
HERNANDO BARRETO ARDILA

**OBSERVACIONES SOBRE
EL TRATAMIENTO DEL
DERECHO DE DEFENSA EN
LA IMPLEMENTACIÓN DEL
SISTEMA ACUSATORIO**



RECIBIDO JUNIO 9. EVALUADO JULIO 5

RESUMEN

Si en el proyecto de Código de Procedimiento Penal aprobado en segundo debate por la Plenaria de la Cámara de Representantes se faculta a la Fiscalía para no exhibir todos los medios cognoscitivos que se encuentren en su poder al momento de efectuar la imputación, o al solicitar la imposición de medida de aseguramiento, y a la postre puede presentarlos cuando la defensa solicite la revocatoria de la referida medida, resulta evidente que con ello se violan los principios rectores de lealtad, igualdad y contradicción, así como el derecho fundamental de defensa establecido en la Carta Política, el Pacto de Nueva York y la Convención de San José de Costa Rica.

No es procedente con criterios eficientistas reemplazar a los fiscales sin rostro por fiscales con rostro que ocultan las pruebas para sorprender al procesado en la audiencia.

Por tanto, se impone retirar del proyecto la facultad de reservar medios demostrativos a la Fiscalía al efectuar la imputación o al solicitar la imposición de medida de aseguramiento, pues solo de tal manera podrán hacerse efectivos los principios rectores declarados en el mismo estatuto, con lo cual se garantizará el derecho a la defensa reconocido en la Constitución y en el bloque de constitucionalidad, a fin de hacer legítimo y válido materialmente el sistema procesal próximo a implantarse.

PALABRAS CLAVE

Principio, Estado social de derecho, derecho de defensa, Código de Procedimiento Penal, investigación integral, medida de aseguramiento, derecho de contradicción, audiencia de imputación, sistema acusatorio.

ABSTRACT

If in the draft of the code of criminal procedure, passed at its second debate by the House of Representatives' full meeting, the Attorney/Prosecutor's Office (the "*Fiscalía*") is empowered to not exhibiting all of the cognitive means in its hands at the time of making the imputation or requesting the imposition of the securing measure (*medida de aseguramiento*) and, if in the end it can submit them at the time the counsel of the defense requests the repeal or annulment of the above-mentioned measure, it becomes evident that with this act the guiding principles of loyalty, equality and contradiction are being violated, as well as the fundamental right of defense established in the Constitution, the New York Pact and the San José de Costa Rica Convention.

It is not reasonable to replace, based on efficiency criteria, the so-called faceless prosecutors with prosecutors who show their faces but hide the evidences to take the defendant by surprise at the hearing.

Therefore, it is imperative to withdraw from the proposed code the power to reserve demonstrative resources to be used by the attorney/prosecutor's office at the time of making the imputation or when requesting the imposition of the securing measure, since only in this way the governing principles stated in the same statute can become effective; in this way, the right to defense acknowledged in the constitution and in the constitutionality block will be ensured in order to make the procedural system to be soon instituted become materially legitimate and valid.

KEY WORDS

Principle, democratic State, right to defense, Code of Criminal Procedure, integral investigation, securing measure, right of contradiction, imputation hearing, accusatory method.

SUMARIO: 1. PRESENTACIÓN. 2. LOS PRINCIPIOS EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO. 2.1 LA NOCIÓN DE PRINCIPIO. 3. ÁMBITO Y ALCANCE ACTUAL DEL DERECHO DE DEFENSA. 3.1. RECONOCIMIENTO POSITIVO. 3.2. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL. 4. INCONGRUENCIAS E INCONSISTENCIAS EN EL PROYECTO DE CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. 4.1. ¿RIGE EN LA FASE INVESTIGATIVA EL DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO? 4.2. ¿RIGE EN LA ETAPA INVESTIGATIVA EL PRINCIPIO DE INVESTIGACIÓN INTEGRAL? 4.3. ¿SE GARANTIZA A PLENITUD EL DERECHO DE DEFENSA ANTES Y DURANTE LA INVESTIGACIÓN? 4.3.1. EN LA IMPUTACIÓN. 4.3.2. EN LA IMPOSICIÓN DE MEDIDA DE ASEGURAMIENTO. 4.3.3. EN LA SOLICITUD DE REVOCATORIA DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO. 5. EPÍLOGO.

1. PRESENTACIÓN

El urgente propósito de estas notas apunta a resaltar algunas falencias que encuentro en la consagración y tratamiento del derecho de defensa del proyecto de Código de Procedimiento Penal que cursa en el Congreso de la República, el cual ya fue aprobado en segundo debate por la Plenaria de la Cámara de Representantes en los meses de marzo y abril de 2004.

Por tanto, el interés se concreta en aportar a la discusión sobre el tema, para obviar que en el texto legal que finalmente se apruebe y sancione, se incurra en desatinos tales que a la postre puedan eventualmente dar lugar a la declaratoria de inexequibilidad del trabajo legislativo, o que, a pesar de su constitucionalidad, resulten recortando el ámbito material del derecho de defensa en su comprensión y alcance actual.

En consecuencia, este escrito está dividido en tres cuerpos. El primero aborda sucintamente las exigencias de los principios en el Estado social y democrático de derecho; el segundo señala el tratamiento actual del derecho de defensa; y el tercero destaca puntualmente las incongruencias e inconsistencias que se advierten en el Proyecto de Código de Procedimiento Penal sobre el derecho de defensa y de contradicción en la fase investigativa. Finalmente se plantea la propuesta objeto de este escrito.

2. LOS PRINCIPIOS EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

La proclamación de una Constitución Política en cualquier sociedad impone reconocer, más allá del dato histórico, el replanteamiento de los objetos de amparo, y los mecanismos para asegurar tal protección. Así, pues, los cambios de fondo que puede introducir una Ley Fundamental se observan particularmente

en los temas de: ámbito y garantía de los derechos fundamentales; sistemas de control social; modelo sociopolítico del Estado, y establecimiento de valores superiores y preeminentes en toda confrontación axiológica.

Con ocasión de la Constitución Política de 1991 se adoptó un modelo de Estado social y democrático de derecho, que colocó como valor esencial y superior a la persona humana y sus derechos fundamentales, cuyo respeto le es debido por lo que merece, esto es, por su dignidad.

El legislativo facultado para hacer las leyes, encuentra límites en los fines esenciales del Estado, en el respeto y promoción de la persona humana; no puede imponer un orden social, ha de respetar la diversidad, la diferencia, el pluralismo y la disidencia, partiendo del reconocimiento de una normal anormalidad o permanente situación de conflicto de intereses, propia de las sociedades democráticas.

Las leyes han de responder a unos principios y fines que les dan legitimidad material, más allá de la simple validez formal; esto se refiere tanto a su creación, como a su aplicación, lo cual compromete a legisladores y funcionarios judiciales.

El funcionario judicial asume un papel político de garante de los derechos humanos, de los fines esenciales del Estado y del logro de la justicia en la decisión. Es decir, los derechos humanos obtienen garantía material, y la libertad de la persona se coloca como supuesto de exigencia al Estado para tener legitimidad en su actuar.

2.1. LA NOCIÓN DE PRINCIPIO

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 protección.

3. ÁMBITO Y ALCANCE ACTUAL DEL DERECHO DE DEFENSA

3.1. Reconocimiento positivo

La Constitución Política señala en su artículo 29 que “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”, y precisa:

“Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento (...) a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra”.

La Convención de San José de Costa Rica aprobada mediante la Ley 16 de 1972, establece en su artículo 8°:

“El derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor (...) El derecho de la defensa, de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”.

Igualmente, el Pacto de Nueva York, aprobado por la Ley 74 de 1968, indica como derecho de toda persona sindicada a:

“Hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviere defensor, del derecho

que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo (...) a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo”.

A su vez, el artículo 3º de la Ley 279 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, se establece:

“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”.

3.2. Desarrollo jurisprudencial

En punto del ámbito de protección del derecho de defensa, en especial en la fase de la investigación en el proceso penal, para los fines de estas notas, se ha expuesto que:

“Es evidente que la constitucionalización del derecho a la defensa técnica para la etapa del sumario está llamada a producir efectos concretos sobre los procesos tramitados en vigencia de la nueva Carta y, como secuela de ellos, su ausencia vicia el procedimiento en materia grave hasta el punto de generar uno de los motivos de nulidad recogidos por el numeral 3 del art. 304 del C.P.P.

“La protección, así concebida, no constituye un vano formalismo sino una garantía llena de sentido y es por ello que la Carta actual, a diferencia del impreciso mandato de la anterior, exige que una y otra coexistan durante todo el procedimiento, es decir, durante la investigación y el juicio”.

Igualmente se ha precisado que, si bien el ejercicio del derecho de defensa tiene como objeto de tutela la libertad personal, esta

“no agota su finalidad, ni dicho resultado puede identificar un parámetro exclusivo de que fue garantizado. Es en general el listado de derechos en que se desenvuelve, lo que debe satisfacerse al interior del proceso. Que se conozca la imputación, que se pueda ejercitar el derecho de impugnar, que se pueda invocar en favor la prueba existente, a veces la omitida, o aún el incumplimiento de la carga de probar por parte del Estado, son con muchos otros los instrumentos que a manera de derechos particulares desarrollan el concepto de defensa...”

Acerca de su vigencia permanente en el desarrollo de la actuación, ha puntualizado la jurisprudencia que:

“El ejercicio del derecho de defensa, como garantía constitucional de la persona, es condición de validez del proceso. De ahí deriva su carácter continuo y unitario. Conforme con él, no puede haber un solo momento de la actuación procesal en

que pueda ser restringido o negado. La sola presencia nominal del defensor no sufre el ejercicio real del derecho de defensa como condición de validez del contradictorio”.

Naturalmente, en virtud del principio de instrumentalidad de las formas, corresponde en cada caso evaluar la importancia e injerencia de determinado vacío en la defensa técnica, para que al lado de su trascendencia pueda evidenciarse o no la presencia de una nulidad.

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 conainterrogar 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 (conainterrogatorio), 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 público.

Oportuno resulta señalar que en ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado no vale todo, pues el Estado social y democrático de derecho tiene la obligación indeclinable de brindar una solución válida lógicamente y acertada valorativamente que resulte consonante con la legalidad; se trata aquí de una redimensión del funcionario judicial, que trasciende la mera aprehensión lógico-

dogmática de su labor, para internarse en la correlación entre la legalidad y sus contenidos formales, pero basada en referentes axiológicos que son entregados por la Normativa superior, dado que el debido proceso, y con él, el derecho de defensa, no apuntan a la lógica en la forma y curso de la actuación penal, y ni siquiera a su eficiencia, sino a las garantías y derechos que supone el trámite, para que valorativamente pueda tenersele como justo, legítimo y válido.

Acerca de la tensión, interés individual y expectativa de la sociedad en punto de la eventual restricción al derecho fundamental de defensa, se tiene que si bien el interés general prevalece sobre el particular, debe precisarse que tal preeminencia no procede cuando el interés individual se encuentra soportado en un derecho fundamental, pues si es propio de los derechos fundamentales que sean inalienables, no pueden ceder ante un no siempre demostrado ni demostrable interés general, caso en el cual, a lo sumo, podrá únicamente limitarse el ejercicio del derecho, siempre que no se vulnere su núcleo esencial; por el contrario, opera allí con toda su intensidad el alcance del artículo 5° de la Constitución, esto es, la prevalencia de los derechos fundamentales de la persona.

Por ello, con acierto se ha expuesto que:

“Los derechos individuales son triunfos políticos en manos de los individuos. Los individuos tienen derechos cuando, por alguna razón, una meta colectiva no es justificación suficiente para negarles lo que, en cuanto individuos, desean tener o hacer, o cuando no justifica suficientemente que se les imponga alguna pérdida o perjuicio. Por cierto que una caracterización del derecho es formal, en el sentido que no indica qué derechos tiene la gente, ni garantiza siquiera que tengan alguno”.

4. INCONGRUENCIAS E INCONSISTENCIAS EN EL PROYECTO DE CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

4.1. ¿Rige en la fase investigativa el derecho fundamental al debido proceso?

Considero que uno de los tópicos que deben ser resueltos *ab initio* en cualquier discusión sobre el sistema acusatorio, impone la necesidad de establecer qué se entiende por proceso, esto es, indicar desde qué momento del trámite, ya en la investigación o bien en el juzgamiento, puede hablarse efectivamente de proceso penal.

Así pues, hay algunos que estiman que el proceso penal es sinónimo de juicio y de esa manera la fase de la investigación no correspondería a aquella nominación.

Otros, en posición que apoyo, especialmente fundados en el artículo 29 de la Carta Política, entienden que la noción de proceso penal incluye la fase investigativa que adelanta la Fiscalía y el juicio.

En efecto, como el derecho fundamental al debido proceso está consagrado constitucionalmente tanto para las actuaciones judiciales, como para las administrativas, lo cierto es que la actividad adelantada por la Fiscalía General de la Nación en la fase investigativa, no podría estar excluida de la obligación de someterse a las exigencias del referido artículo de la Carta, el cual, no fue modificado en el Acto Legislativo 03 de 2002.

Aún más, no creo que la investigación pudiera tener una naturaleza jurídica diversa a la judicial –como resulta ser el caso colombiano al ser reconocida la Fiscalía como administradora de justicia– o a la administrativa, para que solo de esta manera pudiera extraérsele del ámbito de garantía que dispone el artículo 29 mencionado.

4.2. ¿Rige en la etapa investigativa el principio de investigación integral?

Sin dificultad se advierte que si el sistema acusatorio puro corresponde a un sistema de partes, no opera para la Fiscalía el principio de investigación integral, en virtud del cual, como ocurre en la actualidad, está llamada de manera imperativa a investigar con igual celo lo favorable y lo desfavorable al procesado, pues resulta evidente que si tiene la calidad de parte, no tendrá interés alguno en establecer aquellas circunstancias que exoneren de responsabilidad a su contraparte.

Vale decir, si en el derecho privado no es posible concebir que la parte demandante disponga la práctica de pruebas en favor de la parte demandada, de igual manera es posible concluir que en el sistema acusatorio no compete de manera alguna a la Fiscalía acreditar la inocencia o irresponsabilidad del inculcado, razón por la cual no opera el referido principio.

En apoyo de lo expuesto se observa que el artículo 5° del Proyecto de Código de Procedimiento Penal aprobado en segundo debate por la Plenaria de la Cámara establece que “en ejercicio de las funciones de control de garantías, preclusión y juzgamiento, los jueces se orientarán por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia”.

Es decir, no se alude de manera alguna a los fiscales, quienes tampoco estarían sometidos al principio de imparcialidad, en cuando su misión está determinada por el interés de parte, que no es otro que el de acusar a los infractores de la ley penal ante un tercero, el juez, quien luego del correspondiente debate adoptará la decisión que estime pertinente.

4.3. ¿Se garantiza a plenitud el derecho de defensa antes y durante la investigación?

Sobre el particular es importante diferenciar tres momentos puntuales: En la imputación, en la imposición de medida de aseguramiento, y en la solicitud de revocatoria de esta.

4.3.1. En la imputación

El artículo 8º del Proyecto de ley aprobado en primer debate en el Congreso de la República establece que:

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

“ (...)

“ (h) Conocer los cargos que le sean imputados, expresados en términos que sean comprensibles, con indicación expresa de las circunstancias conocidas de modo, tiempo y lugar que los fundamentan.

“ (...)

“ (j) Solicitar, conocer y controvertir las pruebas”.

De conformidad con los artículo 358 y 359 del Proyecto, la Fiscalía hará la imputación fáctica cuando de los elementos materiales probatorios o de la información legalmente obtenida, llegue a la convicción de que el imputado es autor o participe del delito que se investiga, caso en el cual deberá expresar oralmente, además de la identificación y domicilio del inculcado, la relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en lenguaje comprensible, “lo cual no implicará el descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física ni de la información en poder de la Fiscalía”.

Como puede observarse, resulta evidente que el principio rector de defensa es exceptuado por los artículos mencionados, pues si la Fiscalía no está obligada a descubrir los elementos cognoscitivos en los que funda la imputación, ni el imputado ni su defensor estarán en posibilidad cierta de “solicitar, conocer y controvertir las pruebas”.

Ahora, si como ya se dijo, en la escala axiológica de la Constitución, los principios, que son derivaciones de los derechos fundamentales se encuentran en ocasiones reconocidos fragmentariamente en normas rectoras por el legislador, las que a su vez tienen prevalencia sobre las demás disposiciones ordinarias, no hay

duda de que estas no tienen la capacidad para derogar y tanto menos excepcionar un principio o un derecho fundamental, y con ello, introducir salvedades a la Carta Política en punto de la garantía del derecho de defensa material y técnica.

Pero aún más, el artículo 361 del Proyecto dispone que “con la formulación de la imputación la defensa podrá preparar de modo eficaz su actividad procesal, sin que ello implique la solicitud de práctica de pruebas, salvo las excepciones reconocidas en este código”, texto que resulta contradictorio con la reserva de pruebas con la cual se faculta a la Fiscalía en punto de la imputación, es decir, ¿cómo preparar adecuadamente la defensa si se desconocen los medios cognoscitivos con los que cuenta el ente acusador? ¿cómo desvirtuar aquello que se desconoce? ¿con fundamento en qué criterio podrá la defensa identificar empíricamente, recoger y embalar los elementos materiales probatorios, y hacerlos examinar por peritos particulares a su costa o entrevistar personas con el fin de descubrir información útil que pueda ser empleada en su favor?

Adicional a lo anterior, resulta inconsistente que en el proyecto se exprese que el imputado actuará en igualdad de condiciones a la Fiscalía, cuando lo cierto es que esta se encuentra facultada por mandato legal para reservarse medios demostrativos, que solo serán exhibidos al momento de la audiencia.

En suma, parece evidente que la reserva de los medios demostrativos por parte del ente acusador al formular la imputación en un derecho de partes, no solo viola los principios de igualdad (artículo 4º del proyecto), lealtad (artículo 12 *idem*), contradicción (artículo 15 *idem*), sino que, también y de manera ostensible recorta la garantía propia del derecho de defensa (artículo 29 de la Carta Política y 8º del proyecto).

4.3.2. En la imposición de medida de aseguramiento

El artículo 340 del Proyecto de ley establece que:

“El Fiscal solicitará al Juez de control de garantías imponer medida de aseguramiento, indicando la persona, el delito, los medios cognoscitivos que pretende hacer valer y la urgencia de la misma, los cuales se evaluarán en audiencia permitiendo a la defensa la controversia pertinente. La Fiscalía sólo aducirá los medios cognoscitivos necesarios para sustentar la imposición de la medida. La defensa no podrá solicitar el descubrimiento de elementos materiales probatorios y evidencia física adicionales, ni la práctica de pruebas para controvertir la petición”.

Considero que si de acuerdo con el precepto citado, la defensa no está en condiciones de conocer la totalidad de los medios de prueba que se encuentran en poder de la Fiscalía, en cuanto ésta solo debe presentar aquellos necesarios para solicitar la imposición de la medida de aseguramiento, puede concluirse que se restringe de manera indebida el ejercicio del derecho de contradicción, dentro de la más amplia noción del derecho a la defensa en su comprensión constitucio-

nal, y aún de acuerdo con el bloque de constitucionalidad como puede observarse en las normas inicialmente transcritas de la Convención de San José de Costa Rica y del Pacto de Nueva York.

Pareciera obvio afirmar que si la defensa no puede solicitar el descubrimiento de elementos materiales probatorios adicionales a los presentados por la Fiscalía, ni la práctica de pruebas para controvertir la petición de imponer medida de aseguramiento, bastante exiguo resultará el ejercicio de los derechos de defensa y de contradicción.

Una vez más, mediante una norma de naturaleza ordinaria, se desvirtúa el alcance de un principio rector, el establecido en el artículo 8º del proyecto con su desarrollo, habida cuenta de que si el procesado o su defensor no pueden conocer todas las pruebas que tiene en su poder la Fiscalía para solicitar la imposición de medida de aseguramiento, no se garantiza cabalmente el derecho de defensa.

Tal posibilidad en la actualidad se descartaría de plano, pues está suficientemente establecido que los funcionarios judiciales no pueden reservarse pruebas, por cuanto el ejercicio del derecho de contradicción que concreta el derecho de defensa y que, como ya se dijo, entrega legitimidad y validez a la actuación, no puede sostenerse sobre pruebas secretas, sino sobre medios de prueba expuestos, y sobre los cuales los sujetos procesales hayan tenido la oportunidad de ejercitar su derecho de contradicción.

Sobre el punto ha señalado la Corte Constitucional que:

“El artículo 29 de la Constitución Política establece como una de las garantías del debido proceso, que éste ha de ser público. Este principio, conforme a la doctrina universal, implica el conocimiento por las partes de (...) las actuaciones que se surten en éste, pues, de otra manera no podría hacerse efectivo el derecho a la imparcialidad de los funcionarios judiciales, ni podría tampoco ejercerse el de impugnar las providencias que se consideren contrarias a la ley.

“Es evidente que cuando se ignora la identidad de la persona que rinde una declaración en contra del sindicado se mengua de manera protuberante y ostensible la garantía constitucional del debido proceso público, en la medida en que se desconoce por completo el principio de publicidad y contradicción de la prueba, al imposibilitarse el ejercicio pleno del derecho a tachar al testigo, cuando existan motivos para dudar de su imparcialidad”.

A su vez, el artículo 15 del Proyecto regula el principio de contradicción así:

“Las partes tendrán derecho a conocer y controvertir las pruebas, así como a intervenir en su formación, tanto las que sean producidas o incorporadas en el juicio oral y en el incidente de reparación integral, como las que se practiquen en forma anticipada”.

No obstante, ninguna alusión se realiza a las pruebas con las que cuente la Fiscalía adicionales a las expuestas para solicitar al juez de garantías la imposición de medida de aseguramiento, salvedad que como se dijo, es introducida por el artículo 340 del proyecto, y que va en contravía de la prevalencia que corresponde al principio rector.

Así las cosas, también puede verificarse que el precepto citado viola el derecho fundamental a la defensa establecido en el artículo 29 de la Carta Política, así como los preceptos inicialmente transcritos del bloque de constitucionalidad, esto es, del Pacto de Nueva York y de la Convención de San José de Costa Rica.

4.3.3. En la solicitud de revocatoria de la medida de aseguramiento

Si el artículo 343 del Proyecto de ley establece que:

“Cualquiera de las partes podrá solicitar la revocatoria de la medida de aseguramiento, por una sola vez y ante el mismo Juez que la impuso, presentando los elementos materiales probatorios y evidencia física o la información legalmente obtenidos que permitan inferir razonablemente que han desaparecido los requisitos del artículo 329”.

No se advierte con un criterio lógico, de qué manera puede la defensa allegar elementos cognoscitivos que desvirtúen las exigencias sustanciales establecidas en el artículo 329 del mismo ordenamiento, si no ha tenido oportunidad de conocer todas las pruebas que obran contra el imputado, circunstancia adicional para estimar que con tales preceptos se viola el derecho de defensa.

Además, si eventualmente la defensa consiguiera desvirtuar los requisitos del artículo 329, podría la Fiscalía sacar a relucir las pruebas aún no expuestas para conseguir que se mantenga la medida de aseguramiento, variación probatoria sustancial contra la cual la defensa no podría intentar nuevamente la solicitud de revocatoria, pues esta posibilidad se establece “por una sola vez”, situación que pone de presente el desequilibrio y la indebida restricción del derecho de contradicción probatoria, y con ello la violación del derecho de defensa.

Tampoco se advierte de qué manera la defensa puede controvertir los presupuestos probatorios sobre los que se edificó la medida de aseguramiento, si es posible que la Fiscalía tenga pruebas reservadas aún no exhibidas, circunstancia que nuevamente denota un quebranto al principio de lealtad que debe regir la conducta de los contradictores, pues la sagacidad o la sorpresa no son precisamente elementos transcendentales en el establecimiento de responsabilidad de las personas, razón por la cual se ha dado paso en el sistema actualmente en vigencia a que el procesado y su defensor estén en capacidad de conocer las diligencias preliminares, que en otro tiempo eran reservadas.

Sin duda, no se puede con criterios eficientistas reemplazar a los fiscales sin rostro por los fiscales con rostro que ocultan las pruebas para sorprender al procesado en la audiencia, cuando seguramente no tendrá tiempo de preparar adecuadamente la contradicción especialmente fáctica, no jurídica, de los medios de prueba que solo hasta aquel tardío momento conocerá y que le fueron vedados en el curso de la actuación.

5. EPÍLOGO

Basten por ahora las anteriores reflexiones para sugerir que en punto de la legitimidad y validez material del sistema acusatorio próximo a implantarse en Colombia, resulta imprescindible retirar la facultad de reservar medios demostrativos a la Fiscalía al efectuar la imputación o al solicitar la imposición de medida de aseguramiento, pues solo de tal manera podrán hacerse efectivos los principios rectores de lealtad, contradicción e igualdad, declarados en el mismo estatuto, y a la postre se garantizará el derecho a la defensa reconocido en la Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (Pacto de Derechos Civiles y Políticos, y Convención Americana de Derechos Humanos).

