del acusado o testigos prestadas en etapa preliminar, cuando fuere necesario para auxiliar su memoria, demostrar o superar contradicciones, y sólo a fin de solicitar las aclaraciones pertinentes. Se aclara además que con el mismo fin, es posible *“leer durante la declaración de un perito parte del informe que él hubiere elaborado”*⁸⁹

3.3.2.3 Principio de publicidad

A diferencia del derecho inquisitivo, que se caracterizaba por el secreto de sus actuaciones, en el proceso acusatorio rigen los principios de publicidad y oralidad. Se plantean dos ámbitos en los que aplica el principio de publicidad:

- Entre las partes: protegiendo así el derecho de defensa, equidad y contradicción, esto es, quién acusa y de qué, cuáles son las pruebas, etc.
- El acceso de terceros en las actuaciones procesales: Entre éstos se encuentra la función jurisdiccional (jurados) y la sala de audiencia. En este caso, el principio de publicidad garantiza a las partes un control público sobre la justicia y mantiene la confianza de la comunidad en los tribunales.

Como se leyó en los primeros segmentos de este apartado, el principio de publicidad es otro de los que rigen el proceso penal acusatorio mexicano. A continuación, su desarrollo constitucional, expuesto en el art. 20, apartado B “De los derechos de toda persona imputada”, numerales V y VI:

“V. Será juzgado en audiencia pública por un juez o tribunal. La publicidad sólo podrá restringirse en los casos de excepción que determine la ley, por razones de seguridad nacional, seguridad pública, protección de las víctimas, testigos y menores, cuando se ponga en riesgo la revelación de datos legalmente

⁸⁹ Zurita González, Israel. El principio de contradicción en el sistema procesal acusatorio-adversarial. En: El juicio oral penal. Oaxaca. 2008. Pág. 6.

protegidos, o cuando el tribunal estime que existen razones fundadas para justificarlo.

En delincuencia organizada, las actuaciones realizadas en la fase de investigación podrán tener valor probatorio, cuando no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para testigos o víctimas. Lo anterior sin perjuicio del derecho del inculpado de objetarlas o impugnarlas y aportar pruebas en contra

VI. Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso. El imputado y su defensor tendrán acceso a los registros de la investigación cuando el primero se encuentre detenido y cuando pretenda recibírsele declaración o entrevistarlo. Asimismo, antes de su primera comparecencia ante juez podrán consultar dichos registros, con la oportunidad debida para preparar la defensa. A partir de este momento no podrán mantenerse en reserva las actuaciones de la investigación, salvo los casos excepcionales expresamente señalados en la ley cuando ello sea imprescindible para salvaguardar el éxito de la investigación y siempre que sean oportunamente revelados para no afectar el derecho de defensa⁹⁰.

Lo anterior plantea un conflicto en cuanto al acceso a la información en los procedimientos de averiguación previa, debido a las restricciones informativas (bien sean por razones de interés público o derechos de los particulares involucrados en la investigación). Es decir, hay una tensión entre el acceso a la información -acorde con el principio de publicidad- y las normas penales que excluyen de la averiguación previa a personas ajenas al procedimiento. Al respecto se encuentran diferentes posiciones:

1. Quienes defienden la limitación de información en el ámbito penal argumentan que con estas medidas a) se defiende el interés de la justicia, que implica evitar las interferencias en la aplicación de la misma, para garantizar al imputado un proceso justo e imparcial; b) se garantiza la eficacia en la investigación criminal y c) se protegen los derechos de las víctimas del delito, de los menores de edad, y del inculpado al buen nombre, a la intimidad y a la presunción de inocencia.

⁹⁰ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 1917.

En todo caso, *“hay cierto consenso en autorizar limitaciones a estas libertades en las etapas preliminares del procedimiento penal (como la investigación policial o durante la preparación de la acusación) y hacer excepcional su restricción ya durante el proceso penal propiamente dicho”*⁹¹.

2. Quienes están a favor del interés público en las indagaciones preliminares algunas veces son las mismas autoridades policiales o fiscalías quienes ven en este interés la oportunidad de divulgar avances preliminares de sus investigaciones mostrando a la sociedad su capacidad de respuesta. Por otro lado, la publicidad favorece la posibilidad de ejercer control social, persuadiendo a los individuos de no infringir las normas.

Así pues, los conflictos de reglas y colisiones de principios que plantean estos dilemas a las instancias responsables de aplicar las leyes y salvaguardar derechos, implican ponderar principios, derechos e intereses en juego para resolver dichas tensiones. Muchas veces lo que se hace es tomar como referentes resoluciones y precedentes de los órganos de aplicación de la ley.

Cabe decir que, en países que tienen antecedentes de sistemas procesales inquisitivos, el interés público en la represión del delito puede desplazar otros intereses legítimos, bien sean éstos públicos o privados. Igual sucede en países con problemas de crimen organizado. Para ciertos delitos en Argentina, las propias partes pueden dejar de tener acceso por horas al proceso, en Chile y España por días y en México, sólo se restringe el derecho de acceso a la información.

⁹¹ Zepeda, Guillermo. Principio de publicidad y derecho a la información en la averiguación previa en México. Documento de trabajo elaborado para el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública. México. 2006. Pág. 74.

Por otro lado, aclarar que la limitación de información argumentada en la defensa del “interés de justicia” y el “derecho a un juicio imparcial”, no es aplicable a todos los países. Por ejemplo,

(...) países con fortaleza institucional en la independencia de sus jueces, dan mayor peso al derecho a la información, considerando que los juzgadores como profesionales del derecho no deben ser influenciados por la opinión pública... [caso Inglaterra y Estados Unidos]... [y] en países que confían menos en sus jueces, los fallos de las cortes supremas o las disposiciones legales suelen apoyar el secreto en algunas etapas del proceso para blindar a los juzgadores de la lluvia de declaraciones en los medios y de la politización de los asuntos, en detrimento de la publicidad o del Derecho a la Información (...)⁹².

El reto principal en la ejecución del principio de publicidad es fijar su real sentido y alcance en la práctica de los órganos jurisdiccionales. El juez tiene la responsabilidad en las audiencias de determinar los casos en que aplican las restricciones al principio, siendo prudente de no limitar (“fuera de los presupuestos permitidos”) el derecho a la información de la sociedad, de la víctima y del imputado.

Asimismo, el Código Nacional de Procedimientos Penales de México, en su artículo 55 faculta al juzgador para que en casos excepcionales limite el acceso a alguna persona a la sala de audiencias, y en su artículo 64, numerales 1 al 6, para que resuelva desarrollar la audiencia total o parcialmente a puerta cerrada, siempre que,

Art. 64:

- (I) Pueda afectarse la integridad de alguna de las partes, o de alguna persona citada para participar en la audiencia;
- (II) La seguridad pública o la seguridad nacional puedan verse gravemente afectadas;
- (III) Peligre un secreto oficial, particular, comercial o industrial, cuya revelación indebida sea punible;
- (IV) El órgano jurisdiccional lo estime conveniente;
- (V) Se afecte el interés superior del niño y de la niña, o

⁹² Óp. Cit. Pág. 79.

(VI) Esté previsto en este Código o en otra ley⁹³.

Por otro lado, el acceso a la información, se regula en el CNPP en los Artículos 109, 113 y 129.

“Art. 109 Derechos de la víctima u ofendido, dispone en su numeral XXII: “A tener acceso a los registros de la investigación durante el procedimiento, así como a obtener copia gratuita de éstos, salvo que la información esté sujeta a reserva así determinada por el Órgano jurisdiccional”⁹⁴.

“Art. 113 Derechos del imputado, dispone en su numeral VIII: “A tener acceso él y su defensa a los registros de la investigación, así como a obtener copia gratuita de los mismos, en términos del artículo 217 de este Código”⁹⁵.

“Art. 129 Deber de objetividad y debida diligencia Durante la investigación, tanto el imputado como su Defensor, así como la víctima o el ofendido, podrán solicitar al Ministerio Público todos aquellos actos de investigación que consideraren pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos. El Ministerio Público dentro del plazo de tres días resolverá sobre dicha solicitud. Para tal efecto, podrá disponer que se lleven a cabo las diligencias que se estimen conducentes para efectos de la investigación”⁹⁶.

En todo caso es sólo durante la etapa de investigación que se permite cierta reserva de información a las partes, así el CNPP, refiriéndose a los actos de investigación, es claro en su art. 218:

“El imputado y su Defensor podrán tener acceso a ellos cuando se encuentre detenido, o sea citado para comparecer como imputado, y se pretenda recibir su entrevista. A partir de este momento ya no podrán mantenerse en reserva los registros para no afectar el derecho de defensa del imputado”⁹⁷.

Finalmente, se evidencia:

“Art. 220 Excepciones para el acceso a la información
El Ministerio Público podrá solicitar excepcionalmente al Juez de control que determinada información se mantenga bajo reserva aún después de la

⁹³ Código Nacional de Procedimientos Penales de 2013. Promulgado el 17 de julio de 2013. Nuevo Código publicado en el Diario Oficial de la Federación el 5 de marzo de 2014. México.

⁹⁴ Óp. Cit.

⁹⁵ Óp. Cit.

⁹⁶ Óp. Cit.

⁹⁷ Óp. Cit.

vinculación a proceso, cuando sea necesario para evitar la destrucción, alteración u ocultamiento de pruebas, la intimidación, amenaza o influencia a los testigos del hecho, para asegurar el éxito de la investigación, o para garantizar la protección de personas o bienes jurídicos.

Si el Juez de control considera procedente la solicitud, así lo resolverá y determinará el plazo de la reserva, siempre que la información que se solicita sea reservada, sea oportunamente revelada para no afectar el derecho de defensa. La reserva podrá ser prorrogada cuando sea estrictamente necesario, pero no podrá prolongarse hasta después de la formulación de la acusación⁹⁸.

3.3.3 El derecho de contradicción y la reserva en las audiencias penales en Chile

Al igual que ocurre en los sistemas procesales contemporáneos, Chile adopta el derecho de contradicción, entendido como parte fundamental del derecho a la defensa y como derecho general de las partes, al incluirse dentro del debido proceso que establece que el juicio debe ser al menos, público, oral y contradictorio. El derecho de contradicción se considera como el instrumento técnico eficaz para garantizar la aplicación del derecho objetivo.

Esto en tanto en el país ya no rige el sistema inquisitivo y lo que se busca ahora es el enfrentamiento entre las partes en igualdad de condiciones ante un tercero imparcial. Tanto el acusador como el imputado tienen la posibilidad de ser oídos, ingresar pruebas, controlar su actividad jurisdiccional y de la contraria y refutar argumentos que puedan perjudicarlos.

⁹⁸ Óp. Cit.

3.3.3.1 El derecho a confrontación o principio de contradictoriedad en Chile: su reconocimiento jurídico

En el ámbito del debido proceso penal, *el derecho a confrontación*⁹⁹, puede entenderse como el derecho de los acusados a defenderse, teniendo la oportunidad de interrogar a los testigos y peritos que aportarán información que los perjudica y con ello, la posibilidad de controvertir dicha información. En términos generales, el derecho a confrontación tiene dos funciones, la una atañe más al individuo y la otra a la credibilidad y confianza puesta en la institución.

La primera, que atañe al individuo, permite que el acusado tenga participación activa en el caso y se le consideren sus puntos de vista, influyendo en el proceso de formación de la prueba y en la decisión del tribunal. Al respecto, puede leerse el recurso de nulidad de la Corte Suprema de Chile, Rol 2345-05 del 13 de julio de 2005 “*QUINTO: Que, en otro orden de ideas, el sentenciador incurre en un error al suponer que el derecho de defensa del imputado se salvaguarda simplemente con la facultad que tiene para contrainterrogar a los testigos del querellante en la audiencia de estilo. Su derecho a defensa pasa también por tener la oportunidad y tiempo suficiente para su debida preparación...*”¹⁰⁰.

La segunda función del derecho a confrontación es ofrecer mayor información al juzgador para establecer la verdad y, en esa medida, minimizar la posibilidad del error en la decisión judicial; al escuchar las dos partes, el juez contará con más antecedentes para mejorar la evaluación de la credibilidad de los testigos.

⁹⁹ Se utiliza el concepto “derecho de confrontación” para referirse a lo que se ha conocido en la doctrina chilena como principio o derecho de contradictoriedad. Ver Duce, Mauricio. “El derecho a la confrontación y uso de las declaraciones emitidas en un juicio previo anulado”. Política Criminal, volumen 9. 2014. Pág. 119.

¹⁰⁰ Ídem., p 92.

De acuerdo con Gandulfo, el principio de contradictoriedad constituye el debate y el desarrollo de la relación procesal en sí. *“El logro de la verdad – protección definitiva de los ciudadanos- es garantizado a través de la libertad y no en un monólogo judicial susceptible de ser afectado por una multiplicidad de influencias, que el juez si actúa bajo el manto del secreto difícilmente las percibiría”*¹⁰¹

Como se ha mencionado antes en este capítulo, en la legislación internacional se encuentra un amplio reconocimiento del derecho a confrontación:

- La Corte Interamericana de Derechos Humanos reitera que se trata de un componente mínimo del debido proceso o del derecho a un juicio justo.
- El artículo 6.3 de Convenio Europeo de Derecho Humanos establece que el acusado de un delito tiene derecho a *“...interrogar o hacer interrogar a testigos que declaren en contra de él”*¹⁰²
- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14.3 letra e, incluye el derecho a confrontación también como parte primordial del debido proceso: toda persona acusada de un delito tiene derecho a *“...interrogar y hacer interrogar los testigos de cargo...”*¹⁰³
- La Convención Americana de Derechos Humanos, art. 8.2, letra f, estipula el derecho de las personas acusadas *“...de interrogar a los testigos presentes en el tribunal”*¹⁰⁴.

¹⁰¹ Gandulfo, Eduardo. Principios del derecho procesal penal en el nuevo sistema de procedimiento chileno. En: Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso N° XX. Valparaíso. 1999. Pág. 448.

¹⁰² Convenio Europeo de Derechos Humanos. Consejo de Europa. 1950.

¹⁰³ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Organización de las Naciones Unidas. 1966.

¹⁰⁴ Convención Americana Sobre Derechos Humanos. (Pacto de San José). San José de Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969.

Puede decirse que, es tal reconocimiento internacional que ha llevado a que la mayoría de los países incorporen dicho derecho de manera explícita y directa dentro de sus constituciones.

La República de Chile, actualmente en proceso constituyente, representa una excepción con su vigente Constitución Política de 1980. Al no ser nombrado constitucionalmente, de manera explícita, ha sido la doctrina y la Corte Suprema las que han reconocido el derecho de confrontación como componente del debido proceso, en virtud del contenido de los artículos 5º y 19 de la Constitución Política de la República de Chile.

Art. 5, inciso 2:

“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes¹⁰⁵”

Por su parte, en el artículo 19 numeral 3, inciso segundo se lee: “*La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos*”¹⁰⁶. Luego, en este mismo artículo, el numeral 3º, inciso 4º, estipula:

Art. 19, numeral 3, inciso 4º:

“Toda sentencia de un órgano que ejerce jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos¹⁰⁷”

Así, y de acuerdo con Mauricio Duce:

“Existe amplio consenso doctrinal y jurisprudencial respecto a que esta cláusula regula al debido proceso en nuestro ordenamiento constitucional y,

¹⁰⁵ Constitución Política de la República de Chile de 1980.

¹⁰⁶ Óp. Cit.

¹⁰⁷ Óp. Cit.

en consecuencia, debiera incluir a una de sus garantías básicas como el derecho a confrontación”¹⁰⁸

Además de las sentencias ya señaladas de la Corte Suprema, puede leerse también la sentencia en causa rol N° 2866-2012 del 17 de junio de 2013, considerando décimo cuarto, la cual señala, como garantía del debido proceso, que lo estipulado en el artículo 19, incluye, entre otros “*el derecho a presentar pruebas de descargo y examinar la prueba de cargo*”¹⁰⁹

3.3.3.2 El Derecho de Contradicción en el Código Procesal Penal de Chile, año 2000

En el CPP chileno, el derecho a confrontación ha sido asociado al derecho de defensa y analizado por la doctrina y la jurisprudencia bajo la noción de “principio de contradicción” o principio contradictorio.

(...) el principio contradictorio garantiza que la producción de las pruebas se hará bajo control de todos los sujetos procesales, con la finalidad que ellos tengan derecho de intervenir en dicha producción, formulando preguntas, observaciones, objeciones, aclaraciones y evaluaciones tanto respecto a la prueba propia como respecto de la de los otros”¹¹⁰

En relación con el juicio oral pueden leerse los artículos 325, 330, 331 y 338 del CPP, que regulan dicho derecho, garantizando a la defensa la posibilidad real de refutar la hipótesis acusatoria.

El principio derecho también es señalado por la jurisprudencia chilena en el considerando vigésimo de la sentencia de la Corte Suprema en causa rol N° 2866-

¹⁰⁸ Duce, Mauricio. “El derecho a confrontación y uso de declaraciones emitidas en un juicio previo anulado”. En: Política criminal, volumen 9, N° 17. Julio de 2014. Pág. 118- 146.

¹⁰⁹ Sentencia en causa rol N° 2866-2012 del 17 de junio de 2013, considerando décimo cuarto. Citado por: Duce, Mauricio. Óp. Cit. Pág. 92.

¹¹⁰ Chahuán, S. 2006. Citado por: Duce, Mauricio. Óp. Cit. Pág. 125.

2012 del 17 de junio de 2013, que se refiere al contradictorio de la siguiente manera:

De este modo, ha de considerarse que el referido principio se manifiesta claramente en el derecho de las partes al contraexamen de los testigos y peritos, lo cual no sólo está reconocido en las disposiciones antes citadas del Código Procesal Penal, sino también en los tratados internacionales vigentes, como ocurre en el artículo 14, N° 3, letra e) del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos y en el artículo 8, n° 2 letra f) de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos¹¹¹.

3.3.3.3 Principio de publicidad y la reserva en el CPP chileno

El principio de publicidad es adoptado dentro de la legislación chilena con el fin de dar transparencia a las actuaciones judiciales. Se evita así la desconfianza y la duda que traen consigo el secreto, al generar la creencia que los fundamentos de dictar una resolución en uno u otro sentido, se ocultan por razones ajenas al proceso.

Este principio “es un mecanismo indispensable... para que la jurisdicción cumpla con las demás funciones que la sociedad le encomienda y refuerza la confianza de la ciudadanía en el sistema jurídico (lo que no se logra con los actos inaccesibles al público o no comprensibles). Busca resaltar la figura del juez como actor del sistema, poniéndolo de cara a la sociedad y asumiendo la responsabilidad del proceso y de juicio mismo, y resalta la externalidad preventiva de la pena”¹¹².

El principio de publicidad se convierte en garantía, tanto para las víctimas y los imputados, como para la sociedad democrática que tiene derecho al conocimiento sobre la forma en que los jueces imparten justicia. La publicidad

¹¹¹ Sentencia de la Corte Suprema en causa rol N° 2866-2012 del 17 de junio de 2013, considerando vigésimo. Citado por: Duce, Mauricio. “El derecho a confrontación y uso de declaraciones emitidas en un juicio previo anulado”. En: Política criminal, volumen 9, N° 17. Julio de 2014. Pág. 118- 146.

¹¹² Gandulfo, Eduardo. “Principios del derecho procesal penal en el nuevo sistema de procedimiento chileno”. En: Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XX (Valparaíso, Chile, 1999). Pág. 453.

para las partes del proceso se relaciona directamente con la contradictoriedad al asegurar al imputado, la víctima y las partes la posibilidad de conocer oportunamente los antecedentes del proceso y prepararse para el juicio.

De acuerdo con el artículo 182 del CPP de Chile se puede decir, por un lado, que la publicidad en las etapas preliminares del proceso puede estar relacionada con el derecho a la defensa: “*el imputado y los demás intervinientes en el procedimiento podrán examinar y obtener copias, a su cargo, de los registros y documentos de la investigación fiscal y podrán examinar los de la investigación policial*”¹¹³; pero por otro lado, en virtud de este mismo artículo, el acceso a la información puede restringirse, incluso para las partes intervinientes en el proceso, generándose un conflicto en lo que respecta a la garantía del principio de publicidad y del principio de contradicción (entendido en su acepción amplia como derecho a la defensa):

Artículo 182.- Secreto de las actuaciones de investigación.

Las actuaciones de investigación realizadas por el ministerio público y por la policía serán secretas para los terceros ajenos al procedimiento...

...El fiscal podrá disponer que determinadas actuaciones, registros o documentos sean mantenidas en secreto respecto del imputado o de los demás intervinientes, cuando lo considerare necesario para la eficacia de la investigación. En tal caso deberá identificar las piezas o actuaciones respectivas, de modo que no se vulnere la reserva y fijar un plazo no superior a cuarenta días para la mantención del secreto.

El imputado o cualquier otro interviniente podrán solicitar del juez de garantía que ponga término al secreto o que lo limite, en cuanto a su duración, a las piezas o actuaciones abarcadas por él, o a las personas a quienes afectare. Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos anteriores, no se podrá decretar el secreto sobre la declaración del imputado o cualquier otra actuación en que hubiere intervenido o tenido derecho a intervenir, las actuaciones en las que participare el tribunal, ni los informes evacuados por peritos, respecto del propio imputado o de su defensor.

¹¹³ Código Procesal Penal de la República de Chile. Ley N° 19696 de 2000.

Los funcionarios que hubieren participado en la investigación y las demás personas que, por cualquier motivo, tuvieran conocimiento de las actuaciones de la investigación estarán obligados a guardar secreto respecto de ellas¹¹⁴.

De igual manera sucede con el artículo 236, que bien puede ser interpretado como una garantía de defensa del “interés de justicia” y de una investigación criminal eficaz que, al mantenerse en secreto, no podrá ser estropeada, o bien puede interpretarse como una afectación de los derechos del afectado:

Artículo 236.- Autorización para practicar diligencias sin conocimiento del afectado.

Las diligencias de investigación que de conformidad al artículo 9º requirieren de autorización judicial previa podrán ser solicitadas por el fiscal aun antes de la formalización de la investigación. Si el fiscal requiriere que ellas se lleven a cabo sin previa comunicación al afectado, el juez autorizará que se proceda en la forma solicitada cuando la gravedad de los hechos o la naturaleza de la diligencia de que se tratare permitieren presumir que dicha circunstancia resulta indispensable para su éxito.

Si con posterioridad a la formalización de la investigación el fiscal solicitare proceder de la forma señalada en el inciso precedente, el juez lo autorizará cuando la reserva resultare estrictamente indispensable para la eficacia de la diligencia¹¹⁵.

Por otro lado, en la etapa del juicio oral, al igual que en otros países, si se ve comprometida la intimidad, el honor o la seguridad de los participantes en juicio, el tribunal deberá tomar medidas restringiendo el principio de publicidad. Es pues, al tribunal a quien corresponde juzgar las correspondientes restricciones a la publicidad de la audiencia, conforme a las circunstancias y ponderación de los intereses en juego.

¹¹⁴ Óp. Cit.

¹¹⁵ Óp. Cit.

3.3.4 El derecho de contradicción y la reserva en las audiencias penales en Puerto Rico

La Constitución del Estado Libre y Asociado de Puerto Rico, al igual que todos los textos constitucionales latinoamericanos, ha reiterado el principio de la igualdad de los gobernados ante la ley, consagrado por el artículo primero de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789¹¹⁶. Este principio ha trascendido al ámbito procesal en varias direcciones, una de las cuales es el contradictorio.

Así, el artículo II, secciones 1, 6 y 11, de la mencionada Constitución, dispone lo siguiente:

Art. II. Carta de Derechos. Sección 1. La dignidad del ser humano es inviolable. Todos los hombres son iguales ante la Ley. No podrá establecerse discrimen alguno por motivo de raza, color, sexo, nacimiento, origen o condición social, ni ideas políticas o religiosas...

Art. II. Sección 6

Se reconoce como derecho fundamental del ser humano el derecho a la vida, a la libertad y al disfrute de la propiedad. No existirá la pena de muerte. Ninguna persona será privada de su libertad o propiedad sin debido proceso de ley, ni se negará a persona alguna en Puerto Rico la igual protección de las leyes. No se aprobarán leyes que menoscaben las obligaciones contractuales. Las leyes determinarán un mínimo de propiedad y pertenencias no sujetas a embargo

Art. II. Sección 11

En todos los procesos criminales, el acusado disfrutará del derecho a un juicio rápido y público, a ser notificado de la naturaleza y causa de la acusación recibiendo copia de la misma, a carearse con los testigos de cargo, a obtener la comparecencia compulsoria de testigos a favor, a tener asistencia de abogado y a gozar de la presunción de inocencia...¹¹⁷

¹¹⁶ De acuerdo con la citada Declaración “los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derecho. Las distinciones sociales no pueden fundarse sino en la utilidad común”. En: Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789.

¹¹⁷ Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico. 1952.

Según lo planteado por Jenny A. Gómez en su tesis "*Derecho a la defensa antes y durante la audiencia de formulación de imputación en el proceso penal en Colombia*"¹¹⁸, puede decirse que dentro del sistema penal de Puerto Rico, existen mayores garantías para el ejercicio del derecho de contradicción incluso durante la etapa previa a la imputación. Usualmente, lo que ocurre en otros países es que, durante la etapa previa a la imputación las partes no tienen conocimiento de la investigación (carácter reservado). Luego, cuando el ente investigador considera tener suficientes elementos probatorios, se prosigue con la formulación de imputación al procesado que precede, por lo general, a la audiencia de medida de aseguramiento. Gómez hace una crítica al carácter reservado de la investigación ya que, cuando se cita a la audiencia de formulación de imputación, no queda tiempo para que la defensa técnica investigue y obtenga material probatorio suficiente; en este caso la defensa se limita casi siempre a revisar si la imputación es adecuada y a presentar las posibilidades que tiene el imputado con la aceptación o no de cargos. En ese sentido, habría un desequilibrio entre la fiscalía y la defensa, afectándose con ello el derecho de contradicción durante la imputación.

En Puerto Rico, en cambio, en las Reglas de Procedimiento Criminal (regla 23) se establece la celebración de una audiencia preliminar a la formulación de imputación (vista preliminar) en la cual las partes adquieren conocimiento de las pruebas que tienen, tanto la parte acusada como la fiscalía:

Regla 23. Vista preliminar.

(a) Cuándo se celebrará. Se celebrará una vista preliminar en aquel caso en que se imputare a una persona un delito grave (felony). En estos casos deberá citársele para esa vista por lo menos cinco (5) días antes de su celebración. En los casos en que se hiciere constar, de acuerdo con la Regla 22(c), que la persona no puede obtener asistencia legal, el magistrado correspondiente le

¹¹⁸ Gómez Gracia, Jenny Alejandra. "Derecho a la defensa antes y durante la audiencia de formulación de imputación en el proceso penal en Colombia". Tesis para la "Especialización en procedimiento penal constitucional y justicia militar" de la Universidad Militar Nueva Granada. Facultad de Derecho. Bogotá D. C. 2015. Director: Jaime Alfonso Cubides Cárdenas. Pág. 52.

nombrará abogado y el nombre de éste se incluirá en la citación para la vista preliminar. El magistrado comunicará dicha vista al abogado...

(c) Procedimiento durante la vista. Si la persona compareciere a la vista preliminar y no renunciare a ella, el magistrado deberá oír la prueba. La persona podrá conainterrogar los testigos en su contra y ofrecer prueba a su favor. El fiscal podrá estar presente en la vista y podrá también interrogar y conainterrogar a todos los testigos y ofrecer otra prueba. Al ser requerido para ello el fiscal pondrá a disposición de la persona las declaraciones juradas que tuviere en su poder de los testigos que haya puesto a declarar en la vista. Si a juicio del magistrado la prueba demostrare que existe causa probable para creer que se ha cometido un delito y que la persona lo cometió, el magistrado detendrá inmediatamente a la persona para que responda por la comisión de un delito ante la sección y sala correspondiente del Tribunal de Primera Instancia; de lo contrario exonerará a la persona y ordenará que sea puesta en libertad¹¹⁹.

Como puede leerse, esta regla garantizaría el ejercicio del contradictorio durante la etapa previa al juicio, manifestado en la práctica del derecho a la defensa de manera transparente y en condiciones de igualdad, lo que implica que ambas partes puedan contradecir en debida forma las pruebas aportadas por su contraparte.

Por otro lado, a razón de lo estipulado en la regla 95, incisos a, b y c se garantiza el acceso del acusado al material de la investigación del Ministerio Fiscal.

Regla 95. DESCUBRIMIENTO DE PRUEBA DEL MINISTERIO FISCAL EN FAVOR DEL ACUSADO. (34 L.P.R.A. Ap. II R 95)

(a) Previa moción del acusado son metida en cualquier momento después de haberse presentado la acusación o denuncia, y dentro del término prescrito para someterla, el tribunal ordenará al Ministerio Fiscal que permita al acusado inspeccionar, copiar o fotocopiar el siguiente material o información que está en posesión, custodia o control del Ministerio Fiscal:

¹¹⁹ Reglas de Procedimiento Criminal. Puerto Rico. Disponible en: <http://www.abogadonotariopr.com/images/reglas.pdf>

- (1) Cualquier declaración jurada que el Ministerio Fiscal tenga del acusado.
- (2) Cualquier declaración jurada de los testigos de cargo que hayan declarado en la vista para determinación de causa probable para el arresto o citación, en la vista preliminar, en el juicio o que fueron renunciados por el Ministerio Fiscal y los récord de convicciones criminales previas de éstos.
- (3) Cualquier resultado o informe de exámenes físicos o mentales y de experimentos o pruebas científicas que sea relevante para preparar adecuadamente la defensa del acusado o que vaya a ser utilizado en el juicio por el Ministerio Fiscal.
- (4) Cualquier libro, papel, documento, fotografía, objeto tangible, estructura o lugar que sea relevante para preparar adecuadamente la defensa del acusado, que el Ministerio Fiscal se propone utilizar en el juicio o que fue obtenido del acusado o perteneciera al acusado.
- (5) El récord de convicciones criminales previas del acusado.
- (6) Cualquier informe preparado por agentes de la Policía en relación con las causas seguidas contra el acusado que sea relevante para preparar adecuadamente la defensa del acusado...
- (b) El Ministerio Fiscal revelará toda aquella evidencia exculpatoria del acusado que tenga en su poder.
- (c) El Ministerio Fiscal deberá informar al tribunal si el material o la información solicitada no se encuentra en su posesión, custodia o control, en cuyo caso el tribunal ordenará a la persona o entidad que la posea, custodie o controle, que la ponga a la disposición del acusado¹²⁰.

Sin embargo, en la cláusula 6ª, del inciso A de esta misma regla, se establecen ciertas condiciones que limitan el acceso del acusado y su defensa a los informes de la Policía en relación con las causas seguidas en su contra.

Regla 95. Inciso a, cláusula 6

...El descubrimiento de esta prueba estará sujeto a las siguientes condiciones:
 (A) Que los objetos, libros, documentos y papeles que el acusado interesa examinar se relacionan o describen con suficiente especificación;
 (B) que no afecte la seguridad del Estado ni las labores investigativas de sus agentes policíacos, y

¹²⁰ Óp. Cit.

(C) que la correspondiente moción del acusado sea presentada con suficiente antelación a la fecha señalada para la celebración del juicio, de manera que no haya innecesarias dilaciones en los procedimientos ni se produzcan molestias indebidas a los funcionarios del Estado¹²¹.

De igual manera sucede con el inciso d, de la citada regla, que pone limitaciones al descubrimiento de la prueba en favor del acusado:

Regla 95. Inciso d.

(d) No estarán sujetos a descubrimiento o inspección de la defensa los escritos de investigación legal, informes, memorandos, correspondencia u otros documentos internos que contengan opiniones, teorías o conclusiones del Ministerio Fiscal. (Enmendada en 1988, ley 58)¹²²

Como puede verse, en Puerto Rico la reserva se mantiene, con el fin de evitar la impunidad, en caso que puedan ser afectadas las labores de investigación. El descubrimiento de la prueba, bien sea en favor del acusado o de la fiscalía puede verse restringida, aplazada o condicionada, en virtud de lo dispuesto en el inciso “c” de la regla 95B:

Regla 95B. Inciso c.

Mediante noción de cualquiera de las partes que esté debidamente fundamentada, el tribunal podrá ordenar que el descubrimiento o inspección sea dirigido, restringido, aplazado o condicionado, así como emitir cualquier orden que estime necesaria. Si el tribunal emite una orden protectora que afecte un escrito, el texto completo del escrito de la parte deberá ser sellado y preservado en el récord del tribunal para que esté disponible al tribunal apelativo en caso de certiorari o apelación.

En los demás casos, conforme a lo dispuesto en el inciso “b” de esta misma regla, el descubrimiento de la prueba en favor del acusado o en favor del Ministerio Fiscal, debe haberse completado en un plazo no mayor de diez días antes del juicio.

¹²¹ Óp. Cit.

¹²² Óp. Cit.

A manera de síntesis

Como se ha observado en este análisis comparado, el derecho de contradicción, como elemento fundamental del derecho de defensa, es ratificado por todos los países aquí estudiados en virtud de cumplir con los tratados internacionales a los cuales se adscriben como Estados: la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño.

Por otro lado, los cuatro países: Perú, México, Chile y Puerto Rico, coinciden en mantener la reserva, por período limitado, durante la etapa de la investigación criminal con la finalidad de no entorpecer la misma y generarse impunidad. En Perú y Chile, este período no puede superar los cuarenta días: Perú establece un período de veinte días, prorrogables por un Juez a otros veinte días como máximo; en Chile el fiscal dispone la reserva por un plazo no superior a cuarenta días, con la posibilidad de que el imputado u otro interviniente soliciten a un juez que ponga término a ésta. En México, un juez de control de garantías es quien define el plazo de la reserva, el cual puede ser prorrogado siempre y cuando la información se revele de manera oportuna para no afectar el derecho a la defensa. En Puerto Rico, máximo diez días antes del juicio deberá haberse concluido el descubrimiento de la prueba.

En lo que respecta al contradictorio, entre los cuatro países analizados, el que más se diferencia de los demás y de lo que sucede en Colombia, es Puerto Rico, al incorporar en el procedimiento las llamadas “vistas previas” que permiten a la parte acusada preparar su defensa y la prueba antes de la formulación de cargos.

Las discusiones que pueden darse en cada caso sobre la actuación procesal particular, queda a la doctrina y la jurisprudencia de cada país, que juzgará y determinará en qué momentos se incumplen el derecho de contradicción y el principio de publicidad, con la consiguiente vulneración de derechos que acarrea dicha inobservancia.

En México y Perú, al igual que en Colombia, las actuaciones procesales referentes al derecho a confrontación, van muy ligadas a los principios constitucionales. En Chile la Constitución resulta obsoleta, por lo que queda a la doctrina analizar cada caso a la luz del “nuevo Código Procesal Penal”; mientras que en Puerto Rico las Reglas de Procedimiento Criminal interaccionan con la Constitución del país y obviamente con la de Estados Unidos.

4. OBJETIVOS

4.1 Objetivo General

Analizar el derecho de contradicción en las audiencias preliminares reservadas en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano.

4.2 Objetivos Específicos

- Describir las audiencias preliminares reservadas en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano.
- Estudiar el derecho de contradicción desde la normativa, la jurisprudencia y la doctrina, en las audiencias preliminares reservadas en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano.
- Identificar en el derecho comparado de Chile, Puerto Rico, México y Perú, la forma como se garantiza el derecho de contradicción en las audiencias preliminares reservadas o sus similares.

5. PROPÓSITO

Esta investigación tuvo como propósito sustentar la importancia que puede tener la posibilidad de contradicción por parte de la defensa dentro de las diferentes audiencias reservadas, realizando propuestas encaminadas a resolver la laguna jurídica aquí vislumbrada para generar un cambio en el pensamiento actual respecto de la reserva de las diligencias jurídico penales.

Se analizó la importancia tanto de la reserva de las audiencias como del derecho de contradicción por parte de la parte investigada, para determinar, luego de realizar un ejercicio de ponderación, cuál de estos conceptos debe tener prevalencia o como se lograría dar respeto y aplicación a cada uno de ellos.

6. HIPÓTESIS

La presente investigación se desarrolló de conformidad con la hipótesis de investigación que a continuación se refiere:

Actualmente existen diligencias judiciales reservadas que comportan un problema jurídico en concreto como lo sería la inexistencia de contradicción en este tipo de audiencias penales.

Así mismo y como ejemplo de ello, se tiene que la audiencia de solicitud de orden de captura del Sistema Penal Acusatorio Colombiano tiene el carácter de reservada, por ende, solo cuenta con la presencia de un delegado de la Fiscalía, quien es el que basado en los elementos materiales probatorios con los que cuenta, presenta su solicitud al Juez de Control de Garantías para que libere la correspondiente orden de aprehensión, y la otra parte es el juez, quien decide librar ó no la orden de captura solicitada.

Ahora, y en lo que respecta a las demás audiencias penales de carácter reservado, si bien en la práctica se tiene claro que el investigado, una vez conoce de la existencia de la investigación adelantada en su contra, tiene el derecho de asistir a cualquier diligencias en la que pueda ver afectado cualquiera de sus derechos; lo cierto es que la regla general es que no asista, y ello ante la concepción que se tiene de que el Juez de Control de Garantías es quien velará por el respeto y protección de sus intereses.

Conforme lo anterior, se puede vislumbrar que en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano no se garantiza a plenitud el derecho de contradicción en las audiencias preliminares de carácter reservado con una consecuente violación del debido proceso constitucional.

7. METODOLOGÍA

7.1 Tipo de Estudio.

El tipo de estudio que se realizó fue Teórico – Analítico; teórico porque se desarrollaron conceptos e hipótesis referentes al problema a investigar a partir de estudios bibliográficos. Además fue analítico porque se descompuso el problema en sus partes o elementos para observar las causas, la naturaleza y los efectos del mismo a fin de llegar a una conclusión o recomendación frente a éste, como en efecto ocurrió.

Así mismo, la investigación tuvo componentes de la investigación documental, puesto que se contó con documentos tales como libros y escritos académicos, además de jurisprudencia que ha tratado el tema objeto de estudio.

7.2 Población.

La población estuvo comprendida por 10 de los Juzgados Penales Municipales con Funciones de Control de Garantías de la ciudad de Medellín.

7.3 Diseño muestral.

Se realizaron entrevistas a 10 Jueces Penales Municipales con Funciones de Control de Garantías de la ciudad de Medellín con las que se pudo determinar su postura respecto del problema jurídico que se trató en la investigación, y que permitieron determinar de qué forma se podría abordar.

7.4 Diseño del plan de Datos

7.4.1 Gestión del Dato.

El dato se consiguió por medio del préstamo interbibliotecario a diferentes universidades de la ciudad como la Universidad de Antioquia, Eafit, Universidad de Envigado y la Universidad de Medellín.

También se realizó un rastreo a través de bases de datos de información relacionada con el derecho de contradicción en relación con la audiencia de solicitud de orden de captura y demás audiencias reservadas.

7.4.2 Obtención del Dato.

Para el desarrollo de esta investigación se acudió a las siguientes fuentes de datos a fin de obtener la información requerida:

Acceso a Bibliotecas.

Se visitaron las bibliotecas de la Universidad de Medellín, Universidad de Antioquia, Universidad de Envigado y Eafit.

Bases de Datos Virtuales.

Se accedió a Bases de Datos Virtuales tanto jurisprudenciales como bibliográficas; teniendo en cuenta el acceso gratuito que se tiene a la Base de Datos de Lexbase.

Otros Métodos.

El dato también se obtuvo de fuentes secundarias, tales como: libros, artículos, entrevistas, sentencias de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, entre otros.

7.4.3 Procesamiento del Dato.

La agrupación de los datos relevantes para esta investigación fue obtenida principalmente por el investigador, y se recolectaron de las fuentes de datos señaladas. El método a utilizar para la recolección de datos fue mediante la lectura y selección de la información relevante para la investigación.

7.4.4 Control de sesgos.

Se realizó la revisión constante del dato obtenido para lograr que la relación entre la pregunta de investigación, la hipótesis y la información recolectada se mantuviera, de tal forma que los resultados fuesen lo más objetivo posible.

Se efectuó el control del sesgo sobre el instrumento sometiéndolo a entrevista de verificación ante el Juez 38 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín.

7.4 Plan de Análisis

Los datos conseguidos en los procesos de gestión y recolección fueron analizados a la luz de los objetivos específicos planteados, para así dar respuesta a ellos y elaborar el marco teórico. Por tal motivo, es que del análisis de la

información recolectada se logró dar respuesta a la pregunta de investigación planteada y alcanzar los objetivos específicos programados.

Así mismo, una vez revisadas y tabuladas las entrevistas recepcionadas a 10 Jueces Penales Municipales con Funciones de Control de Garantías de Medellín, el material bibliográfico y las sentencias de la Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia Colombiana, se procesó toda la información que se obtuvo de la investigación, para desarrollar los objetivos que permitieron formular la hipótesis y así demostrar sus supuestos para finalmente llegar al resultado aquí plasmado.

8. RESULTADOS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

Analizada la normativa interna colombiana, la doctrina nacional y comparada, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, así como la normatividad de varios países con Sistemas Acusatorios similares al Colombiano como lo son Chile, Perú, México y Puerto Rico; se logró constatar como el derecho de defensa y contradicción son de alta relevancia en cualquier sistema jurídico penal y por ende, debe ser objeto de especial protección, incluso ante la reserva de algunas diligencias del Sistema Penal Acusatorio Colombiano.

Se constató como la ley penal Colombiana contempla la reserva de algunas audiencias y diligencias que se realizan dentro del Sistema Penal Acusatorio Colombiano con el fin de velar por el normal desarrollo de la investigación y la protección de las víctimas; y es allí donde se evidenció una posible transgresión al derecho de defensa y contradicción, pues en aquellas no se cuenta con la presencia del investigado ni mucho menos con algún tipo de defensa técnica.

Se evidenció, respecto del problema jurídico planteado, como tanto la doctrina de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional Colombiana, han referido de manera amplia el tema analizado, concluyendo que si bien la reserva de algunas audiencias preliminares reservadas y procedimientos investigativos resulta ser necesaria a efectos de permitirle a la Fiscalía adelantar instigaciones eficaces y que produzcan los resultados esperados, dejan claro que estas finalidades en ningún momento pueden primar sobre principios y derechos fundamentales como los ampliamente referidos, en tanto el indiciado siempre tiene la potestad de ejercer su derecho a la defensa independientemente del momento procesal en que se encuentra el trámite.

Así mismo, se determinó que algo similar acontece en los países en los cuales se ha analizado el tema de las audiencias reservadas y el derecho de

contradicción como elemento integrante del derecho de defensa, toda vez que en cada uno de ellos se contempla la reserva de ciertas audiencias o actuaciones investigativas, sin que esa prerrogativa sea obstáculo al efectivo ejercicio del contradictorio.

Ahora, analizado el manejo que se le viene dando a la reserva de ciertas audiencias penales y el derecho de contradicción que debiese integrar cada una de ellas; en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano se logró evidenciar un sesgo que se viene presentando en el manejo que se le está dando a este tipo de diligencias, en tanto se tiende a pensar que la reserva de las audiencias, el poder investigativo de la Fiscalía General de la Nación y la persecución del delito como finalidad del Estado, se contraponen a la garantía fundamental de contradicción como elemento integrador del derecho de defensa, cuando las altas Cortes han sido enfáticas en señalar que si bien la reserva como mecanismo para lograr un efectivo desarrollo de la investigación es importante, nunca se podrá prescindir del ejercicio del derecho de contradicción que le asiste a la parte investigada so pena de nulidad absoluta, ya que esta es una garantía que contempla tanto la ley como la Constitución.

Se comprobó, conforme las entrevistas realizadas a los jueces Penales Municipales con Funciones de Control de Garantías de Medellín, como el tema de la contradicción en las audiencias penales preliminares de carácter reservado genera gran controversia, si se tiene en cuenta que algunos de ellos consideran que ninguna garantía fundamental se vulnera ante la presencia del juez imparcial quien debe velar por la protección de los derechos del indiciado; y que otros por su parte, si vislumbran algún tipo de trasgresión al principio de contradicción como elemento integrante del derecho de defensa.

Así mismo, las entrevistas realizadas permitieron constatar cómo cada uno de ellos considera de suma importancia la presencia del delegado del Ministerio

Público en las audiencias penales preliminares de carácter reservado a efectos de que vele por el respecto de los derecho fundamentales del investigado ante su inasistencia en dicha diligencia.

Tabulación de entrevistas:

	Juez 8 Penal Municipal	Juez 11 Penal Municipal	Juez 16 Penal Municipal	Juez 24 Penal Municipal	Juez 27 Penal Municipal	Juez 29 Penal Municipal	Juez 31 Penal Municipal	Juez 32 Penal Municipal	Juez 38 Penal Municipal	Juez 42 Penal Municipal
1. Que principios cree se ven restringidos en las audiencias penales preliminares de carácter reservado?	Aunque con la temática y las preguntas, se pretende resaltar es la restricción del principio de contradicción en las audiencias de naturaleza reservada, es importante resaltar que se restringe obviamente el principio de publicidad, ello tiene su razón de ser en el sentido natural de la investigación penal, que obviamente requiere de la reserva necesaria para obtener elementos probatorios o la individualización de autores o partícipes, ya que resultaría ilógico, irrazonable, noticiar a quien está presuntamente delinquiriendo, que está siendo seguido o vigilado o que	Dentro de las actuaciones judiciales la regla general es la aplicación del principio de publicidad, no obstante el Código de Procedimiento Penal en los artículos 150 y siguientes restringió la publicidad de ciertas audiencias por motivos de orden público, seguridad nacional, respeto a las víctimas, imparcialidad o moral y en tal medida el principio que resulta restringido es el de publicidad.	Defensa, contradicción e igualdad de armas.	Ninguno.	Considero que ninguno.	Existe un principio que rige todo el sistema penal acusatorio, a través del cual giran los demás derechos y garantías constitucional es y legales, sin él, no sería posible dar aplicación a lo que considera el legislador un orden justo y equitativo, encargado no solamente de proteger las extralimitaciones de quienes se encuentran autorizados para administrar justicia, sino, de los demás sujetos procesales que intervienen en el litigio; principio consagrado por el artículo 29 de la Constitución Política, el	Podría afirmarse de entrada que en todas se viola el derecho al debido proceso, por afectación directa a los principios de contradicción y defensa, sin embargo al analizar estas audiencias en concreto, encontramos que, ante una ponderación de derechos, lo que ocurre es que priman unos bienes jurídicos de orden constitucional por encima de los derechos de los afectados con las determinaciones adoptadas en audiencias reservadas.	Igualdad, defensa, intimidad.	En mi criterio puede verse afectado el principio de publicidad, en tanto el derecho de contradicción puede estar garantizado, pues a la luz de la sentencia C-025 de 2005, la persona investigada, indiciada o imputada puede estar presente para activar su derecho de defensa.	Ninguno, toda vez que, si se trata de audiencias de control previo, las mismas se realizan como un acto de investigación propio de la fiscalía General de la Nación (que tiene la persecución de la acción penal en todo momento) de acuerdo con el artículo 250 de la C. Nacional, en forma reservada ante el Juez de Control de Garantías (que va a garantizar los derechos conforme lo enseña el inciso segundo del artículo 155 del C. de P. Penal).

	Juez 8 Penal Municipal	Juez 11 Penal Municipal	Juez 16 Penal Municipal	Juez 24 Penal Municipal	Juez 27 Penal Municipal	Juez 29 Penal Municipal	Juez 31 Penal Municipal	Juez 32 Penal Municipal	Juez 38 Penal Municipal	Juez 42 Penal Municipal
	va a ser capturado, máxime cuando en muchos casos se trata de desarticular organizaciones criminales.					cual considero se ve vulnerado en la mayoría de las audiencias reservadas.				
2. Que garantía considera debe tener más importancia, la reserva de las audiencias o el derecho de contradicción?	Se reitera, la contradicción como principio probatorio, tiene su pleno desarrollo en el juicio oral, precisamente porque es donde se desarrolla el debate probatorio y no puede ser tenida como prueba la que no ha sido controvertida, además ni la ley ni el precedente constitucional consagran el derecho del sujeto pasivo de la acción penal a ser citado para audiencias que se realicen en la etapa de la indagación, salvo las de control posterior cuando así lo haya hecho saber, último caso donde es opcional su concurrencia, lo que no acontece	Considero que la garantía más importante es la reserva de las audiencias en punto a que la Fiscalía General de la Nación, en ejercicio de su autonomía y sus funciones que le delega el artículo 250 superior puede adoptar varias estrategias investigativas tendientes a esclarecer la ocurrencia o no de un ilícito y con el fin de garantizar el éxito de la investigación	La defensa se ha morigerado en algunos escenarios. El asunto, creo, es relativo en tanto al derecho que tiene cada parte, más que a la reserva, al recaudo de elementos probatorios y sus evidencias físicas que puede verse afectado en celeridad y por tanto en la eficacia de la persecución de cada parte por la garantía de la contradicción que en todo caso puede ejercerse en otras sedes.	Las audiencias reservadas solo son procedentes cuando no haya imputación por eso no considero que el carácter de reservada de la audiencia vaya en contravía del derecho de contradicción .	La reserva de las audiencias.	No debe de existir reserva en la audiencia por lo antes citado, el legislador en cambio, con el poder configurativo que le asiste para la creación de la norma, debería entregar herramientas para que las partes desde un comienzo con la facultad que ofrece el sistema penal acusatorio, les permita con sus elementos probatorios entrar a ejercer el derecho de contradicción, como si estuviéramos hablando de lo que ocurre cuando se pone de	La reserva de la audiencia antes que una garantía es un presupuesto formal para lograr la finalidad de un acto de investigación, es decir, es un método empleado para garantizar la eficacia de la administración de justicia, que está establecido en una norma procesal y cómo tal nos da cuenta de una forma de realización de audiencias sin presencia de público o citación del imputado o indagado. El Derecho o principio de contradicción, es una	La reserva de las audiencias.	Siempre debe de tener más importancia el derecho de contradicción en tanto es inspiración del debido proceso.	Como ya lo indique en precedencia, existen unos actos de investigación (indagación) por parte de la Fiscalía General de la Nación, es tanto que si se trata de una búsqueda selectiva en base de datos, artículo 244 CPP, que de acuerdo a las exigencias de la sentencia C-336 de 2007, el Fiscal debe acudir ante el Juez de Control de Garantías (control previo) quien es el garante de los derechos fundamentales de las personas que pudiesen resultar

	Juez 8 Penal Municipal	Juez 11 Penal Municipal	Juez 16 Penal Municipal	Juez 24 Penal Municipal	Juez 27 Penal Municipal	Juez 29 Penal Municipal	Juez 31 Penal Municipal	Juez 32 Penal Municipal	Juez 38 Penal Municipal	Juez 42 Penal Municipal
	en el juicio, donde obligatoriamente debe estar presente el defensor.	n, puede restringir el principio de publicidad.				presente un dictamen en consideración de las partes, poder objetarlo o solicitar aclaraciones o adiciones.	garantía constitucional y fundamental de naturaleza constitucional, ahora, no hay puntos en común o de partida que permitan equipararlos por cuanto la reserva hace alusión a la forma procesal cómo se pretende garantizar la efectividad de la investigación y la contradicción es una garantía para el investigado que le permite ejercer su derecho a la presunción de inocencia y a conocer y controvertir las pruebas que se aducen en su contra.			afectadas con la medida (entre ellos, los del indiciado) garantizándose así el derecho de la reservas de las audiencia y si bien es cierto en un principio, no se da el derecho de contradicción; al momento del control posterior, esta Judicatura, no tiene ningún inconveniente que se presente allí, el indiciado con su defensa técnica, a controvertir tanto el procedimiento como los resultados de esa búsqueda.
3. El derecho de contradicción se respeta dentro de las audiencias penales preliminares	Legalmente como no está prevista la citación del indiciado y su defensa a las audiencias de control previo	Considero que si se respeta por cuanto si bien, dentro de la misma audiencia reservada la	No.	No se vulnera porque solo puede ser reservada si no hay imputación y es después	No. Solamente se están haciendo actos urgentes o de indagación.	No.	La contradicción se encuentra garantizada para un momento posterior a la audiencia	Si. El Juez de Control de Garantías es el garante de ello.	Como se respondió en el primer punto se puede respetar el derecho de contradicción	Si el control es posterior, como en la práctica diaria sucede, en los casos que nos corresponde decidir, como

	Juez 8 Penal Municipal	Juez 11 Penal Municipal	Juez 16 Penal Municipal	Juez 24 Penal Municipal	Juez 27 Penal Municipal	Juez 29 Penal Municipal	Juez 31 Penal Municipal	Juez 32 Penal Municipal	Juez 38 Penal Municipal	Juez 42 Penal Municipal
de carácter reservado?	que se lleven a cabo durante la indagación, no podría invocarse irrespeto a la contradicción, se reitera, sustancialmente la contradicción como principio probatorio se ejerce plenamente en la audiencia preparatoria y en el juicio.	defensa no puede ejercer la defensa técnica, en la audiencia preparatoria puede ejercer el control y solicitar la exclusión de esa evidencia.		de esta imputación que se activa el derecho de defensa y contradicción .			reservada, entonces podríamos decir que si, en tanto solo cobrarán efectividad las decisiones y resultados de las audiencias reservadas en el juicio oral, una vez hayan sido conocidas por el afectado y este tenga oportunidad de oponerse a su práctica como pruebas en el juicio o solicitar su exclusión por ilegalidad.		n, pues una cosa es la reserva de la audiencia (Art. 155 del CPP), y otra es su contradicción. Las audiencias reservadas pueden ser contradictorias pues puede estar presente el defensor y el investigado.	lo podría ser una interceptación de comunicación es y/o un registro de allanamiento con fines de captura o la búsqueda de elementos con vocación probatoria (si se captura la persona probablemente e involucrada en la conducta punible y encuentran esos elementos con vocación probatoria) en esas primeras audiencias preliminares en presencia del indiciado y se defensa técnica se debaten los pormenores de esas órdenes, del procedimiento y los resultados de las mismas, garantizándose ese derecho de contradicción en debida forma,

	Juez 8 Penal Municipal	Juez 11 Penal Municipal	Juez 16 Penal Municipal	Juez 24 Penal Municipal	Juez 27 Penal Municipal	Juez 29 Penal Municipal	Juez 31 Penal Municipal	Juez 32 Penal Municipal	Juez 38 Penal Municipal	Juez 42 Penal Municipal
										conforme a las exigencias del artículo 29 de la Carta Superior.
4. Desde que momento de la investigación se debe respetar el derecho de defensa y contradicción del investigado?	Es claro y está decantado jurisprudencialmente que el derecho de defensa es intemporal, puede ejercerse desde la etapa de la indagación, esto es que no está limitado a partir de una etapa de la investigación, puede ejercerse desde que se tiene conocimiento que cursa un proceso en contra de una persona y solo culmina cuando finalice dicho proceso, constituye una de las principales garantías del debido proceso y representa la oportunidad de toda persona de ser oída, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas. De allí entonces que en todo momento se debe	El derecho de defensa y contradicción puede ser ejercido no solo desde que se adquiere la condición de imputado, sino antes de ello, esto es, desde cuando la persona investigada por cualquier medio tiene conocimiento o que cursa una investigación en su contra.	Está decantado que desde la indagación, en tanto se entere y desee ejercerla.	Desde la formulación de imputación.	Desde la captura en flagrancia o cuando se le vinculó formalmente al proceso.	Si bien el artículo 8° del Código de Procedimiento Penal establece las pautas para que el imputado comience a ejercer su derecho de defensa en lo que concierne a controvertir todos los elementos que existan en su contra, también lo es, que desde el mismo momento en que conoce que se encuentran en presencia de una presunta comisión de una conducta punible, la Fiscalía, de acuerdo a la competencia que le asigna el acto legislativo 03 de 2002, debería de poner en conocimiento del sujeto a	La investigación surge formalmente con la formulación de imputación, y con ese primer acto de comunicación al imputado se le da la posibilidad de iniciar con su actividad defensiva y de contradicción. En la indagación preliminar el Juez de control de garantías debe adoptar las medidas necesarias para que este no se vea restringido de forma arbitraria o injusta con audiencias de carácter reservado, verificando que se cumplan las	En todo momento.	la indagación.	Si es en indagación desde el momento que el indiciado quiera comparecer ante el Juez de Control de Garantías en esas audiencias reservadas a las cuales ya hice alusión y, en las primeras audiencias preliminares, lo podrá hacer a través de la defensa técnica o de la defensoría pública que se le asigne.

	Juez 8 Penal Municipal	Juez 11 Penal Municipal	Juez 16 Penal Municipal	Juez 24 Penal Municipal	Juez 27 Penal Municipal	Juez 29 Penal Municipal	Juez 31 Penal Municipal	Juez 32 Penal Municipal	Juez 38 Penal Municipal	Juez 42 Penal Municipal
	respetar este derecho.					investigar que en su contra se va a comenzar a indagar por su responsabilidad.	exigencias de la ley procesal penal y el debido proceso y que determinaciones como los allanamientos, interceptación de comunicaciones, búsquedas selectivas en bases de datos u órdenes de captura se materialicen acorde con los criterios moduladores de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad.			
5. Si una persona tiene conocimiento que en contra suya se adelanta una indagación, y desea comparecer junto con su defensor a una diligencia de control previo a orden de	Se reitera, la norma no tiene prevista la citación del indiciado y su defensor, sin embargo, al verificarse que efectivamente se trata del indiciado, ya individualizado, se considera que ante la naturaleza de la audiencia, que se trata de obtener	Considero que no podría ingresar a la audiencia, por cuanto precisamente una de las excepciones al principio de publicidad es la reserva de ciertos actos de investigación con una	Si.	No, aún no ha sido vinculada formalmente a una investigación, además dentro de esta diligencia se podría dar información que si fuera conocida podría perjudicar la investigación.	No, porque podría obstruir la acción de la justicia.	Sería lo más indicado, si estuviéramos en un país caracterizado por la ética y la transparencia en los procedimientos judiciales; hecho que no ocurre en Colombia, debido a que algunas diligencias con carácter	La condición de reservada impide la presencia de parte procesal diferente a la Fiscalía y Ministerio Público, la presencia del investigado o indiciado puede dar lugar a la adulteración o desaparición de elementos materiales	Si.	Según la legislación penal no. Solo al posterior.	No puede ingresar porque es un acto de investigación del ente acusador, pero, una vez obtenidos los resultados puede comparecer a ese control posterior a ejercer todo ese derecho de contradicción

	Juez 8 Penal Municipal	Juez 11 Penal Municipal	Juez 16 Penal Municipal	Juez 24 Penal Municipal	Juez 27 Penal Municipal	Juez 29 Penal Municipal	Juez 31 Penal Municipal	Juez 32 Penal Municipal	Juez 38 Penal Municipal	Juez 42 Penal Municipal
búsqueda selectiva en base de datos dentro de la cual tiene interés, podría ingresar a dicha diligencia?	información que ya reposa en una base de datos y que la misma no va a cambiar, y que por tanto los resultados no dependerían del comportamiento del indiciado, no existiría óbice para permitir su ingreso, máxime cuando frente a los resultados también se le permitiría su asistencia.	finalidad clara, concreta y específica, cual es, la de garantizar el éxito de la investigación.				de reservadas se prestarían para ocultar, desviar o cambiar información de permitírsele el conocimiento a quien tienen por presunto infractor.	probatorios. Igualmente por ser un acto tendiente a la obtención de elementos probatorios no puede perderse de vista que la obligación de descubrimiento o solo surge a partir de la audiencia de formulación de acusación.			que le asiste, tanto al procedimiento como a los resultados, toda vez, que inicialmente ya un Juez de Control de Garantías fue vigilante de todos esos derechos fundamentales de las partes e intervinientes y terceros que pudiesen resultar afectados con las medidas.
6. Si una persona tiene conocimiento que en contra suya se adelanta una indagación, y tiene conocimiento que en contra suya se solicitará orden de captura, podría su defensor de confianza ingresar a dicha diligencia?	En caso de orden de captura para vinculación, el artículo 297 del CPP, prevé que a esta audiencia comparece la fiscalía como solicitante, puede estar presente el ministerio público, si quiere, y el juez de control de garantías, de allí entonces que no está prevista la citación y presencia de la defensa. Aunado a lo anterior, es importante	Considero que sí, en tanto desde ahí, haciendo uso del denominado derecho de igualdad de armas, (que considero más técnico denominarlo igualdad de oportunidad es) puede iniciar el ejercicio del derecho de defensa y contradicción.	En principio no, normativamente es reservada. Sin embargo la situación estaría dejando en entredicho la finalidad de la reserva y por tanto podría esta llegar a ceder, desde una óptica constitucional, frente al derecho de contradicción, dejando mayores elementos al Juez sobre los principio	No, que se presente voluntariamente a la Fiscalía y se coloque a disposición y así no sería necesaria la expedición de la orden de captura.	No. Que se presente a la Fiscalía con el defensor para que intervenga ante el Fiscal.	No tendría sentido, a raíz de que el defensor en dicha audiencia no tendría elementos importantes para aportar, debido a que si su representado no está deseando a comparecer a las autoridades, es porque ha decidido atentar contra su mismo derecho de poder acceder a la	La inexistencia de la condición de imputado da lugar a no tener al indagado como parte dentro del proceso penal y a que no se le haya reconocido personería a defensor alguno, y que se pueda señalar que carece de legitimación para estar presente en audiencias de naturaleza	No.	Es cierto, en tanto el proceso debido debe respetarse. Pero, cabe la pregunta, en este sistema con tendencia acusatoria ¿será que para solicitar captura es pertinente, procesalmente, la presencia del investigado y/o su defensor?. Misma inquietud cabe para	No porque son actos de investigación netamente en cabeza del ente Fiscal, como lo señala el artículo 250 de la Carta Superior que, según unos elementos con vocación probatoria por el momento ha podido verificar que existe una conducta punible y un probable autor, sustentados en elementos

	Juez 8 Penal Municipal	Juez 11 Penal Municipal	Juez 16 Penal Municipal	Juez 24 Penal Municipal	Juez 27 Penal Municipal	Juez 29 Penal Municipal	Juez 31 Penal Municipal	Juez 32 Penal Municipal	Juez 38 Penal Municipal	Juez 42 Penal Municipal
	resaltar que la fiscalía solicita expedición de orden de captura cuando sabe que la persona no va a comparecer, es decir, busca cumplir con un fin constitucional legítimo, lograr la comparecencia del indiciado al proceso, porque si la persona investigada se ha presentado y ha estado dispuesta a comparecer, la regla general es que no se requiere de su comparecencia en forma coercitiva, porque su vinculación a la investigación sería voluntaria. De igual manera, en la audiencia de formulación de imputación, como forma de vinculación, se va a enterar de cuál es el respaldo probatorio que está permitiendo realizar la inferencia razonable de		de adecuación, necesidad, proporcionalidad y vigencia.			administración de justicia como lo demanda el artículo 229 de la Constitución Política.	reservada la cual por demás se práctica a puerta cerrada Si esta audiencia tiene como finalidad la de lograr la captura del imputado y su presentación ante la Administración de Justicia con fines de imputación permitir la participación del indagado o su defensor puede dar lugar a que evidenciada la decisión de ordenar la captura, el perjudicado se evada antes de que esta sea materializada.		los actos de investigación señalados en los Arts 233 y s.s del CPP.	con vocación probatoria, aunado a ellos, todos esos motivos fundados que nos señala en el artículo 221 del C. de P. Penal y plena individualización del probable autor de esa conducta, el Juez de Control de Garantías tendrá esa gran tarea de verificar los mismos y que se respeten derechos fundamentales para quien se libra la orden de captura y que se encuentre plenamente identificado y que la conducta punible por la cual se pide este enmarcada en las exigencias del art. 313 numeral segundo, es decir, que sea discutible una medida de aseguramiento.

	Juez 8 Penal Municipal	Juez 11 Penal Municipal	Juez 16 Penal Municipal	Juez 24 Penal Municipal	Juez 27 Penal Municipal	Juez 29 Penal Municipal	Juez 31 Penal Municipal	Juez 32 Penal Municipal	Juez 38 Penal Municipal	Juez 42 Penal Municipal
	<p>autoría o participación, que fue el sustento para la orden de captura.</p> <p>No debe olvidarse que la reserva de esta audiencia es la que garantiza en gran parte, la eficacia de la administración de justicia en la lucha contra el delito, por ende, permitir el ingreso de la defensa, podría generar entorpecimiento en la obtención del fin perseguido.</p>									
<p>7. En que forma cree se puede respetar el derecho de contradicción que le asiste al indicado en las audiencias penales de carácter reservado?, o considera que el derecho de contradicción en este tipo de</p>	<p>El derecho de defensa y contradicción no es absoluto, de allí que por razones de política criminal, eficacia de la investigación, en la etapa de indagación, las de control previo se celebren en forma reservada. NO existe vulneración del principio de contradicción, situación</p>	<p>Lo que debe quedar claro es que el derecho de contradicción es un derecho fundamental previsto en el artículo 29 Constitucional, no obstante, no es absoluto en tanto atendiendo criterios de razonabilidad, puede ser</p>	<p>Garantizando la oportunidad de contradicción.</p>	<p>No se encuentra vulnerado.</p>	<p>No se vulnera este derecho en las audiencias reservadas por lo dicho anteriormente.</p>	<p>Si desde el comienzo la Fiscalía informa a la parte afectada con la indagación, que de acuerdo a un plan metodológico lo tiene que investigar por determinado delito, le brindará la oportunidad a éste para que comparezca en conjunto</p>	<p>Con lo hasta acá señalado considero que no se encuentra vulnerado. Y las intromisiones estatales fundadas en investigaciones de la Fiscalía, en caso de dar lugar a resultados positivos tienen su espacio de contradicción</p>	<p>El Juez de Control de Garantías debe ser garante del respeto del derecho de contradicción.</p>	<p>Permitiendo el acceso. Pero como lo dejó sentado la H. Corte Constitucional en la sentencia reseñada, solo para el control posterior.</p>	<p>Se puede respetar al momento de permitirle su actuación en los controles posteriores de cada una de ellas, donde podrá controvertir la orden, el procedimiento y los resultados de la misma.</p>

	Juez 8 Penal Municipal	Juez 11 Penal Municipal	Juez 16 Penal Municipal	Juez 24 Penal Municipal	Juez 27 Penal Municipal	Juez 29 Penal Municipal	Juez 31 Penal Municipal	Juez 32 Penal Municipal	Juez 38 Penal Municipal	Juez 42 Penal Municipal
diligencias no se encuentra vulnerado?	diferente es que se restrinja, por los motivos ya anotados, sin embargo, como ya se indicó, en todos los controles posteriores puede asistir y ejercer su derecho, al igual que en forma obligatoria, en el juicio oral.	restringido o limitado. Y es precisamente que con fundamento en el principio de razonabilidad, el derecho de contradicción, deja de ser absoluto y se puede restringir. Y como se indicó en respuesta anterior, el derecho de contradicción puede ser ejercido formalmente en la audiencia preparatoria, donde es el escenario donde la defensa tendrá la posibilidad de controvertir esa evidencia que obtuvo la fiscalía producto de esa búsqueda selectiva en bases de datos o similares.				con el ente acusador a desvirtuar lo denunciado; hecho que contribuiría en la mayoría de los casos, a darle muchos más elementos a la Fiscalía para tomar decisiones necesarias, adecuadas, proporcionales y razonables como lo demanda el mismo artículo 295 cuando en juego se pone el derecho a la libertad de una personal.	en el juicio oral.			

	Juez 8 Penal Municipal	Juez 11 Penal Municipal	Juez 16 Penal Municipal	Juez 24 Penal Municipal	Juez 27 Penal Municipal	Juez 29 Penal Municipal	Juez 31 Penal Municipal	Juez 32 Penal Municipal	Juez 38 Penal Municipal	Juez 42 Penal Municipal
<p>8. Considera viable o pertinente que eventualmente un defensor público pueda asistir a las audiencias penales de carácter reservado, en donde aún no se ha vinculado al indicado, a efectos de que proteja los intereses del mismo?</p>	Si el legislador así lo dispone.	En parte si y en parte no. Lo primero que hay que establecer es a qué tipo de audiencia, si es a control previo o posterior. Si es a control previo, conservand o el pensamiento que he traído en las respuestas anteriores, considero que no atendiendo a la excepción al principio de publicidad; contrario sensu, si es a control posterior legalmente lo puede hacer.	No.	Si.	Los derechos se protegen a partir de la vinculación al proceso.	Como quedó reseñado con anterioridad, sí. Es que las falencias del Estado en materia económica, no deberían ser atribuibles a la calidad de la defensa que se ejerce en el momento, debido a que si la demanda de defensores públicos fuera en cantidades superiores a los delitos que conocen, o por lo menos, no estuvieran atosigados o atiborrados de procesos, lo ideal sería que desde el mismo génesis de la indagación, el defensor público estuviera presente en la mayoría de las audiencias de carácter reservado, siempre y cuando el indagado prestara importancia o se interesara	No. Por razones anteriormente expuestas. En especial no tiene legitimación.	Es que la garantía de la protección de los intereses es diferente a la garantía de la protección de los derechos del investigado y, estos últimos los garantiza el juez de garantías, y entre unos y otros puede existir contradicción.	Sería lo ideal para proteger sus esenciales derechos fundamentales.	Sería un inconveniente para la reserva judicial y se pondría en riesgo la investigación de la Fiscalía General de la Nación.

	Juez 8 Penal Municipal	Juez 11 Penal Municipal	Juez 16 Penal Municipal	Juez 24 Penal Municipal	Juez 27 Penal Municipal	Juez 29 Penal Municipal	Juez 31 Penal Municipal	Juez 32 Penal Municipal	Juez 38 Penal Municipal	Juez 42 Penal Municipal
						por lo que está ocurriendo.				
9. Sería importante la comparecencia del Ministerio Público a las audiencias penales de carácter reservado a efectos de garantizar el respeto a los intereses del investigado?	La ley le permite estar presente en estas audiencias, sin embargo, la regla general es su inasistencia, pese a que una de sus funciones judiciales, es la de velar por el respeto de los derechos y garantías.	Con respeto considero que la figura del Ministerio Público y la presencia de éste en las audiencias bien sean públicas o reservadas se torna innecesaria. Y el argumento vacilar de esta posición es porque el Juez de Control de Garantías y como Juez Constitución fue creado precisamente con esa finalidad enorme de controlar los actos de investigación que realiza la fiscalía y de esta forma garantizar el respeto de los derechos fundamentales.	Si.	Si.	Si, incluso es citado, pero es función del juez de Control de Garantías velar por la protección de los derechos de las partes, indiciado y víctimas.	Sí, quién más garante que el mismo Ministerio Público para propender por los derechos de las personas más débiles que intervienen en el proceso como lo son los indagados o indiciados.	La presencia del Ministerio Público si es importante, pero para garantizar de forma impersonal y general el debido respeto de las garantías constitucionales, el cumplimiento de fines constitucionales y derechos en general de indiciados, víctimas y afectados con las medidas que se adopten durante el curso del proceso penal.	Para nada es importante. El respeto de los derechos del investigado garantiza el control de garantías, mientras los intereses del investigado pueden no tener nada que ver con esos derechos.	Claro, y de hecho se cita para su asistencia.	Como siempre se ha reseñado que nuestro sistema penal acusatorio es el único que ha permitido la intervención la asistencia del Ministerio Público, un interviniente que desequilibra la triada respectiva, es decir, Juez, Fiscalía y defensa técnica del indiciado.

TABULACIÓN PORCENTUAL ENTREVISTAS

PREGUNTA 1	70% (Se vulneran principios)	30% (no se vulneran principios)	0% (Respuesta ambigua)
PREGUNTA 2	30% (Prevalece derecho de contradicción)	40% (Prevalece reserva de la audiencia)	30% (Respuesta ambigua)
PREGUNTA 3	50% (Se respeta derecho de contradicción)	40% (no se respeta derecho de contradicción)	10% (Respuesta ambigua)
PREGUNTA 4	80% (El derecho de defensa inicia en la etapa de indagación)	20% (El derecho de defensa inicia en la etapa de investigación)	0% (Respuesta ambigua)
PREGUNTA 5	40% (El indiciado si podría ingresar a una audiencia de control previo a búsqueda selectiva en base de datos reservada)	60% (El indiciado no podría ingresar a una audiencia de control previo a búsqueda selectiva en base de datos reservada)	0% (Respuesta ambigua)
PREGUNTA 6	10% (El apoderado del indiciado podría estar presente en la audiencia reservada de solicitud de orden de captura)	90% (El apoderado del indiciado no podría estar presente en la audiencia reservada de solicitud de orden de captura)	0% (Respuesta ambigua)
PREGUNTA 7	50% (En las audiencias reservadas no se encuentra vulnerado el derecho de contradicción)	30% (En las audiencias reservadas si bien se vulnera el derecho de contradicción, el juez debe velar por salvaguardarlo)	20% (Respuesta ambigua)
PREGUNTA 8	30% (Un defensor público debería estar presente en las audiencias reservadas para proteger los intereses del investigado)	40% (No es necesaria la presencia de defensor público en las audiencias reservadas)	30% (Respuesta ambigua)
PREGUNTA 9	70% (La presencia del delegado del Ministerio Público en las audiencias de carácter reservado es importante.)	30% (La presencia del delegado del Ministerio Público en la audiencias de carácter reservado es innecesaria)	0% (Respuesta ambigua)

9. CONCLUSIONES

- Se pudo establecer como en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano se consagra la reserva de ciertas audiencias penales premilitares con el fin de velar por el normal y eficaz desarrollo de la investigación, por tanto, no se permite la intervención del investigado ni su defensor.

- Se demostró que la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia Colombiana han sido enfáticas en señalar que la garantía de contradicción y en general el ejercicio del derecho de defensa, son garantías fundamentales que cobijan al indiciado, imputado o acusado, y por tanto debe ser respetados en cualquier etapa del proceso y primar sobre cualquier otro tipo de prerrogativas que se establezcan en el trámite procesal, como lo es la reserva de ciertas audiencias, pues su vulneración genera nulidad absoluta de la actuación.

- Se verificó que en la práctica diaria del Sistema Penal Acusatorio Colombiano, los operadores judiciales tienden a pesar que en la etapa de indagación, es decir, cuando no existe aún imputación, la mayoría de audiencias y actos investigativos son reservados, en tanto debe primar una de las finalidades del Estado como lo es la persecución del delito sobre la garantía fundamental que cobija al investigado de controvertir cualquier tipo de actuación que se adelante en su contra.

- Se logró determinar como el indiciado o imputado, una vez conoce de alguna investigación adelantada en su contra, puede ejercer todos los derechos que la ley y la constitución le conceden, entre ellos la posibilidad de contradicción y el ejercicio del derecho de defensa en toda su expresión; no obstante lo anterior, en la etapa investigativa previa a la formulación de acusación, la garantía fundamental de contradicción y el normal ejercicio del derecho de defensa se ven altamente restringidos.

- Se evidencia como en el derecho comparado, en lo que tiene que ver con la normatividad de Chile, Puerto Rico, México y Perú; se establece como elemento importante de la investigación la reserva de ciertas audiencias penales, sin que dicho concepto sea prevalente a la posibilidad que tiene la parte investigada de ejercer la contradicción.

- Se vislumbra como en lo referente al derecho de contradicción, entre los cuatro países analizados, el que más se diferencia de los demás y de lo que sucede en Colombia, es Puerto Rico, al incorporar en el procedimiento las llamadas “vistas previas” que permiten a la parte acusada preparar su defensa y la prueba antes de la formulación de cargos.

10. RECOMENDACIONES

1. La presencia del delegado del Ministerio Público en cualquier tipo de audiencia penal es potestativa y por ello su inasistencia nunca invalidará la actuación, no obstante lo anterior, se considera que la presencia de este interviniente imparcial es sumamente importante en las audiencias penales reservadas en tanto será un filtro más, aparte del que constituye el Juez del caso, a efectos de que se vele por la protección de los derechos y garantías fundamentales de la parte investigada que no se encuentra presente en la diligencia.

2. Los defensores adscritos al Sistema Nacional de Defensoría Pública podrían ser designados para que atiendan los intereses de la persona investigada en las audiencias penales reservadas, sin que ello comprometa el normal desarrollo de la investigación, pues en ese caso, al no conocerse aún el paradero del investigado, estarían actuando como si se tratara de la defensa de una persona ausente o contumaz pues no se encontraría presente en la diligencia; es decir, el defensor público ejercería el derecho de contradicción y el derecho de defensa del investigado sin que se pusiera en peligro la investigación ni la eventual captura del ciudadano.

3. Corolario de lo anterior, y como recomendación principal al problema jurídico planteado dentro del proyecto de investigación, se considera que la presencia **obligatoria** del delegado del Ministerio Público en las audiencias penales preliminares de carácter reservado sería de vital importancia atendiendo a que en muchas de dichas diligencias es inevitable la no presencia del investigado y su defensor, por lo que la comparecencia de ese interviniente imparcial permitirá que las garantías fundamentales de contradicción y defensa del investigado cuenten con mayor respaldo.

Para ello sería importante una reforma de carácter legal mediante la cual se genere obligatoriedad en la presencia del delegado del Ministerio Público en

las audiencias penales de carácter reservado, so pena de nulidad, en tanto si bien la presencia de este interviniente e cualquier tipo de diligencia es facultativa, su presencia y activa participación sería de suma importancia ante la importancia de los derechos fundamentales y garantías constitucionales que se discuten en una audiencia de carácter reservado.

11. ÉTICA

Este trabajo de investigación demandó la recolección de información que se obtuvo a través de una solicitud por escrito, donde se respetó el consentimiento de las personas, para lo cual y con la colaboración de la Universidad se elaboraron previamente los escritos. Igualmente se asumió el compromiso de hacer un adecuado y responsable uso de los derechos de autor, como efectivamente se hizo.

12. BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

Arata Córdova, Luís; Chávez Vásquez, Elizabeth y otros. Principios del juicio oral según el nuevo Código Procesal Penal. Universidad Peruana de las Américas. Lima. 2011.

Bedoya Bedoya, César Augusto; Delgado Builes, Francisco Antonio. Control de Garantías y Principio de Proporcionalidad en el Proceso Penal Acusatorio. Medellín. Biblioteca Jurídica Diké. 2007.

Bernal Pulido, Carlos. El derecho de los derechos. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2005.

Barreto Ardila, Hernando. Observaciones sobre el tratamiento del derecho de defensa en la implementación del sistema acusatorio. Universidad de la Sabana. Bogotá. 2004.

Blanco S., Rafael; Decap F, Mauricio, y otros. Litigación estratégica en el nuevo proceso penal. Santiago. Lexis Nexis. 2005.

Brewer, Stephanie Erin. Hacia un proceso penal constitucional: Elementos para entender y aplicar la presunción de inocencia en México. Revista del Instituto de la Judicatura Federal N° 36. Escuela Judicial. México D.F. pp. 77- 165. 2014.

Cárdenas Gómez, Juan Guillermo. Temas de Utilidad Práctica en el Derecho Procesal Penal de Corte Acusatorio. Medellín. 2011.

Camacho Morales Julie Paola; Cano Martínez Jeimy José; Neira Rueda Miguel Gustavo; Ovalle Leguizamón Vivian Constanza; Villamil Salazar Martha

Patricia.. Revista derecho penal y criminología, volumen XXXIV (Número 96), páginas 145-185. 2013.

Carbonell, Miguel. La Reforma Constitucional en Materia Penal: Luces y Sombras. FERRER MAC- GREGOR, Eduardo (coord). "Procesalismo científico. Tendencias contemporáneas" Memorias del XI Curso Anual de Capacitación para Profesores en Derecho Penal. Universidad Nacional Autónoma de México. 2012.

Chunga Hidalgo, Laurence. El tratamiento de las "faltas" en el Código Procesal Penal de 2004. Derecho y Cambio Social N° 21, año VII. 2010. Lima, Perú.

Daza González, Alfonso. Principales reformas procesales penales en América latina: Argentina, Colombia y Puerto Rico. Departamento de publicaciones Universidad Libre de Colombia, Primera Edición. Página 265. 2014.

Díaz Pedroso, Alexander; Rada, Moisés de la Cruz. El derecho a estar presente como expresión del derecho a la defensa. Advocatus, Edición Especial No. 15. Universidad Libre Seccional Barranquilla. 2010.

Decastro González, Alejandro. Admisibilidad y valor probatorio de las declaraciones anteriores del testigo. Revista Internacional de Derecho Penal Contemporáneo. Julio- septiembre. Bogotá. 2009.

Duce, Mauricio. El derecho a confrontación y uso de declaraciones emitidas en un juicio previo anulado. Política criminal, volumen 9, N° 17. Julio de 2014. Pp. 118- 146. 2014.

Ferrajoli, Luigi. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Editorial Trotta. Madrid-España. 1995.

Fix Zamudio, Héctor. El principio del contradictorio y la igualdad ante la ley. Constitución y proceso civil en Latinoamérica.

Gimeno Sendra, José Vicente. Derecho Procesal Penal. Tirant lo Blanch. Valencia-España. 1993.

Gómez Gracia, Jenny Alejandra. Derecho a la defensa antes y durante la audiencia de formulación de imputación en el proceso penal en Colombia. Tesis de grado para optar al título de “Especialista en procedimiento penal constitucional y justicia militar”. Universidad Militar Nueva Granada. Facultad de Derecho. Bogotá. D. C. 2015.

Guerrero Rodríguez, Marcelo. Contradicción 293/2011. Inobservancia del principio pro- persona. Revista del Instituto de la Judicatura Federal N° 36, 2014. Escuela Judicial. México D.F. pp. 255- 260. 2014.

Malavet Vega, Pedro. El sistema de justicia criminal en Puerto Rico. Ponce. Ediciones Lorena. 2005

Oliveros Estrada, Carlos Arturo; Malagón Albarracín, Camilo Andrés. Desigualdad de medios entre defensa y fiscalía en el nuevo sistema acusatorio. Universidad Militar Nueva Granada. 2011.

Ortiz Schindler, Enrique y Medina Ramírez, Marco Antonio. Manual del nuevo proceso penal. Santiago. Librotecnia M. R. 2005.

Plata Pacheco, María del Carmen. El principio de contradicción en materia penal”. Periódico Barandilla. Edición del 13 de agosto de 2010. Edición online. Disponible en: http://razonamientojudicial.com/pdf/periodicos/El_principio_de_contradiccio_n_en_materia_penal.pdf

- Plaza, Gloria. La Protección de la víctima en el nuevo proceso penal. Revista Procesal Penal, N° 29. Santiago de Chile: LexisNexis. 2005.
- Pérez Pinzón, Álvaro Orlando. Los principios generales del proceso penal. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2004.
- Quiroz Santaya, Carol Elisa. El principio de contradicción en el proceso penal peruano”. En: Revista Jurídica de Cajamarca. Año IV, N° 10. Enero-marzo de 2003. Cajamarca Perú. 2003.
- Rivera Delgado, Jesús M. Aspectos legales sobre la inimputabilidad. Artículo preparado en el 2001 para el curso de Psicología Forense de la Universidad Santiago de Cali. Modificado en septiembre de 2006 para su utilización en cursos de derecho en el área de pre-jurídico dentro del contexto de las Ciencias Sociales.
- Sabogal Quintero, Moisés, (segunda edición). Las Audiencias Preliminares en el Nuevo Sistema Penal Acusatorio. Medellín: Grupo Editorial Ibáñez. 2012.
- Taboada Pilco, Giammpol. El principio contradictorio en el proceso penal. Instituto de Ciencia Procesal Penal. 2009.
- Valles Romero, Yomaira. Los derechos de las víctimas y el principio de oportunidad en Colombia”. Tesis de grado para optar al título de “Magíster en Derecho con profundización en derecho penal”. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá D. C. 2014.
- Velasco Arredondo,(Director General). La función del Juzgador en el Sistema Procesal Penal Acusatorio Adversarial. Nova Iustitia. Revista Digital de la Reforma Penal. Año III, N° 9, noviembre de 2015.

Vial, Pelayo. El derecho a confrontación con declaraciones de un juicio anulado en el marco del proceso penal. *Política criminal*, volumen 6, n° 12. Diciembre de 2011. Pp. 448- 473.

Zepeda Lecuona, Guillermo. Principio de publicidad y derecho a la información en la averiguación previa en México. Documento de trabajo elaborado para el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública. México. 2006.

Zurita González, Israel. El principio de contradicción en el sistema procesal acusatorio-adversarial. *El juicio oral penal*. Oaxaca, 2008.

Jurisprudencia Corte Constitucional

Corte Constitucional, Sentencia C-150 de 1993, 22 de abril de 1993. M.P. Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional, Sentencia C-412 de 1993, 28 de septiembre de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, Sentencia C-179 de 1994, 13 de abril de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional, Sentencia T-039 de 1996, 5 de febrero de 1996, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional, Sentencia C-475 de 1997, 25 de septiembre de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, Sentencia C-595 de 1998, 21 de octubre de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, Sentencia T-012 de 1999, 21 de enero de 1999. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional, Sentencia T-1012 de 1999, 10 de diciembre de 1999. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional, Sentencia C-799/2005, 2 de agosto de 2005, M.P. Jaime Araújo Rentería.

Corte Constitucional, Auto 147 de 2005, 14 de julio de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional, Sentencia T-057 de 2006, 2 de febrero de 2006. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional, Sentencia C- 190 de 2006, 15 de marzo de 2006, M.P. Jaime Araújo Rentería.

Corte Constitucional, Sentencia C-339 de 2007, 9 de mayo de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional, Sentencia T-920 de 2008, 18 de septiembre de 2008. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional, Sentencia C-025 de 2009, 27 de enero de 2009. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional, Sentencia C-371 de 2011, 11 de mayo de 2011. M.P. Luís Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional, Sentencia T-409 de 2014, 26 de junio de 2014. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Jurisprudencia Corte Suprema de Justicia

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, Sentencia 42.307 del 29 de julio de 2007, M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, Sentencia 32.147 del 3 de diciembre de 2009, M.P. Alfredo Gómez Quintero.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, Sentencia 44.042 del 30 de julio de 2014, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, Sentencia 20.889 del 19 de agosto de 2015, M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, Sentencia 46.589 del 16 de marzo de 2016, M.P. José Leonidas Bustos Martínez.

Legislación y otros

Código de Procedimiento Penal. Ley 906 de 2004. Colombia.

Código de Procedimiento Penal Peruano, aprobado por Decreto Legislativo N° 957 y promulgado el 29 de julio de 2004. <https://www.unodc.org>

Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP) de México. Promulgado el 17 de julio de 2013. Nuevo Código publicado en el Diario Oficial de la Federación el 5 de marzo de 2014. <https://www.cjf.gob.mx/documentos/guiaCNPP>

Código Penal de Puerto Rico. Ley N° 146 del 30 de julio de 2012.

Código Procesal Penal de la República de Chile. Aprobado mediante la Ley N° 19696 del 29 de septiembre de 2000. Entró en vigencia entre 2000 y 2005.

Consejo de Europa. Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950).

Constitución del Estado Libre y Asociado de Puerto Rico de 1952.

Constitución Política de la República de Chile de 1980.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Texto vigente. Última reforma publicada DOF 27-01-2016.

Constitución Política del Perú de 1993

Jueces, fiscales y defensores enjuician publicidad de las audiencias en tribunales. Redactado por: MATUS, J.; DÍAZ, F. y TORO, P. En Periódico La Tercera, 29 de octubre de 2015. Chile.

Organización de los Estados Americanos (1969). Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). San José de Costa Rica. 7 al 22 de noviembre de 1969.

Organización de las Naciones Unidas. Convención sobre los Derechos del Niño. (1989)

Organización de las Naciones Unidas (1948). Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

Organización de las Naciones Unidas. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (1966).

Reglas de Evidencia de Puerto Rico. Disponible en:
<http://www.ramajudicial.pr/Prensa/2009/02-2609/REGLAS EVIDENCIA 2009.pdf>

Reglas de Procedimiento Criminal. Puerto Rico. Disponible en:
<http://www2.pr.gov/ogp/Bvirtual/leyesreferencia/PDF/Justicia/RPC/RPC.pdf>

Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional. Bogotá. Unión gráfica. 2013.

ANEXOS

PREGUNTAS JUECES CON FUNCIONES DE CONTROL DE GARANTÍAS DE MEDELLÍN

1. Que principios cree se ven restringidos en las audiencias penales preliminares de carácter reservado?
2. Que garantía considera debe tener más importancia, la reserva de las audiencias o el derecho de contradicción?
3. El derecho de contradicción se respeta dentro de las audiencias penales preliminares de carácter reservado?
4. Desde que momento de la investigación se debe respetar el derecho de defensa y contradicción del investigado?
5. Si una persona tiene conocimiento que en contra suya se adelanta una indagación, y desea comparecer junto con su defensor a una diligencia de control previo a orden de búsqueda selectiva en base de datos dentro de la cual tiene interés, podría ingresar a dicha diligencia?
6. Si una persona tiene conocimiento que en contra suya se adelanta una indagación, y tiene conocimiento que en contra suya se solicitará orden de captura, podría su defensor de confianza ingresar a dicha diligencia?
7. En qué forma cree se puede respetar el derecho de contradicción que le asiste al indicado en las audiencias penales de carácter reservado?, o considera que el derecho de contradicción en este tipo de diligencias no se encuentra vulnerado?

8. Considera viable o pertinente que eventualmente un defensor público pueda asistir a las audiencias penales de carácter reservado, en donde aún no se ha vinculado al indicado, a efectos de que proteja los intereses del mismo?

9. Sería importante la comparecencia del Ministerio Público a las audiencias penales de carácter reservado a efectos de garantizar el respeto a los intereses del investigado?

RESULTADOS ENTREVISTAS

Juez 42 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín (Doctor Gustavo Iván Rojas Rojas)

1) Ninguno, toda vez que, si se trata de audiencias de control previo, las mismas se realizan como un acto de investigación propio de la fiscalía General de la Nación (que tiene la persecución de la acción penal en todo momento) de acuerdo con el artículo 250 de la C. Nacional, en forma reservada ante el Juez de Control de Garantías (que va a garantizar los derechos conforme lo enseña el inciso segundo del artículo 155 del C. de P. Penal).

Pero, ya si estamos frente a controles posteriores y la parte indiciada tiene conocimiento de la diligencia y quiere comparecer con su defensa técnica, esta Judicatura no encuentra ningún inconveniente que entren a ejercer allí, ese control tanto la orden, como al procedimiento y sus resultados, conforme lo reseña la sentencia C-025 de 2009, sin importar si ya se ha imputado o no.

2) Como ya lo indique en precedencia, existen unos actos de investigación (indagación) por parte de la Fiscalía General de la Nación, es tanto que si se trata de una búsqueda selectiva en base de datos, artículo 244 CPP, que de acuerdo a las exigencias de la sentencia C-336 de 2007, el Fiscal debe acudir ante el Juez de Control de Garantías (control previo) quien es el garante de los derechos fundamentales de las personas que pudiesen resultar afectadas con la medida (entre ellos, los del indiciado) garantizándose así el derecho de la reservas de las audiencia y si bien es cierto en un principio, no se da el derecho de contradicción; al momento del control posterior, esta Judicatura, no tiene ningún inconveniente que se presente allí, el indiciado con su defensa técnica, a controvertir tanto el procedimiento como los resultados de esa búsqueda.

3) Si el control es posterior, como en la práctica diaria sucede, en los casos que nos corresponde decidir, como lo podría ser una interceptación de comunicaciones y/o un registro de allanamiento con fines de captura o la búsqueda de elementos con vocación probatoria (si se captura la persona probablemente involucrada en la conducta punible y encuentran esos elementos con vocación probatoria) en esas primeras audiencias preliminares en presencia del indiciado y se defensa técnica se debaten los pormenores de esas órdenes, del procedimiento y los resultados de las mismas, garantizándose ese derecho de contradicción en debida forma, conforme a las exigencias del artículo 29 de la Carta Superior.

Desde el momento que la persona que presuntamente se encuentra involucrada en conductas punibles y se entera de los actos de investigación desplegados por el ente Fiscal, puede acudir ante ese organismo de investigación de acuerdo con las exigencias de la sentencia C-025 de 2009 y/o ante el Juez de Garantías respectivo a hacer valer ese derecho de contradicción y ese derecho de defensa material y técnico que es el núcleo esencial del debido proceso y/o a solicitar las pruebas anticipadas que en su favor quiera hacer valer, de acuerdo a esa igualdad de armas que le asiste.

4) Si es en indagación desde el momento que el indiciado quiera comparecer ante el Juez de Control de Garantías en esas audiencias reservadas a las cuales ya hice alusión y, en las primeras audiencias preliminares, lo podrá hacer a través de la defensa técnica o de la defensoría pública que se le asigne.

5) No puede ingresar porque es un acto de investigación del ente acusador, pero, una vez obtenidos los resultados puede comparecer a ese control posterior a ejercer todo ese derecho de contradicción que le asiste, tanto al procedimiento como a los resultados, toda vez, que inicialmente ya un Juez de Control de Garantías fue vigilante de todos esos derechos

fundamentales de las partes e intervinientes y terceros que pudiesen resultar afectados con las medidas.

6) No porque son actos de investigación netamente en cabeza del ente Fiscal, como lo señala el artículo 250 de la Carta Superior que, según unos elementos con vocación probatoria por el momento ha podido verificar que existe una conducta punible y un probable autor, sustentados en elementos con vocación probatoria, aunado a ellos, todos esos motivos fundados que nos señala en el artículo 221 del C. de P. Penal y plena individualización del probable autor de esa conducta, el Juez de Control de Garantías tendrá esa gran tarea de verificar los mismos y que se respeten derechos fundamentales para quien se libra la orden de captura y que se encuentre plenamente identificado y que la conducta punible por la cual se pide este enmarcada en las exigencias del art. 313 numeral segundo, es decir, que sea discutible una medida de aseguramiento.

7) Se puede respetar al momento de permitirle su actuación en los controles posteriores de cada una de ellas, donde podrá controvertir la orden, el procedimiento y los resultados de la misma.

Y como lo he venido señalando en toda mi intervención y con el norte de la misma es que en esas audiencias reservadas, en ningún momento se violenta el derecho de contradicción porque el mismo se puede ejercer en las audiencias posteriores.

8) Sería un inconveniente para la reserva judicial y se pondría en riesgo la investigación de la Fiscalía General de la Nación.

9) Como siempre se ha reseñado que nuestro sistema penal acusatorio es el único que ha permitido la intervención la asistencia del Ministerio Público, un interviniente que desequilibra la triada respectiva, es decir, Juez, Fiscalía y defensa técnica del indiciado.

Y es que esas audiencias reservadas (artículo 155 inciso 2° del C. P. Penal) como ya lo he señalado a pesar de ser reservadas hay Juez de Garantías garante de todos los derechos fundamentales de las partes e intervinientes y quien garantiza el respecto a los mismos, porque si así no ocurriera, dichas diligencias, al momento de la audiencia preparatoria (artículo 358, 359 y 360 del CPP) podrían irse al traste.

Juez 24 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín (Doctora Catalina María Arias Vargas)

1) Ninguno.

2) Las audiencias reservadas solo son procedentes cuando no haya imputación por eso no considero que el carácter de reservada de la audiencia vaya en contravía del derecho de contradicción.

3) No se vulnera porque solo puede ser reservada si no hay imputación y es después de esta imputación que se activa el derecho de defensa y contradicción.

4) Desde la formulación de imputación.

5) No, aún no ha sido vinculada formalmente a una investigación, además dentro de esta diligencia se podría dar información que si fuera conocida podría perjudicar la investigación.

6) No, que se presente voluntariamente a la Fiscalía y se coloque a disposición y así no sería necesaria la expedición de la orden de captura.

7) No se encuentra vulnerado.

8) Si.

9) Si.

Juez 29 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín (Doctor Hugo Ignacio Hernández)

1) Existe un principio que rige todo el sistema penal acusatorio, a través del cual giran los demás derechos y garantías constitucionales y legales, sin él, no sería posible dar aplicación a lo que considera el legislador un orden normativo justo y equitativo, encargado no solamente de proteger las extralimitaciones de quienes se encuentran autorizados para administrar justicia, sino, de los demás sujetos procesales que intervienen en el litigio; principio consagrado por el artículo 29 de la Constitución Política, el cual considero se ve vulnerado en la mayoría de las audiencias reservadas.

2) No debe de existir reserva en la audiencia por lo antes citado, el legislador en cambio, con el poder configurativo que le asiste para la creación de la norma, debería entregar herramientas para que las partes desde un comienzo con la facultad que ofrece el sistema penal acusatorio, les permita con sus elementos materiales probatorios entrar a ejercer el derecho de contradicción, como si estuviéramos hablando de lo que ocurre cuando se pone de presente un dictamen en consideración de las partes, poder objetarlo o solicitar aclaraciones o adiciones.

3) No.

4) Si bien el artículo 8° del Código de Procedimiento Penal establece las pautas para que el imputado comience a ejercer su derecho de defensa en lo que concierne a controvertir todos los elementos que existan en su contra, también lo es, que desde el mismo momento en que conoce que se encuentran en presencia de una presunta comisión de una conducta punible, la Fiscalía, de acuerdo a la competencia que le asigna el acto legislativo 03 de 2002, debería de poner en conocimiento del sujeto a investigar que en su contra se va a comenzar a indagar por su responsabilidad.

5) Sería lo más indicado, si estuviéramos en un país caracterizado por la ética y la transparencia en los procedimientos judiciales; hecho que no ocurre en Colombia, debido a que algunas diligencias con carácter de reservadas se prestarían para ocultar, desviar o cambiar información de permitírsele el conocimiento a quien tienen por presunto infractor.

6) No tendría sentido, a raíz de que el defensor en dicha audiencia no tendría elementos importantes para aportar, debido a que si su representado no está deseando a comparecer a las autoridades, es porque ha decidido atentar contra su mismo derecho de poder acceder a la administración de justicia como lo demanda el artículo 229 de la Constitución Política.

7) Si desde el comienzo la Fiscalía informa a la parte afectada con la indagación, que de acuerdo a un plan metodológico lo tiene que investigar por determinado delito, le brindará la oportunidad a éste para que comparezca en conjunto con el ente acusador a desvirtuar lo denunciado; hecho que contribuiría en la mayoría de los casos, a darle muchos más elementos a la Fiscalía para tomar decisiones necesarias, adecuadas, proporcionales y razonables como lo demanda el mismo artículo 295 cuando en juego se pone el derecho a la libertad de una personal.

8) Como quedó reseñado con anterioridad, sí. Es que las falencias del Estado en materia económica, no deberían ser atribuibles a la calidad de la defensa que se ejerce en el momento, debido a que si la demanda de defensores públicos fuera en cantidades superiores a los delitos que conocen, o por lo menos, no estuvieran atosigados o atiborrados de procesos, lo ideal sería que desde el mismo génesis de la indagación, el defensor público estuviera presente en la mayoría de las audiencias de carácter reservado, siempre y cuando, el indagado prestara importancia o se interesara por lo que está ocurriendo.

9) Sí, quién más garante que el mismo Ministerio Público para propender por los derechos de las personas más débiles que intervienen en el proceso como lo son los indagados o indiciados.

Juez 27 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín (Doctor Hernán Ospina Rodríguez)

- 1) Considero que ninguno.
- 2) La reserva de las audiencias.
- 3) No. Solamente se están haciendo actos urgentes o de indagación.
- 4) Desde la captura en flagrancia o cuando se le vinculó formalmente al proceso.
- 5) No, porque podría obstruir la acción de la justicia.
- 6) No. Que se presente a la Fiscalía con el defensor para que intervenga ante el Fiscal.
- 7) No se vulnera este derecho en las audiencias reservadas por lo dicho anteriormente.
- 8) Los derechos se protegen a partir de la vinculación al proceso.
- 9) Si, incluso es citado, pero es función del juez de Control de Garantías velar por la protección de los derechos de las partes, indiciado y víctimas.

Juez 11 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín (Doctor Hernán Mejía Henao)

1) Dentro de las actuaciones judiciales la regla general es la aplicación del principio de publicidad, no obstante el Código de Procedimiento Penal en los artículos 150 y siguientes restringió la publicidad de ciertas audiencias por motivos de orden público, seguridad nacional, respeto a las víctimas, imparcialidad o moral y en tal medida el principio que resulta restringido es el de publicidad.

2) Considero que la garantía más importante es la reserva de las audiencias en punto a que la Fiscalía General de la Nación, en ejercicio de su autonomía y sus funciones que le delega el artículo 250 superior puede adoptar varias estrategias investigativas tendientes a esclarecer la ocurrencia o no de un ilícito y con el fin de garantizar el éxito de la investigación, puede restringir el principio de publicidad.

3) Considero que si se respeta por cuanto si bien, dentro de la misma audiencia reservada la defensa no puede ejercer la defensa técnica, en la audiencia preparatoria puede ejercer el control y solicitar la exclusión de esa evidencia.

4) El derecho de defensa y contradicción puede ser ejercido no solo desde que se adquiere la condición de imputado, sino antes de ello, esto es, desde cuando la persona investigada por cualquier medio tiene conocimiento que cursa una investigación en su contra.

5) Considero que no podría ingresar a la audiencia, por cuanto precisamente una de las excepciones al principio de publicidad es la reserva de ciertos actos de investigación con una finalidad clara, concreta y específica, cual es, la de garantizar el éxito de la investigación.

6) Considero que sí, en tanto desde ahí, haciendo uso del denominado derecho de igualdad de armas, (que considero más técnico denominarlo igualdad de oportunidades) puede iniciar el ejercicio del derecho de defensa y contradicción.

7) Lo que debe quedar claro es que el derecho de contradicción es un derecho fundamental previsto en el artículo 29 Constitucional, no obstante, no es absoluto en tanto atendiendo criterios de razonabilidad, puede ser restringido o limitado. Y es precisamente que con fundamento en el principio de razonabilidad, el derecho de contradicción, deja de ser absoluto y se puede restringir. Y como se indicó en respuesta anterior, el derecho de contradicción puede ser ejercido formalmente en la audiencia preparatoria, donde es el escenario donde la defensa tendrá la posibilidad de controvertir esa evidencia que obtuvo la fiscalía producto de esa búsqueda selectiva en bases de datos o similares.

8) En parte si y en parte no. Lo primero que hay que establecer es a qué tipo de audiencia, si es a control previo o posterior. Si es a control previo, conservando el pensamiento que he traído en las respuestas anteriores, considero que no atendiendo a la excepción al principio de publicidad; contrario sensu, si es a control posterior legalmente lo puede hacer.

9) Con respeto considero que la figura del Ministerio Público y la presencia de éste en las audiencias bien sean públicas o reservadas se torna innecesaria. Y el argumento vacilar de esta posición es porque el Juez de Control de Garantías y como Juez Constitucional fue creado precisamente con esa finalidad enorme de controlar los actos de investigación que realiza la fiscalía y de esta forma garantizar el respeto de los derechos fundamentales de la persona que está siendo investigada.

Juez 22 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín (Doctora Claudia Patricia Flórez Atehortúa)

1) Contradicción, defensa y publicidad.

2) El derecho de contradicción.

3) Algunas veces.

4) Desde la fase de indagación preliminar, en algunos eventos.

5) Si.

6) Posiblemente si su finalidad, es, verbigracia, la de comparecencia voluntaria.

7) Garantizándole, si tiene conocimiento de una indagación en su contra, el derecho de contradicción a través de su defensor.

8) Considero que tal garantía podría reposar en el agente delegado del Ministerio Público.

9) Si.

Juez 16 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín (Doctor Arturo Castañeda San Juan)

1) Defensa, contradicción e igualdad de armas.

2) La defensa se ha morigerado en algunos escenarios. El asunto, creo, es relativo en tanto al derecho que tiene cada parte, más que a la reserva, al recaudo de elementos materiales probatorios y evidencia física que puede verse afectado en celeridad y por tanto en la eficacia de la persecución de cada parte por la garantía de la contradicción que en todo caso puede ejercerse en otras sedes.

3) No.

4) Está decantado que desde la indagación, en tanto se entere y desee ejercerla.

5) Si.

6) En principio no, normativamente es reservada. Sin embargo la situación estaría dejando en entredicho la finalidad de la reserva y por tanto podría esta llegar a ceder, desde una óptica constitucional, frente al derecho de contradicción, dejando mayores elementos al Juez sobre los principio de adecuación, necesidad, proporcionalidad y vigencia.

7) Garantizando la oportunidad de contradicción.

8) No.

9) Si.

Juez 38 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín (Doctor Jorge Alberto Robledo Giraldo)

1) En mi criterio puede verse afectado el principio de publicidad, en tanto el derecho de contradicción puede estar garantizado, pues a la luz de la sentencia C-025 de 2005, la persona investigada, indiciada o imputada puede estar presente para activar su derecho de defensa.

2) Siempre debe de tener más importancia el derecho de contradicción en tanto es inspiración del debido proceso.

3) Como se respondió en el primer punto se puede respetar el derecho de contradicción, pues una cosa es la reserva de la audiencia (Art. 155 del CPP), y otra es su contradicción. Las audiencias reservadas pueden ser contradictorias pues puede estar presente el defensor y el investigado.

4) la indagación.

5) Según la legislación procesal penal no. Solo al posterior.

6) Es cierto, en tanto el proceso debido debe respetarse. Pero, cabe la pregunta, en este sistema con tendencia acusatoria ¿será que para solicitar captura es pertinente, procesalmente, la presencia del investigado y/o su defensor?. Misma inquietud cabe para los actos de investigación señalados en los Arts 233 y s.s del CPP.

7) Permitiendo el acceso. Pero como lo dejó sentado la H. Corte Constitucional en la sentencia reseñada, solo para el control posterior.

8) Sería lo ideal para proteger sus esenciales derechos fundamentales.

9) Claro, y de hecho se cita para su asistencia.

Juez 31 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín (Doctor Carlos Andrés Mejía Maya)

1) Podría afirmarse de entrada que en todas se viola el derecho al debido proceso, por afectación directa a los principios de contradicción y defensa, sin embargo al analizar estas audiencias en concreto, encontramos que, ante una ponderación de derechos, lo que ocurre es que priman unos bienes jurídicos de orden constitucional por encima de los derechos de los afectados con las determinaciones adoptadas en audiencias reservadas.

Ejemplo:

ORDEN DE CAPTURA.

Existen delitos en los cuales pensar en la comparecencia a través de citación, de la persona pendiente de formulación y/o imposición de medida de aseguramiento, es ilusorio, por esta razón se debe garantizar su comparecencia ante la administración de justicia y el cumplimiento de los fines constitucionales de la medida de aseguramiento a través de una orden de captura, la cual, sólo tiene lógica y razón de ser en audiencia reservada, para evitar la evasión del afectado, el peligro para víctimas y testigos y garantizar la comparecencia ante la administración de justicia.

ALLANAMIENTO y REGISTRO.

Si se pretende obtener E.M.P. o E.F. de la residencia del indagado, es imposible lograrlo anunciándole con anticipación la medida, pues desde el momento en que se cita para una audiencia de esta naturaleza y se materializa la misma bien pueden esconderse, destruirse o modificarse los elementos materiales probatorios haciendo nugatoria la función de investigación.

Si bien el principio de contradicción no se materializa durante la audiencia reservada en concreto, posteriormente se hace el control pertinente por un Juez de Control de Garantías. Ahora, bajo el entendido que, incluso frente al control posterior, aún el indagado no ha sido objeto de imputación y se quieren mantener en reserva las audiencias, el principio de contradicción termina materializándose en la audiencia de acusación cuando se realiza el descubrimiento de elementos materiales probatorios que se pretenden invocar en juicio. En todo caso ninguna persona podrá ser sometida a juicio sin que previamente o con ocasión del mismo se le materialice la contradicción y defensa respecto de los elementos materiales probatorios obtenidos en su contra por medio de audiencias reservadas.

2) La reserva de la audiencia antes que una garantía es un presupuesto formal para lograr la finalidad de un acto de investigación, es decir, es un método empleado para garantizar la eficacia de la administración de justicia, que está establecido en una norma procesal y cómo tal nos da cuenta de una forma de realización de audiencias sin presencia de público o citación del imputado o indagado.

El Derecho o principio de contradicción, es una garantía constitucional y fundamental de naturaleza constitucional, ahora, no hay puntos en común o de partida que permitan equiparlos por cuanto la reserva hace alusión a la forma procesal cómo se pretende garantizar la efectividad de la investigación y la contradicción es una garantía para el investigado que le permite ejercer su derecho a la presunción de inocencia y a conocer y controvertir las pruebas que se aducen en su contra.

3) La contradicción se encuentra garantizada para un momento posterior a la audiencia reservada, entonces podríamos decir que si, en tanto solo cobrarán efectividad las decisiones y resultados de las audiencias reservadas en el juicio oral, una vez hayan sido conocidas por el afectado y este tenga

oportunidad de oponerse a su práctica como pruebas en el juicio o solicitar su exclusión por ilegalidad.

Podemos hablar de que las audiencias reservadas hacen parte de un acto complejo de decreto y obtención de elementos materiales probatorios, su posterior solicitud y decreto como prueba en el juicio oral, el descubrimiento de la misma, su posible oposición, y práctica y valoración en la audiencia de juzgamiento.

Entonces los actos de investigación preliminar, sin imputado definido, adelantados, en contra de indiciados que aún no son parte del proceso penal, en caso de ser utilizados en contra de quien termine imputado, demandan para su práctica en el juicio oral un complejo recorrido que termina garantizando de forma fehaciente el derecho de aquel contra quien se aducen, para que pueda contradecirlos.

4) La investigación surge formalmente con la formulación de imputación, y con ese primer acto de comunicación al imputado se le da la posibilidad de iniciar con su actividad defensiva y de contradicción.

En la indagación preliminar el Juez de control de garantías debe adoptar las medidas necesarias para que este no se vea restringido de forma arbitraria o injusta con audiencias de carácter reservado, verificando que se cumplan las exigencias de la ley procesal penal y el debido proceso y que determinaciones como los allanamientos, interceptación de comunicaciones, búsquedas selectivas en bases de datos u órdenes de captura se materialicen acorde con los criterios moduladores de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad.

5) La condición de reservada impide la presencia de parte procesal diferente a la Fiscalía y Ministerio Público, la presencia del investigado o indiciado puede dar lugar a la adulteración o desaparición de elementos materiales probatorios.

Igualmente por ser un acto tendiente a la obtención de elementos materiales probatorios no puede perderse de vista que la obligación de descubrimiento solo surge a partir de la audiencia de formulación de acusación.

6) La inexistencia de la condición de imputado da lugar a no tener al indagado como parte dentro del proceso penal y a que no se le haya reconocido personería a defensor alguno, y que se pueda señalar que carece de legitimación para estar presente en audiencias de naturaleza reservada la cual por demás se práctica a puerta cerrada

Si esta audiencia tiene como finalidad la de lograr la captura del imputado y su presentación ante la Administración de Justicia con fines de imputación permitir la participación del indagado o su defensor puede dar lugar a que evidenciada la decisión de ordenar la captura, el perjudicado se evada antes de que esta sea materializada.

7) Con lo hasta acá señalado considero que no se encuentra vulnerado. Y las intromisiones estatales fundadas en investigaciones de la Fiscalía, en caso de dar lugar a resultados positivos tienen su espacio de contradicción en el juicio oral.

8) No. Por razones anteriormente expuestas. En especial no tiene legitimación.

9) La presencia del Ministerio Público si es importante, pero para garantizar de forma impersonal y general el debido proceso, el respeto de las garantías constitucionales, el cumplimiento de fines constitucionales y derechos en general de indiciados, víctimas y afectados con las medidas que se adopten durante el curso del proceso penal.

Juez 8 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín (Doctora Damaris Henao Restrepo)

1) Aunque con la temática y las preguntas, se pretende resaltar es la restricción del principio de contradicción en las audiencias de naturaleza reservada, es importante resaltar que se restringe obviamente el principio de publicidad, ello tiene su razón de ser en el sentido natural de la investigación penal, que obviamente requiere de la reserva necesaria para obtener elementos materiales probatorios o la individualización de autores o partícipes, ya que resultaría ilógico, irrazonable, noticiar a quien está presuntamente delinquiriendo, que está siendo seguido o vigilado o que va a ser capturado, máxime cuando en muchos casos se trata de desarticular organizaciones criminales.

El principio de contradicción, que tiene su pleno desarrollo en la audiencia del juicio oral, sólo se vería restringido en las audiencias de control previo en la etapa de indagación respecto de personas individualizadas, pero ello obedece a razones de política criminal y eficacia judicial, ya que la fiscalía debe contar con las facultades, los medios y recursos para investigar el delito y obtener los elementos materiales probatorios que le permiten solventar entre otros aspectos, la inferencia razonable de autoría o participación.

De otro lado, debe tenerse en cuenta que en tratándose de un sistema adversarial, de partes, tanto la fiscalía como la defensa cuentan con facultades investigativas, situación diferente es que en los casos que estén involucrados derechos fundamentales, deba acudir para su control de legalidad ante el juez de control de garantías. Exigirle a la fiscalía que esté develando los actos que está adelantando, rompe con la reserva de la investigación y con el principio del descubrimiento probatorio, que debe materializarse en la formulación de acusación, no obstante que en cada solicitud que realice deba cumplir con la correspondiente carga probatoria.

Nótese como la fiscalía dentro de sus facultades, cuenta con la de expedición de órdenes de allanamiento y registro, interceptación de comunicaciones, infiltración en organización criminal, sin control previo del juez, que implican una valoración de elementos que involucran también derechos fundamentales, sin que se pregone la restricción del principio de contradicción, no obstante que estén sometidos a un control posterior de legalidad, en el que la persona que está siendo objeto de tales medidas pueda controvertirlas.

La contradicción en las audiencias de control posterior no se restringe, ya que de conformidad con lo previsto por la Corte Constitucional en la Sentencia C-025 de 2009, *“cuando el indiciado tenga noticia de que en las diligencias practicadas en la etapa de indagación anterior a la formulación de la imputación, se está investigando su participación en la comisión de un hecho punible, el juez de control de garantías debe autorizarle su participación y la de su abogado en la audiencia posterior de control de legalidad de tales diligencias, si así lo solicita”*. La problemática se genera es en ¿cómo se enteraría el indiciado?, si la fiscalía no está obligada a dar aviso del inicio de la indagación.

2) Se reitera, la contradicción como principio probatorio, tiene su pleno desarrollo en el juicio oral, precisamente porque es donde se desarrolla el debate probatorio y no puede ser tenida como prueba la que no ha sido controvertida, además ni la ley ni el precedente constitucional consagran el derecho del sujeto pasivo de la acción penal a ser citado para audiencias que se realicen en la etapa de la indagación, salvo las de control posterior cuando así lo haya hecho saber, último caso donde es opcional su concurrencia, lo que no acontece en el juicio, donde obligatoriamente debe estar presente el defensor.

La indagación es una fase preliminar, anterior al proceso penal propiamente dicho, cuyo objeto consiste en que la Fiscalía reúna los elementos materiales probatorios que requiere para dar inicio al proceso penal y

determinar si el hecho es delictivo, si se cometió, cómo ocurrió, quienes participaron en su realización, de allí entonces que es importante que la fiscalía cuente con la reserva para los controles previos, máxime cuando en muchos casos apenas se va a tratar de establecer quien o quienes son los autores o partícipes.

3) Legalmente como no está prevista la citación del indiciado y su defensor a las audiencias de control previo que se lleven a cabo durante la indagación, no podría invocarse irrespeto a la contradicción, se reitera, sustancialmente la contradicción como principio probatorio se ejerce plenamente en la audiencia preparatoria y en el juicio.

4) Es claro y está decantado jurisprudencialmente que el derecho de defensa es intemporal, puede ejercerse desde la etapa de la indagación, esto es que no está limitado a partir de una etapa de la investigación, puede ejercerse desde que se tiene conocimiento que cursa un proceso en contra de una persona y solo culmina cuando finalice dicho proceso, constituye una de las principales garantías del debido proceso y representa la oportunidad de toda persona de ser oída, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas. De allí entonces que en todo momento se debe respetar este derecho.

5) Se reitera, la norma no tiene prevista la citación del indiciado y su defensor, sin embargo, al verificarse que efectivamente se trata del indiciado, ya individualizado, se considera que ante la naturaleza de la audiencia, que se trata de obtener información que ya reposa en una base de datos y que la misma no va a cambiar, y que por tanto los resultados no dependerían del comportamiento del indiciado, no existiría óbice para permitir su ingreso, máxime cuando frente a los resultados también se le permitiría su asistencia.

6) En caso de orden de captura para vinculación, el artículo 297 del CPP, prevé que a esta audiencia comparece la fiscalía como solicitante, puede estar presente el ministerio público, si quiere, y el juez de control de garantías, de allí

entonces que no está prevista la citación y presencia de la defensa. Aunado a lo anterior, es importante resaltar que la fiscalía solicita expedición de orden de captura cuando sabe que la persona no va a comparecer, es decir, busca cumplir con un fin constitucional legítimo, lograr la comparecencia del indiciado al proceso, porque si la persona investigada se ha presentado y ha estado dispuesta a comparecer, la regla general es que no se requiere de su comparecencia en forma coercitiva, porque su vinculación a la investigación sería voluntaria. De igual manera, en la audiencia de formulación de imputación, como forma de vinculación, se va a enterar de cuál es el respaldo probatorio que está permitiendo realizar la inferencia razonable de autoría o participación, que fue el sustento para la orden de captura.

No debe olvidarse que la reserva de esta audiencia es la que garantiza en gran parte, la eficacia de la administración de justicia en la lucha contra el delito, por ende, permitir el ingreso de la defensa, podría generar entorpecimiento en la obtención del fin perseguido.

7) El derecho de defensa y contradicción no es absoluto, de allí que por razones de política criminal, eficacia de la investigación, en la etapa de indagación, las de control previo se celebren en forma reservada. NO existe vulneración del principio de contradicción, situación diferente es que se restrinja, por los motivos ya anotados, sin embargo, como ya se indicó, en todos los controles posteriores puede asistir y ejercer su derecho, al igual que en forma obligatoria, en el juicio oral.

8) Si el legislador así lo dispone.

9) La ley le permite estar presente en estas audiencias, sin embargo, la regla general es su inasistencia, pese a que una de sus funciones judiciales, es la de velar por el respeto de los derechos y garantías.

Juez 32 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín (Doctor Álvaro Diego Quintero Giraldo)

- 1) Igualdad, defensa, intimidad.
- 2) La reserva de las audiencias.
- 3) Si. El Juez de Control de Garantías es el garante de ello.
- 4) En todo momento.
- 5) Si.
- 6) No.
- 7) El Juez de Control de Garantías debe ser garante del respeto del derecho de contradicción.
- 8) Es que la garantía de la protección de los intereses es diferente a la garantía de la protección de los derechos del investigado y, estos últimos los garantiza el juez de garantías, y entre unos y otros puede existir contradicción.
- 9) Para nada es importante. El respeto de los derechos del investigado los garantiza el juez de control de garantías, mientras los intereses del investigado pueden no tener nada que ver con esos derechos.