

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

*Hernando Barreto Ardila**

ABSTRACT

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, evidente resulta 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 ase-

* Abogado de la Universidad Externado de Colombia; especialista y Magíster en derecho penal y ciencias criminológicas de la misma Universidad; especialista en derechos humanos de la Universidad Complutense de Madrid; profesor universitario; magistrado auxiliar de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

guramiento, pues sólo 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.

PRESENTACIÓN

El urgente propósito de estas notas apunta a resaltar algunas falencias que en la consagración y tratamiento del derecho de defensa encuentro en el 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 en la discusión sobre el tema, para obviar que en el texto legal que finalmente se apruebe y sancione, no se incurra en desatinos tales que a la postre puedan eventualmente dar lugar a la declaratoria de inexecutable 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.

Entonces, el escrito se divide en tres cuerpos. En el primero se abordan sucintamente las exigencias de los principios en el Estado social y democrático de derecho; el segundo se ocupa de señalar 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.

I. 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 socio-político del Estado, y el 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 anomalía 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.

A. LA NOCIÓN DE PRINCIPIO

El principio constituye el punto de partida, un concepto central o el fundamento de un sistema. Constituye 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; la cual exige lo merecido a través de un título denominado dignidad. La dignidad se hace efectiva a través de los derechos fundamentales; los cuales prestan a su vez la utilidad de construir los principios, que en ocasiones son recogidos parcial o totalmente en normas denominadas rectoras, las cuales, a su vez, tienen prevalencia sobre el resto de normas ordinarias.

Así, pues, los principios se caracterizan por ser *generales*, en cuanto aplicables sin distinción en un tiempo y en un espacio determinado; *no excepcionables*, dado que si bien pueden ser objeto de limitaciones en cuanto decantaciones de los derechos fundamentales que tampoco son absolutos, no pueden ser excepcionados en punto de hacer nugatorio el ejercicio de su núcleo esencial.

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 que por el contrario, se les tenga como la mera imposición forzada de la voluntad de quien legisla o decide judicialmente. Son *independientes*, habida cuenta que su existencia axiológica no depende de que se les guarde 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 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 socio-política 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.

II. ÁMBITO Y ALCANCE ACTUAL DEL DERECHO DE DEFENSA

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

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

El derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor [...] El 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* (cursivas fuera de texto).

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...* (cursivas fuera de texto).

A su vez, el artículo 3.º de la Ley 279 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, se 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. (cursivas fuera de texto).

B. 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 artículo 304 del Código de Procedimiento Penal (cursivas fuera de texto).

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*¹ (cursivas fuera de texto).

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...² (cursivas fuera de texto).

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 suplente el ejercicio real del derecho de defensa como condición de validez del contradictorio³; naturalmente, en virtud del principio de instru-

1. Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 1.º de junio de 1995, M. P.: CARLOS EDUARDO MEJÍA ESCOBAR.
2. Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 26 de marzo de 1996, M. P.: CARLOS EDUARDO MEJÍA ESCOBAR.
3. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto del 9 de marzo de 1990, M. P.: LISANDRO MARTÍNEZ ZÚÑIGA.

mentalidad 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 (cursivas fuera de texto).

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, 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, 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 actua-

ción 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 alguno⁴ (cursivas fuera de texto).

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

A. ¿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 tanto la fase investigativa que adelanta la Fiscalía como el juicio.

4. RONALD DWORIKIN. *Los derechos en serio*, Barcelona, Edit. Ariel, 1995, p. 37.

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 sólo de esta manera pudiera extraérsele del ámbito de garantía que dispone el artículo 29 mencionado.

B. ¿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 evidente resulta 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.º del Proyecto de Código de Procedimiento Penal aprobado en segundo debate por la Plenaria de la Cámara se 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 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.

C. ¿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 ésta.

1. En la imputación

El artículo 8.º 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 partícipe 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, evidente resulta 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 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 ésta se encuentra facultada por mandato legal para reservarse medios demostrativos, que sólo 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 sólo viola los principios de igualdad (art. 4.º del Proyecto), lealtad (art.º 12 ídem), contradicción (art. 15 ídem), sino que también, y de manera ostensible, recorta la garantía propia del derecho de defensa (arts. 29 de la Carta Política y 8.º del Proyecto).

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* (cursivas fuera de texto).

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 sólo 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 constitucional, 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 8.º del Proyecto con su desarrollo, habida cuenta 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 se descartaría de plano en la actualidad, como quiera que se encuentra suficientemente establecido que los funcionarios judiciales no pueden reservarse pruebas, habida cuenta que 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:

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 sindicato 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 imparcialidad⁵ (cursivas fuera de texto).

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.

5. Sentencia C-392 del 16 de abril de 2000, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL.

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.

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 (cursivas fuera de texto).

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 trascendentes en el establecimiento de responsabilidad de las personas, razón por la cual se ha dado paso en el sistema vigente 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 sólo hasta aquel tardío momento conocerá y que le fueron vedados en el curso de la actuación.

EPÍLOGO

Basten por ahora las anteriores reflexiones para sugerir que en cuanto a 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 sólo de tal manera podrán hacerse efectivos los principios rectores declarados en el mismo estatuto: lealtad, contradicción e igualdad, 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).

Bogotá, 28 de mayo de 2004.

LA AUTORÍA EN DERECHO PENAL. CARACTERIZACIÓN GENERAL Y ESPECIAL ATENCIÓN AL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO*

Miguel Díaz y García Conlledo

I. INTRODUCCIÓN

Resulta imposible en una exposición como ésta abordar en profundidad los problemas que la autoría y su distinción de la participación plantean. Por ello, voy a intentar trazar un panorama general, sin pretensiones de precisión o detalle¹, para posteriormente

* El presente trabajo parte, ampliándola, de la ponencia presentada en las *xxvi Jornadas Internacionales de Derecho Penal: autoría y participación*, organizadas por el Departamento de Derecho Penal de la Universidad Externado de Colombia y celebradas en dicha Universidad en Bogotá del 18 al 20 de agosto de 2004 (20). Agradezco sinceramente a los organizadores la invitación a participar y a los asistentes sus preguntas y observaciones. He de excusarme por no haber podido manejar exhaustivamente, como habría sido mi deseo, doctrina y jurisprudencia colombianas, pues no están a mi alcance en España. El trabajo se ha beneficiado de diferentes proyectos de investigación de los que soy investigador principal, especialmente de BU2001-0121 (Ministerio de Ciencia y Tecnología, España) y LE 55/02 (Junta de Castilla y León, España).

1. Tampoco voy a pretender una mínima exhaustividad en las citas. Mis trabajos sobre diferentes aspectos de la codelinuencia son bastantes (uno ya publicado en Colombia) y en ellos se pueden encontrar exposiciones más detalladas, referencias a veces exhaustivas, y opiniones más fundamentadas sobre diversos problemas de la autoría y la participación. Ver los más directamente relacionados con la autoría y la participación: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. "Inducción o autoría mediata en malversación impropia", en *La Ley* 1986-4, pp. 521 a 531; íd. *La autoría y sus clases en Derecho Penal. (Especial consideración del concepto de autor en la autoría directa y la coautoría)*, León, Universidad de León, 1989 (resumen en papel y texto completo en microficha); íd. *La autoría en Derecho penal*, Barcelona, PPU, 1991; íd. "Omisión de impedir delitos no constitutiva de participación por omisión.