

Principia IURIS

12



Facultad de
Derecho

Principia IURIS Tunja Colombia N° 12 pp. 1 - 262 julio diciembre 2009 ISSN: 0124-2067



Centro de Investigaciones Socio-Juridicas
Universidad Santo Tomás - Seccional Tunja



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

T U N J A
Experiencia y Calidad

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS, SECCIONAL TUNJA
FACULTAD DE DERECHO

REVISTA DE DERECHO
PRINCIPIA IURIS
No. 12

Tunja, 2009-2

Principia Iuris	Tunja, Colombia	No. 12	pp. 1 - 262	Julio Diciembre	2009	ISSN: 0124-2067
--------------------	--------------------	--------	-------------	--------------------	------	-----------------

Entidad Editora

Universidad Santo Tomás, Seccional
Tunja

Director

Ph.D. Ciro Nolberto Güechá Medina

Editor

Mg. Diego Mauricio Higuera Jiménez

Número de la revista

DOCE (12)
SEGUNDO SEMESTRE DE 2009

Periodicidad

SEMESTRAL

ISSN

0124-2067

Dirección postal

Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas.
Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja.
Calle 19 # 11-64. Tunja, Boyacá, Colombia.

Teléfono

(8) 7440404 Ext. 1024

Correo electrónico

revistaderecho@ustatunja.edu.co
dhiguera@ustatunja.edu.co

Diseñador Portada: Santiago Suárez

Corrección de Estilo: Mg. Santiago Bordamalo
Echeverría, Dpto. de Humanidades

Revisión inglés: Carlos Manuel Araque López

Estudiantes Colaboradoras: María Alejandra
Orjuela Ramírez, Jennifer Ayala Toca,
Anderson J. Sánchez y Nancy Sánchez

Anotación: El contenido de los Artículos es
responsabilidad exclusiva de sus autores,
hecho el depósito legal.

DIRECTIVAS INSTITUCIÓN

Fray Luis Alberto Orozco Arcila, O.P.
Rector Seccional

Fray Tiberio Polanía Ramírez, O.P.
Vicerrector Académico

Fray Erico Juan Macchi Céspedes, O.P.
Vicerrector Administrativo y Financiero

Fray Luis Antonio Alfonso Vargas, O.P.
Decano de División

COMITÉ CIENTÍFICO

Ph.D. Pierre Subra de Biesses
Universidad Paris X, Francia

Mg. Galo Christian Numpaque Acosta
Director Centro de Investigaciones

Ph.D. Pablo Guadarrama
Universidad Central de las Villas, Cuba

Ph.D. Carlos Mario Molina Betancur
Universidad Santo Tomás, Colombia

Ph.D. Ricardo Rivero
Universidad de Salamanca, España

COMITÉ EDITORIAL SECCIONAL

Fray Tiberio Polanía Ramírez, O.P.
Vicerrector Académico.

Mg. Galo Christian Numpaque Acosta.
Director Centro de Investigaciones.

Mg. Andrea Sotelo Carreño.
Directora Departamento de
Comunicaciones y Mercadeo.

COMITÉ EDITORIAL FACULTAD

Ph.D. Ana Yazmín Torres Torres
Universidad Carlos III, España.

Ph.D. Yolanda M. Guerra García
Madison University, Estados Unidos.

C. Ph.D. Gloria Yaneth Vélez Pérez
Universidad de Medellín, Colombia

C. Ph.D. Juan Ángel Serrano Escalera
Universidad Carlos III, España.

PARES ACADÉMICOS INTERNOS

Ph.D. Ciro Nolberto Güechá Medina.
Decano de Facultad de Derecho

Ph.D. Ana Yazmín Torres Torres
Docente Investigadora Facultad de
Derecho

Mg. Robinson Arí Cárdenas Sierra
Docente investigador Facultad de
Derecho

Mg. Jorge Enrique Patiño Rojas
Docente investigador Facultad de
Derecho

Esp. Carlos Gabriel Salazar Cáceres.
Docente investigador Facultad de
Derecho

Esp. Álvaro Bertel Oviedo
Docente investigador Facultad de
Derecho

Esp. Yenny Carolina Ochoa Suárez.
Secretaria de División

PARES ACADÉMICOS EXTERNOS

Mg. Robinson Sanabria.
Docente Universidad Libre de Colombia

C. Ph.D. Fabio Iván Rey Navas
Docente investigador Facultad de
Derecho Universidad Pedagógica y Tecnológica
de Colombia

C. Ph.D. Gloria Yaneth Vélez Pérez
Coordinadora de Investigación
Universidad de Medellín.

Esp. Jaime Fayath Rodríguez Ruiz
Gobernación de Boyacá.

CONTENIDO

Editorial 9

Presentación 11

Sección I. Artículos de producción institucional.

Conceptos sobre la responsabilidad estatal: una aproximación a la
responsabilidad del Estado por actos terroristas 15
Yolanda M. Guerra García.

El derecho de marcas frente a las infracciones al derecho
de la competencia..... 35
Fernando Arias García.

Hacia un nuevo modelo de enseñanza exitosa: dogmatización
fallida del derecho 49
Germán Bernal Camacho y María Fernanda Murillo Delgadillo.

Ecología intelectual, del sitio de producción de la teoría
pura del derecho 59
Carlos Alberto Pérez Gil.

Derechos del enfermo derivados del consentimiento informado 75
Enrique López Camargo.

Estudio integrado de la legitimidad en la Corte Constitucional
colombiana 91
Diego Mauricio Higuera Jiménez.

Principia Iuris	Tunja, Colombia	No. 12	pp. 1 - 262	Julio Diciembre	2009	ISSN: 0124-2067
--------------------	--------------------	--------	-------------	--------------------	------	-----------------

Sección II. Tema Central –Punición, Análisis críticos.

El principio de igualdad de armas en el sistema procesal penal colombiano a partir del acto legislativo 03 de 2002	121
Alfonso Daza González.	
Contravenciones comunes de policía en Colombia	147
Luís Enrique Rodríguez Gómez.	
Breve historia de la cárcel	159
Carlos Gabriel Salazar Cáceres.	
Concepciones y prácticas sobre la enfermedad mental en Colombia. Siglos XVI al XXI	177
Fabián Leonardo Benavides Silva.	
El derecho humano al agua y las garantías para su realización	203
Alfonso Daza González.	

Sección III. Temáticas Internacionales, Extranjeras y Comparadas.

Manifestaciones del principio acusatorio: exégesis de la ley de enjuiciamiento criminal en España	231
Juan Ángel Serrano Escalera	

CONTENTS

Editorial	9
Presentation	11
 <i>Part I. Articles of institutional production</i>	
Concepts of state responsibility: an approach to state responsibility for terrorist acts	15
Yolanda M. Guerra García.	
Trademark law against infringements of competition law	35
Fernando Arias Garcia	
Towards a new model of successful teaching: failed dogmatization law	49
German Bernal Camacho and Maria Fernanda Murillo Delgadillo.	
Intellectual ecology production site of the pure theory of law	59
Carlos Alberto Pérez Gil.	
Rights of patient informed consent from	75
Enrique López Camargo.	
Integrated study of legitimacy in the Colombian Constitutional Court	91
Diego Mauricio Higuera Jimenez	

Part II. Central topic-punishment, Critical Analysis.

The principle of equality of arms in the Colombian criminal justice system from legislation in March 2002 121
González Alfonso Daza.

Common Violations police in Colombia 147
Luis Enrique Rodríguez Gómez.

Brief history of the prison 159
Carlos Gabriel Salazar Cáceres.

Concepts and practices of mental illness in Colombia. XVI to XXI.... 177
Fabian Benavides Leonardo Silva.

The human right to water and due for completion 203
González Alfonso Daza.

Part III. - International, Foreign and Compared subject matters.

Manifestations of the adversarial principle: exegesis of the Criminal Procedure Law in Spain 231
Juan Angel Serrano Escalera

EDITORIAL

Desde hace varios años, cuando el Doctor **Ciro Nolberto Güechá Medina** asumió la dirección de la revista institucional de la Facultad de Derecho, **PRINCIPIA IURIS**, se planteó como meta producir una publicación periódica que cumpliera con todos los parámetros de alta calidad; fue así como se constituyó un comité editorial con profundos conocimientos en resultados jurídicos, se instituyó un comité científico con personalidades académicas altamente reconocidas, se encargó a un editor concreto del impulso de la revista y se formalizó el perfil investigativo y científico de la revista, lo cual ha sido posible, en gran medida, gracias al rigor jurídico y la postura constructiva de los pares académicos especializados, quienes han marcado una pauta de calidad y una guía a los escritores. En desarrollo de estos planes consideramos que actualmente la **PRINCIPIA IURIS** se ha convertido en un espacio idóneo para la presentación de productos y divulgaciones resultados de diversos proyectos de investigación.

Esto no habría sido posible sin el compromiso de todos los escritores, quienes han plasmado lo mejor de su inteligencia y dedicación en estos espacios; en primer lugar, cabe elogiar su formalidad, notoria en la utilización de un sistema unificado de citación, la presentación con referencias en otros idiomas (inglés y francés, particularmente) y el cumplimiento oportuno de los términos editoriales.

Pero más aún, es importante resaltar el compromiso de fondo en la producción de los escritos institucionales, al tratarse de una Casa de Estudios consciente de su filosofía humanista, los miembros del Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja, se han visto abocados a una actitud que permita integrar la pedagogía y la investigación con miras a la proyección social, lo cual se busca en concreto

mediante una vocación creadora de la forma más valiosa que conoce la Academia, en el espíritu de otros.

PRINCIPIA IURIS Número 12 presenta como tema central: «Punición, Análisis críticos» como resultado de la línea de investigación en Derecho Humanos, Derecho Penal y Procesal Penal, esperando contribuir al debate de esta depurada e importante rama del derecho. Sabemos que aún tenemos mucho que recorrer con miras al continuo mejoramiento y construcción de ciencia jurídica; en este orden de ideas invitamos a la comunidad académica a participar en la próxima edición de nuestra revista cuyo tema central será; «Problemáticas contemporáneas respecto de las relaciones con el Estado».

Diego Mauricio Higuera Jiménez
Editor

PRESENTACIÓN

Con agrado la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja, da a conocer a la comunidad académica, jurídica e intelectual en general, la presente edición de nuestra publicación institucional **PRINCIPIA IURIS Número 12**, cuyo tema central es «*Punición, Análisis críticos*», como resultado de los avances obtenidos por nuestra Línea de Investigación en Filosofía Institucional y del Derecho.

Desde su nacimiento en el siglo XVII, el derecho penal como ciencia específica del derecho ha mostrado un considerable avance en términos de depuración teórica y humanización del derecho, las cláusulas de derechos intangibles, debido proceso y los fines de las penas, son apenas unos ejemplos; sin embargo, en Colombia la tragedia de la violación de los derechos humanos y los indignantes niveles de impunidad (98.5% según informes de la Naciones Unidas) nos obligan, en desarrollo de nuestros compromisos intelectuales, a fortalecer esta rama del derecho.

En la primera sección, referente a artículos de producción institucional, se desarrollan temas de responsabilidad del Estado por actos terroristas, la aparente tensión entre el derecho de marcas y las infracciones al derecho de la competencia, la dogmatización fallida del derecho, el ambiente intelectual de la teoría pura del derecho, los derechos derivados del consentimiento informado en actividades médicas y la legitimidad en la Corte Constitucional colombiana,

Posteriormente, entramos a desarrollar nuestro tema central «*Punición, Análisis críticos*», examinando en primer lugar algunas tendencias de orden procesal con los artículos sobre «El principio de igualdad de armas en el sistema procesal

penal colombiano a partir del acto legislativo 03 de 2002 y «Contravenciones comunes de policía en Colombia», para posteriormente hacer una referencia histórica con los escritos sobre «Breve historia de la cárcel» y «Concepciones y prácticas sobre la enfermedad mental en Colombia. Siglos XVI al XXI» para concluir con una referencia a los derechos humanos, en concreto con el trabajo titulado «El derecho humano al agua y las garantías para su realización».

Finalmente, en la sección tercera, relativa a Temáticas Internacionales, Extranjeras y Comparadas, presentamos el artículo titulado «Manifestaciones del principio acusatorio: exégesis de la ley de enjuiciamiento criminal en España» como resultado del convenio suscrito entre la Universidad Carlos III de Madrid y nuestra Alma Mater. Esperamos con estos trabajos contribuir al desarrollo de tan importante rama del Derecho.

**Fray Luis Antonio Alfonso Vargas, O.P.
Decano de División Facultad de Derecho**

***SECCIÓN II. TEMA CENTRAL –PUNICIÓN, ANÁLISIS
CRÍTICOS.***

***PART II. CENTRAL TOPIC-PUNISHMENT, CRITICAL
ANALYSIS.***

**EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE ARMAS EN EL SISTEMA
PROCESAL PENAL COLOMBIANO A PARTIR DEL ACTO
LEGISLATIVO 03 DE 2002**

**THE PRINCIPLE OF EQUALITY OF WEAPONS IN THE
CRIMINAL PROCEDURE SYSTEM FROM COLOMBIAN
LEGISLATURE ACT 03 OF 2002**

Alfonso Daza González*

Fecha de entrega: 02-02-10

Fecha de aprobación: 10-02-10

RESUMEN**

En el sistema penal acusatorio derivado del Acto Legislativo 02 de 2003 se establece como un imperativo la necesidad de lograr en el proceso penal el principio de igualdad de armas entre las partes intervinientes, lo cual implica para ellas la posibilidad de intervenir en el proceso en condiciones de equidad en lo relativo a derechos, oportunidades, medios de prueba y elementos de convicción. No obstante lo anterior, se evidencia en la práctica jurídica una balanza en contra de la parte defensora y a favor de la fiscalía, con desigualdades flagrantes derivadas de vacíos en el texto legal y de la forma en que los operarios judiciales interpretan el mismo. Si bien la apelación a principios rectores del procedimiento tiende a menguar esta desigualdad, consideramos que hace falta centrar la atención en los momentos procesales en los que ésta es más evidente, y así alentar a legisladores y jueces a superarla. Siendo el ejercicio pleno del derecho fundamental a la defensa uno de los presupuestos del Estado Social de Derecho en general y del proceso penal en particular, creemos que una reflexión sobre sus

* Mg. en Derecho Penal y Criminología. Candidato a Doctor en Derecho, Investigador Universidad Santo Tomás Seccional Tunja. Email: adazaabogado@hotmail.com

** Artículo de investigación resultado del proyecto «El principio de igualdad de armas en el sistema procesal penal colombiano a partir del acto legislativo 03 de 2002» vinculado a la línea de investigación en Derecho penal, procesal penal y derecho humanos del Centro de Investigaciones Socio- jurídicas de la Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás Seccional Tunja.

dificultades y potencialidades es del todo pertinente para maximizar su efectividad.

PALABRAS CLAVE

Igualdad de armas, fiscalía, defensa, sistema penal acusatorio.

ABSTRACT

In the penal system accusatory derivative of Legislative Act 02 of 2003, settles down like an imperative the need to obtain in the criminal process the equality of arms between the intervening parts, which implies for them the possibility of taking part in the process in conditions of fairness with respect to rights, opportunities, evidence and elements of conviction. In despite, it's evident a misbalance against the defending part and in favor of the public prosecutor, with flagrant inequalities derived from voids in the

legal text and in the form which the judicial workers interpret the same. Although the appeal to governing principles of the procedure tends to diminish this inequality, we considered that it is necessary to focus attention on the procedural moments at which this one is more evident, and thus to encourage to legislators and judges to surpass it. Being the total exercise of the fundamental right to defense one of the aims of the Social State of Law, generally, and of the penal process in particular, we think that a reflection on its difficulties and potentialities is absolutely pertinent to maximize its effectiveness.

KEY WORDS

Equality of arms, office of the public prosecutor, defense, accusatory criminal system.

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

¿Existe realmente una igualdad de armas en el sistema procesal penal colombiano?

ESTRATEGIA METODOLÓGICA

El método de esta investigación será de análisis y síntesis, en tanto se busca tener pleno conocimiento de la figura

investigada, de los parámetros legales que rigen su realización y, sobre todo, de los errores o falencias de la ley en su regulación normativa.

1. INTRODUCCIÓN

El derecho penal tomado en su conjunto, el procedimiento penal en particular e incluso la misma política criminal del Estado deben estar

encaminados, para cumplir el mandato constitucional, al reconocimiento y garantía del principio de igualdad de armas, tendiente a equilibrar las condiciones en las que las partes en litigio penal se enfrentan, se contradicen y, finalmente, se someten a la sentencia judicial dictada por el juez.

El citado principio se encuentra presente en las legislaciones nacional e internacional, en dos sentidos: como regla de juicio dirigida a garantizar un debido proceso judicial, y como regla de protección de los derechos fundamentales del imputado.

Para el caso colombiano, la doctrina, la jurisprudencia y las propias instituciones judiciales e investigativas coinciden en afirmar que, en el marco del proceso penal, las partes enfrentadas, esto es, la fiscalía y la defensa, deben estar en posibilidad de acudir ante el juez con las mismas herramientas de persuasión, los mismos elementos de convicción, sin privilegios ni desventajas, a fin de convencerlo de sus pretensiones procesales.

Ahora, bien siendo el aparato estatal investigativo encargado de acusar, por regla general, quien detenta la fortaleza económica, orgánica y funcional, es evidente que frente a los demás actores

del proceso se encuentra en clara ventaja, en especial frente a la defensa, actor particularmente débil que requiere de la habilidad, los conocimientos y la contundencia probatoria del abogado, público o privado, que la ejerza adecuadamente (CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-1194 de 2005.).

Se ha dicho con razón que la situación de desventaja en que se encuentra la defensa, como sujeto procesal, no permite el normal desarrollo de la defensa técnica del imputado, como derecho fundamental. El derecho a una defensa técnica, derivado del derecho a un debido proceso, está compuesto de elementos esenciales como el tiempo y los medios adecuados para ejercer la defensa, el derecho a presentar pruebas y a contradecir las presentadas en contra, la presunción de inocencia y el derecho a que las peticiones sean resueltas en un plazo razonable. En este artículo se sostiene que el respeto a cada uno de estos ítems de la defensa es condición primera para lograr la igualdad de armas en el sistema procesal colombiano.

La consagración del principio se justifica por el desequilibrio al interior de las instituciones y las medidas procesales adoptadas por el Código de Procedimiento Penal que, de una u otra manera, afectan derechos o garantías

de la defensa, en tanto la dejan en situación de desigualdad frente al titular de la acción penal en el desarrollo del juicio.

Un ejemplo de lo anterior es el hecho de que la fiscalía conserva frente a la defensa algunas funciones judiciales, con alcance para afectarle a los procesados derechos sustanciales como la intimidad y la libertad. No resulta compatible con la idea de igualdad, dentro de un sistema adversarial, que una de las partes tenga la potestad de afectar, *motu proprio*, a la otra.

En los juicios en ausencia, por citar otro ejemplo, el desequilibrio para la defensa radica no sólo en la imposibilidad de ejercer su defensa material dado el nulo contacto con el procesado sino también en la dificultad de acudir a celebrar acuerdos con la fiscalía. Numerosos son los casos en que las personas nunca se enteran que en su contra se está adelantando un proceso, y lo más grave es que cuando se notifican, por lo regular capturados, ya han sido condenados sin que la ley contemple alguna alternativa para remediar la situación porque los términos ya se han vencido.

Un ejemplo adicional de desequilibrio entre fiscalía y defensa se evidencia en la figura de la detención preventiva enfrentada al principio de presunción de inocencia. En la presunción de inocencia, en la cual la duda se resuelve en favor del reo, la libertad es el principio general; las normas que la limitan –como la detención preventiva– deben interpretarse restrictivamente y las medidas de aseguramiento deben someterse a los criterios de necesidad, idoneidad, proporcionalidad y razonabilidad¹. En respeto de dichos principios, la detención preventiva, cuyos fines son análogos a los de la pena en sentido estricto, debe equipararse a una medida de aseguramiento procesal y no a una pena anticipada².

Consecuencia grave de la desigualdad de armas es que abona el camino para la congestión judicial y, por ende, abre paso a la burocratización del proceso penal. Con la congestión judicial, se ha dicho con razón, el sistema colapsa y genera en el conglomerado social desconfianza hacia la administración de justicia³. Vistas las arbitrarias características y procedimientos del sistema, y en la búsqueda de la efectividad de la jurisdicción y de la

¹ LEY 906 DE 2004. (Agosto 31). «Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal». Publicada en el Diario Oficial 45.657, de 31 de agosto de 2004. Artículo 295. Afirmación de la libertad. Las disposiciones de este código que autorizan preventivamente la privación o restricción de la libertad del imputado tienen carácter excepcional; solo podrán ser interpretadas restrictivamente y su aplicación debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales.

² Sobre esta importante distinción, ver CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-774 de 2001. M. P.: Rodrigo Escobar Gil; Sentencia C-873 de 2003. M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa; Sentencia C-591 de 2005. M. P.: Clara Inés Vargas Hernández; Sentencia C-1154 de 2005. M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa; Sentencia C-209 de 2007. M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa, entre otras.

³ Información tomada de: GRANADOS PEÑA, JAIME ENRIQUE y HARTMANN ARBOLEDA, MILDRED. «El Diseño del Nuevo Proceso Penal Constitucional», en CORPORACIÓN EXCELENCIA EN LA JUSTICIA. Reforma Constitucional de la Justicia Penal. Texto del Acto Legislativo 03 de 2002 y Documentos de Trámite, t. II, 1ª ed., Bogotá, D.C., Corporación Excelencia en la Justicia, 2003.

protección de los derechos de las partes, deben tenerse en cuenta salidas a la desigualdad que, entre otras cosas, descongestionen y haga más efectivo el aparato jurisdiccional.

Lo anterior supone una necesaria intervención para superar la desigualdad, de cara a propiciar una equidad de trato y de oportunidades para la parte defensora. Con tal fin se promueve el fortalecimiento de principios procesales tales como la presunción de inocencia, el principio *in dubio pro reo*, las prohibiciones de doble incriminación y de autoacusación, entre otros, lo cual, aunque necesario, no es suficiente; deben en todo caso identificarse los vacíos normativos y yerros judiciales que permiten dicha desigualdad y alentar al legislador a corregirlos y al operario judicial a superarlos.

El sistema acusatorio reclama así un proceso respetuoso de los derechos y garantías del acusado. Los pronunciamientos de la Corte Constitucional en ese sentido son muy claros, y aunque en alguna medida han logrado restablecer el equilibrio, aún faltan esfuerzos legislativos y judiciales para lograr una verdadera igualdad de armas entre fiscalía y defensa.

2. RESULTADOS

Este artículo es el resultado de la investigación jurídico-procesal «La igualdad de armas en el sistema procesal penal colombiano» realizada en la Universidad Santo Tomás de Tunja. Fruto de esa investigación es el texto que aquí se presenta, en el cual se pretende responder a la cuestión de si en realidad existe un principio de igualdad de armas en el sistema procesal penal colombiano o si, por el contrario, no cabe hallarlo efectivamente reconocido en las disposiciones procesales pertinentes.

3. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE ARMAS EN EL SISTEMA COLOMBIANO

La igualdad es un concepto ético, filosófico y político que exige tratar a todos los seres humanos con el mismo medidor, por ser portadores de una misma dignidad intrínseca y titulares de los mismos derechos fundamentales (VALENCIA VILLA, H. *Diccionario Espasa Derechos Humanos*, Madrid, Editorial Espasa Calpe, p. 219.). Presente a lo largo de la historia humana, fue en las expresiones revolucionarias de los siglos XVIII y XIX donde tomó una fuerza inusitada, como prerrogativa del individuo frente al poder del Estado.

Actualmente, se encuentra presente en casi todas las legislaciones del mundo y es proclamada en los instrumentos internacionales de derechos humanos⁴.

En el mundo del deber ser, la igualdad ha sido erigida como principio orientador del ordenamiento jurídico y, a un tiempo, como derecho fundamental de las personas. Al tratarse de una noción tan amplia, la igualdad ha adquirido diversas formas y matices, siendo las dos acepciones principales: a). La igualdad jurídica, que las normas nacionales e internacionales reconocen al individuo por el solo hecho de serlo, y que deben ser aseguradas por la justicia conmutativa o judicial, y; b). La igualdad socioeconómica, que resulta de las estructuras y relaciones materiales de la sociedad en cada momento histórico, y que debe ser garantizada por la justicia distributiva.

El tipo de igualdad a que nos referiremos en este trabajo es la igualdad jurídica, y en particular, la igualdad de armas en el proceso penal, expresión de la necesidad de garantizar oportunidades equitativas de acusación y defensa a los intervinientes en el debate penal. Si bien esta forma de igualdad proclama el equilibrio entre los actores, tiende a la protección de

los intereses del imputado y al fortalecimiento de su defensa, dada la histórica e implícita desigualdad entre el Estado acusador y el individuo acusado. La igualdad de armas tiene entonces la misma función que tenía el principio de la igualdad durante las revoluciones burguesas: esgrimir la defensa del individuo frente al poder del Estado.

Como antes se anunciaba, ésta se encuentra presente en las legislaciones nacional e internacional, en dos sentidos claros: como regla de juicio dirigida a garantizar un debido proceso judicial y como regla de protección de los derechos fundamentales del imputado.

Así, el sistema europeo, en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, el principio de igualdad de armas se deriva del artículo 6.1., contenido del principio jurídico conocido bajo el brocardo «*audiatur et altera pars*» y que literalmente significa «escuchar también a la otra parte»⁵. En el sistema interamericano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, si bien no reconoce de manera expresa la necesidad de contar con un proceso equitativo entre defensa

⁴ DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS. Adoptada y proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 217A (III), de 10 de diciembre de 1948. Artículo 1. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

⁵ CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES. Adoptada por los Estados miembros del Consejo de Europa reunidos en Roma, el 4 de noviembre de 1950. Artículo 6. Derecho a un proceso equitativo. 1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella (...).

y fiscalía, de la redacción de su artículo 8 cabe colegir una serie de amplísimas garantías judiciales tendientes a asegurar el desarrollo igualitario y regular del proceso⁶.

Para el caso colombiano, la doctrina, la jurisprudencia y las propias instituciones judiciales e investigativas coinciden en afirmar que en el marco del proceso penal las partes enfrentadas, esto es, la fiscalía y la defensa, deben estar en posibilidad de acudir ante el juez con las mismas herramientas de persuasión, los mismos elementos de convicción, sin privilegios ni desventajas, a fin de convencerlo de sus pretensiones procesales.

La Corte Constitucional explica en la Sentencia C-396 de 2007 la naturaleza del principio con la siguiente fórmula:

«La aplicación del principio de igualdad de armas en el proceso penal hace parte del núcleo esencial de los derechos al debido proceso y de igualdad de trato jurídico para acceder a la justicia (artículos 29, 13 y 229 de la

Constitución), según el cual las partes deben contar con medios procesales homogéneos de acusación y defensa, de tal manera que se impida el desequilibrio entre las partes y, por el contrario, se garantice el uso de las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación».

Valga decir que la igualdad de armas constituye uno de los principios fundamentales de los sistemas penales de tendencia acusatoria pues la estructura de los mismos, contrario a lo que ocurre con los modelos de corte inquisitivo, es adversarial, lo que significa que en el escenario del proceso penal, los actores son contendores que se enfrentan ante un juez imparcial en un debate en el que ambos deben intervenir con las mismas herramientas de ataque y protección⁷.

En el marco del sistema acusatorio está encaminada a asegurar que el acusador y el acusado gocen en el escenario de juicio de los mismos medios de ataque y de defensa para hacer valer sus alegaciones y medios de prueba. Está llamado así a equilibrar los poderes

⁶ CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Suscrita por la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, entrada en vigor el 18 de julio de 1978 conforme al artículo 74.2 de la misma y aprobada en Colombia mediante Ley 16 de 1972. Artículo 8. 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter (...).

⁷ La doctrina especializada ubica el origen de la figura en el diseño procesal norteamericano, particularmente en el proceso *Roviaro vs. United States*, del que conoció la Corte Suprema de los Estados Unidos. Ante la necesidad de que la defensa tuviera oportunidad de producir evidencias a su favor, la Corte Suprema estableció que, en aplicación del principio de justicia procesal (fairness), la Fiscalía estaba obligada a revelar la identidad de un testimonio que adujo como prueba de cargo. Con posterioridad, la Corte Suprema de Justicia ha extendido los alcances del principio buscando que la Fiscalía revele información y evidencia relevante para el proceso, siempre y cuando la misma no esté sujeta a una reserva específica. Entre las decisiones más importantes en la materia figuran *Money vs. Holohan*, 294 U.S. 103 (1935), *Brady vs. Maryland*, 373 U.S. 83 (1963) y *United States vs. Agurs*, 427 U.S. 97 (1976). Ver, GUERRERO PERALTA, OSCAR JULIÁN. Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal, Bogotá, D.C., Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005, p. 282.

desiguales en el escenario procesal. Siendo el aparato estatal investigativo encargado de acusar, por regla general, quien detenta la fortaleza económica, orgánica y funcional, es evidente que frente a los demás actores del proceso se encuentra en clara ventaja, en especial frente a la defensa, actor particularmente débil que requiere de la habilidad, los conocimientos y la contundencia probatoria del abogado, público o privado, que la ejerza.

Según precedente de la Corte Constitucional contenido en la Sentencia C-591 de 2005, la igualdad de armas no es sólo un principio rector y una garantía procesal consagrada en el Código de Procedimiento Penal sino que también es un desarrollo del inciso 3 del artículo 13 constitucional toda vez que el detenido se encuentra en una situación de indefensión en la medida en que la restricción de su libertad le impide recaudar por sus propios medios el material probatorio que requiere para oponerlo al recaudado por la fiscalía. (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1194 de 2005, Sentencia T-110 de 2005)

En pronunciamiento posterior ha dicho el alto tribunal que el principio se traduce en «el derecho a que no se instauren excepciones o privilegios que

exceptúen a unos individuos de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias» (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-028 de 2006.), lo que comporta la prohibición de que una de las partes dentro del proceso posea u obtenga herramientas que le signifiquen ventajas procesales frente a la contraparte.

La igualdad es el pilar fundamental para el éxito del proceso y más especialmente para la búsqueda de la verdad, porque la fiscalía (ente acusador) posee una serie de atribuciones, infraestructura, conocimiento técnico y jurídico, además de poderío económico por ser una entidad del estado, circunstancias que develan la necesidad de dotar a la contraparte de herramientas sino iguales al menos similares, para lograr que el juicio final no se determine por la desigualdad de las partes sino que se llegue a éste por medio del estudio imparcial de los hechos, pruebas y demás fuentes que puedan originar una determinada decisión judicial.

Teniendo en cuenta que los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos⁸ propenden por garantizar los derechos de la persona sometida a un proceso y, más específicamente, por velar que al imputado no

⁸ PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 2200A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, entrado en vigor el 23 de marzo de 1976 de conformidad con su artículo 49 y aprobado en Colombia mediante Ley 74 de 1968. Artículo 14. (...) 3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) e) 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 (...); CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Artículo 8. (...) 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas (...).

se le vulnere ninguna de las garantías que consagra el debido proceso (IGUARÁN ARANA, M. «Constitucionalización del Derecho Procesal Penal», Bogotá, D.C., Universidad Externado de Colombia, p. 259), es evidente la necesidad de analizar los derechos que posee la defensa dentro del proceso y en particular la defensa pública como una alternativa de maximización de la protección de los derechos del imputado que está en desigualdad de condiciones frente al ente acusador⁹.

3.1. El rol de la defensa en el proceso penal

La doctrina nacional como internacional y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, coinciden en señalar que al hablar de defensa del sindicado estamos frente a un verdadero derecho personal, tesis que comparten con el maestro LUIGI FERRAJOLI quien además añade que la defensa «es el más importante instrumento de impulso y de control del método de prueba acusatorio, consistente precisamente en el *contradictorio* entre hipótesis de acusación y de defensa y las pruebas y contrapruebas correspondientes» (FERRAJOLI, L. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. Ibáñez P,

A., Madrid, Editorial Trotta, 1995, p. 613.).

Se está entonces frente a un derecho personal predicable de toda persona, sin distinción alguna, que sea imputada o sindicada de haber infringido la ley penal y, además, ante una garantía que se exige o se reclama de parte del Estado a través de sus autoridades a favor de todas las personas procesadas¹⁰. (VÁSQUEZ, S «Las garantías judiciales en el Derecho Internacional contemporáneo de los Derechos Humanos», en *La Defensa*, n° 1, Bogotá, D.C., Defensoría del Pueblo, 2002:41).

La constitucionalización del derecho a la defensa lo eleva a garantía material y efectiva, e impone a los funcionarios judiciales la obligación de velar por su ejercicio, que no se limita a la designación sucedánea cuando el procesado no cuenta con un abogado de confianza sino que se prolonga con la vigilancia de la gestión a fin que la oposición a la pretensión punitiva del Estado se amolde a los parámetros de diligencia debida en pro de los intereses del inculcado (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, Sentencia de 11 de julio de 2007. Rad. 26827).

⁹ ILANUD. El Ministerio Público en América Latina desde la perspectiva del Derecho Procesal Penal Moderno, San José, Instituto latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, 1991, p. 11. «La defensoría pública es creada para contrarrestar la ventaja que significa el colocar frente al imputado un órgano con conocimientos técnicos –no solo jurídicos sino de otra índole– se completa la capacidad o personalidad del imputado».

¹⁰ «Las garantías judiciales pueden definirse como mecanismos jurídicos cuya misión es impedir un uso arbitrario de la coerción penal (...)».

Afirma con razón el maestro CARRARA que «la defensa no es un privilegio ni una concesión exigidos por la humanidad, sino un verdadero derecho original del hombre, y por consiguiente inalienable» (CARRARA, F. Programas de Derecho Criminal. Parte General, Bogotá, D.C., Editorial Temis, 1957:457).

Igualmente coincide la doctrina y la jurisprudencia en señalar que este derecho-garantía de estirpe constitucional tiene su razón de ser en la necesidad de asegurar un equilibrio o igualdad de armas real entre el imputado –generalmente frágil y desprovisto de los conocimientos científicos y jurídicos del derecho penal– y el Estado como titular del derecho a castigar, dotado de grandes armas para desempeñar su función.

Por lo anterior, el derecho de defensa debe ser asegurado por el Estado, una de cuyas formas más efectivas es la asistencia legal o jurídica gratuita que implica para las personas carentes de recursos económicos suficientes para hacerle frente a un proceso legal, la posibilidad de contar con la defensa necesaria para proteger sus intereses y así poder acceder a una justicia real y efectiva. La violación de esta obligación por parte del Estado constituye, al sentir de la Corte Interamericana, una vulneración de los

derechos al debido proceso y la protección judicial efectiva¹¹.

En cuanto a las garantías del derecho de defensa la Corte Constitucional se ha pronunciado en la Sentencia C-536 de 2008 en los siguientes términos «El principio de igualdad de armas constituye un elemento esencial de la garantía del derecho de defensa, de contradicción, y más ampliamente del principio de juicio justo, y hace relación a un mandato según el cual, cada parte del proceso penal debe poder presentar su caso bajo unas condiciones y garantías judiciales, que permitan equilibrar los medios y posibilidades de actuación procesal, dentro de las cuales se presente como esencial las facultades en cuanto al material probatorio a recabar, de tal manera que no se genere una posición sustancialmente desventajosa de una de las partes frente a la otra parte procesal, como la que de hecho se presenta entre el ente acusador y el acusado, a favor del primero y detrimento del segundo.

Al respecto; la CORTE CONSTITUCIONAL en Sentencia C-536 de 2008 manifestó que «El principio de igualdad de armas o igualdad de medios, supone entonces que la carga probatoria del acusador es proporcional a sus medios y que las reglas de ejercicio del principio contradictorio en virtud de esa carga,

¹¹ Aunque no en todos los casos. La Comisión aclara que cuando se trata de acceder a la justicia a partir de acciones que implican «arduas y complicadas cuestiones de derecho» es necesaria la asistencia letrada para el impugnante y, por lo tanto, debe él mismo sufragar sus costos. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Whitley Myrie vs. Jamaica, Informe 41/04, 2004, entre otros.

buscan equiparar la participación en el proceso penal, tanto optimizando lo más posible las garantías de la defensa, como incrementando la exigencia del cumplimiento de la labor probatoria del acusador. Para esta Corte el derecho de defensa en materia penal encuentra uno de sus más importantes y esenciales expresiones en el principio de igualdad de armas, en procura de garantizar la protección de los imputados frente a aquellas situaciones que desequilibran su actuación en el proceso». Es preciso puntualizar que los sistemas de defensa a cargo del Estado son generalmente débiles, ya por escasez de recursos o por falta de interés de los defensores, que en ejercicio de otras actividades más lucrativas no prestan suficiente atención a su labor como defensores públicos.

Dicha fragilidad de la defensa pública, aunada a otras prácticas habituales de los entes que conforman el sistema de justicia como las detenciones por simples faltas, el encarcelamiento sin orden judicial, la utilización de prueba ilegítima (raras veces cuestionada por la defensa pública), el abuso de la prisión preventiva sin que medien presupuestos necesarios para dictarla, hacen nugatorio el ejercicio de este derecho fundamental.

La defensa penal pública como imperativa constitucional y como exigencia básica hace que esté informada por el principio de

inviolabilidad, que sólo encontrará su realización en la intervención oportuna, permanente y eficaz del defensor.

Como el fiscal, el defensor debe asumir un papel activo en la investigación y recolección de las evidencias que pretende hacer valer para contrarrestar las acusaciones de la fiscalía. En consecuencia, debe tomar papel diligente en la recolección de contra evidencias y de pruebas que invaliden la acusación. Este papel no se circunscribe tan sólo a la fase investigativa sino que adquiere capital importancia durante el juicio en su tarea de contradictor de las tesis, evidencias y conclusiones en que se sustenta la acusación.

Así las cosas, resulta fundamental que el defensor se convierta en el contradictor por excelencia de la acusación. Solo si a una tesis de acusación se le contrapone una antítesis de inocencia, a las pruebas incriminatorias se oponen pruebas que las desvirtúen y a las conclusiones de responsabilidad se les enfrentan las de inocencia, se logra materialmente el equilibrio que se busca en el sistema y, por fin, se hacen valer los derechos del procesado.

Una investigación adelantada por la Defensoría del Pueblo con apoyo de USAID, llegó a la conclusión de que la defensa de oficio incurre en actuaciones judiciales discutibles y de que su tarea es ineficiente, ineficaz y

de mala calidad, en lo que inciden la informalidad del mecanismo de selección y la ausencia de control de gestión¹². (USAID, DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Proceso Oral en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano. Módulo de Instrucción para Defensores*, Bogotá, D.C., Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2006).

Algunos autores señalan, para corregir estos inconvenientes, la necesidad de fortalecer el Sistema Nacional de Defensoría Pública (LEY 941 DE 2005, «Por la cual se organiza el Sistema Nacional de Defensoría Pública». Publicada en el Diario Oficial 45.791, de 14 de enero de 2005), tanto a nivel de capacitación como de vinculación de defensores. Es obvia la preocupación dado que en Colombia el 70% de la población carcelaria no cuenta con recursos económicos para contratar un defensor privado o de confianza, lo que da al traste con el derecho de defensa del imputado y, por supuesto, con la pretendida igualdad de armas en el proceso.

La doctrina es clara en afirmar, así mismo, que es menester la especialización de los roles de los diversos actores que participan en el procedimiento: la policía judicial, el fiscal director de la investigación, las

víctimas, la defensa y el Ministerio Público, en protección del ordenamiento jurídico, de la sociedad, y con el fin de desarrollar un proceso penal más transparente, más eficiente y, sobre todo, más garantista de los derechos fundamentales.

El rol de la defensa implica, entre otras cosas, que aún ostentando un conocimiento cierto acerca de la responsabilidad penal del imputado o acusado, está en el deber-obligación (art. 125, Ley 906 de 2004) de ejercer su encargo patrocinando la pretensión exculpatoria de su cliente, por supuesto a través medios lícitos (artículo 357, inciso tercero, ibídem.), ya que de lo contrario desbordaría los cauces de su función para incursionar en linderos del derecho penal. Por otra parte, la sensibilización con respecto a las condiciones y necesidades de quien requiere su asesoría y representación en el ámbito penal, con el fin de brindar un servicio de calidad y eficacia que consulte con la función social que está llamado a cumplir.

3.2. La defensa técnica y sus componentes

El derecho de defensa técnica se encuentra ampliamente consagrado tanto en instrumentos internacionales

¹² «Sólo asisten a la indagatoria y reciben notificaciones (de declaración de persona ausente, de la providencia que resuelve situación jurídica, de cierre de investigación, de resolución acusatoria y de sentencia) pero no desarrollan actividad probatoria (no solicitan pruebas ni controvierten las practicadas) ni presentan alegatos precalificatorios y si lo hacen, la argumentación es escasa. Rara vez discuten actuaciones. Se limitan a suscribir documentos como prueba de la asistencia profesional al procesado. A ratos desplaza sin más al defensor de confianza o público en diligencias tan importantes como las de reconocimiento en fila de personas y sentencia anticipada. Casi nunca participa de la preparación de la defensa, entre otras cosas porque son designados momentos antes de iniciar la indagatoria, sin ninguna preparación del caso».

de derechos humanos¹³ como en la legislación interna.

Sobre este aspecto la doctrina ha dicho que «los escritos de defensa no pueden consistir en papeles con una firma letrada, que cumplan con el cometido formal de posibilitar la condena, sino que deben ser defensas materiales, con contenido defensivo y elemental nivel técnico» (14 ZAFFARONI, E. R., *Sistemas penales y Derechos Humanos en América Latina*, vol. II., Buenos Aires, Ediciones De Palma, 1986, p. 164).

Este derecho de defensa material, debe verse reflejado más certeramente en el momento de designar un abogado de oficio, ya que cuando esto ocurre «deben tomarse las medidas adecuadas para que éste, una vez asignado, se encargue de una representación eficaz, lo cual supone que el abogado consulte con el acusado y le comunique las posibles actuaciones judiciales y sus alcances» (COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS. Caso *Lloyd Grant vs. Jamaica*, Comunicación No. 353/1998. Par. 13.2).

Como consecuencia de ello, este mandato «impone al Estado la obligación de dotar a quien no puede solventarlo, de los servicios de un defensor público o de oficio, que le preste la debida asesoría durante las etapas del proceso criminal, y asuma, con la técnica y el conocimiento pericial que el título de abogado le confiere, la defensa de quien ha sido vinculado al proceso penal»¹⁵

Para la Comisión Interamericana, el derecho a la defensa técnica no se debe materializar única y exclusivamente durante el proceso penal sino también durante aquellas etapas pre-procesales o preliminares de donde puedan surgir elementos de juicio o consecuencias para los derechos del indiciado, así como en la etapa de ejecución de la pena y en cualquier actuación disciplinaria que tenga como propósito imponer alguna sanción para una persona privada de la libertad (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Reinaldo Figueredo Planchart vs. Venezuela*. Informe 50/00, 2000. Par. 87).

¹³ PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. Artículo 14. (...) 3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) d) A hallarse presente en el proceso y al defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera 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 (...); CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Artículo 8. (...) 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas (...) d) 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, e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley (...).

¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-945 de 1999. M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa. En dicha providencia se resuelve que fue violado el derecho de defensa técnica a unas personas condenadas penalmente, en cuya investigación los abogados y abogadas defensores no realizaron ninguna actuación tendiente a defender sus intereses.

¹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-945 de 1999. M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa. En dicha providencia se resuelve que fue violado el derecho de defensa técnica a unas personas condenadas penalmente, en cuya investigación los abogados y abogadas defensores no realizaron ninguna actuación tendiente a defender sus intereses.

Por su parte, la Corte Constitucional, en aplicación del principio *pro homine*, amplió el alcance del derecho a la defensa técnica a la etapa de ejecución de penas, es decir, que durante la misma debe respetarse a cabalidad este derecho¹⁶.

El derecho a una defensa técnica; ciertamente, presenta unos derechos componentes sin los cuales no es posible su materialización. El primero de ellos es la posibilidad de disponer de tiempo y medios adecuados para preparar la defensa.

Según el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas «el derecho de una persona acusada a disponer del tiempo y de los medios suficientes para la preparación de su defensa es un aspecto importante del principio de igualdad de armas» (COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS, No. 610/1995. Par. 7.5), además de ser «un elemento importante de la garantía de un juicio justo» (COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS, Comunicación No. 330/1988. Par. 11.4.), el cual debe reinar dentro del sistema procesal penal y disciplinario con el cual se investiga y se juzga a una persona privada de la libertad.

Para que se pueda dar cumplimiento efectivo a esta garantía es necesario que se informe oportunamente al procesado o procesada de los cargos que se formulan en su contra, es decir, que se informe a la persona cuando «en el curso de una investigación, un tribunal o una autoridad del ministerio público decida adoptar medidas procesales contra una persona sospechosa de haber cometido un delito o la designe públicamente como tal»¹⁷. Al decir de la Corte Interamericana, «para que este derecho opere en plenitud y satisfaga los fines que le son inherentes, es necesario que esa notificación ocurra antes de que el inculcado rinda su primera declaración» (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia de 24 de junio de 2005, Serie C No. 129. Par. 118.).

El Comité, al hacer referencia a los medios adecuados para la preparación de la defensa, ha dicho haciendo eco de la legislación que «los medios deben incluir el acceso a los documentos y demás testimonios, así como la oportunidad de contratar a un abogado y de comunicarse con éste»¹⁸.

Otro derecho integrante del derecho de defensa técnica es el derecho a presentar pruebas y a contradecir las

¹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-471 de 2003. M.P.: Álvaro Tafur Galvis. «La garantía constitucional de la defensa técnica opera en todas las etapas del proceso penal, y no decae porque el sindicado, imputado o condenado pueda comparecer directamente ante la autoridad penitenciaria, el Juez o el tribunal –artículos 1°, 2°, 5°, 13, 29 y 229 C.P.».

¹⁷ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS. Observación general n° 13 relativa a la igualdad ante los tribunales y el derecho de toda persona a ser oída públicamente por un tribunal competente establecido por la Ley (artículo 14 del Pacto), adoptada durante el 21° periodo de sesiones, 1984. Par. 8.

¹⁸ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS. Observación general n° 13 relativa a la igualdad ante los tribunales y el derecho de toda persona a ser oída públicamente por un tribunal competente establecido por la Ley (artículo 14 del Pacto), adoptada durante el 21° periodo de sesiones, 1984. Par. 9.

presentadas en su contra, derivado del principio de la igualdad de armas, el cual exige «reconocer que la defensa tiene igual derecho a presentar su propia evidencia al juicio (...) también tiene derecho a que durante el juicio se controvierta la evidencia que presente la fiscalía» (BERNAL CUÉLLAR, JAIME y MONTEALEGRE LYNETT, EDUARDO. *El proceso penal. Fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio*, Bogotá, D.C., Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 130).

Este derecho es reconocido por los tratados internacionales de derechos humanos y la Constitución Política como el derecho de interrogar y contrainterrogar los testigos presentados en contra del acusado o acusada en condiciones de igualdad frente a la fiscalía. «Dentro de las prerrogativas que deben concederse a quienes hayan sido acusados está la de examinar los testigos en su contra y a su favor, bajo las mismas condiciones, con el objeto de ejercer su defensa» (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C No. 52. Par. 154.).

A pesar de lo anterior, el Comité ha ampliado el alcance de este derecho a todos los medios probatorios –no solo el interrogatorio–, basado en el principio de la igualdad de las partes y ha dicho que «es obligación del Tribunal (...) asegurar que cada parte pudiese impugnar las pruebas documentales que la otra parte hubiese presentado o desease presentar y, de ser necesario, suspender las actuaciones» (COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS, Comunicación No. 846/1999. Par. 8.2).

Un tercer componente del derecho de defensa técnica es a la vez un principio rector del derecho penal y «un fundamento de las garantías judiciales» (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia de 25 de noviembre de 2005, Serie C No. 137. Par. 160): la presunción de inocencia¹⁹.

La presunción de inocencia es un derecho conforme al cual se construye una presunción a favor del inculcado de un delito, en la que se le reputa como inocente hasta tanto no se establezca su responsabilidad mediante una sentencia en firme²⁰.

¹⁹ PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. Artículo 14. (...) 2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley (...); CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Artículo 8. (...) 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad (...).

²⁰ ILANUD. El Ministerio Público en América Latina desde la perspectiva del Derecho Procesal Penal Moderno, San José, Instituto latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, 1991, p. 21. «Bajo este principio, se impone la necesidad de que la sentencia condenatoria y la pena estén fundadas en la certeza del juez respecto a la participación del imputado en un hecho punible, estableciendo la necesidad de que sea el acusador quien deba demostrar esa certeza; exigiendo que el imputado sea tratado como inocente durante el procedimiento».

Así pues, la presunción de inocencia se constituye en regla básica sobre la carga de la prueba²¹. En efecto, incumbe al ente acusador la carga de la prueba en el sentido de que debe recaudar la evidencia necesaria para determinar, más allá de la duda razonable²², la responsabilidad penal del imputado. Por su parte el imputado, al ser protegido por la presunción, no está obligado a demostrar su inocencia porque precisamente la garantía lo protege y lo exime de tal deber.

Esta garantía, sin embargo, se ve afectada por la figura, presente en casi todas las legislaciones, de la prisión preventiva como medida para garantizar la comparecencia o la no fuga del procesado, impedir la obstrucción de la justicia, e incluso, buscar la protección a la comunidad y a las víctimas del delito²³.

La Corte Interamericana ha dicho que «la prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al

imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática» (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Serie C No. 114. Par. 106.).

Además de lo señalado, la doctrina especializada ha sido categórica en afirmar que la detención preventiva debe responder a fines estrictamente sumariales y no, en una especie de asimilación de los fines de la pena propiamente dichos, a intereses comunitarios que, en última instancia, se traducen en «razones de Estado». En tal sentido, LUIGI FERRAJOLI sentencia que la prisión preventiva vulnera el principio de jurisdiccionalidad «que no consiste en poder ser detenido únicamente por orden de un juez, sino en poder serlo solo sobre la base de un juicio»²⁴.

²¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-774 de 2001. M.P.: Rodrigo Escobar Gil. «La presunción de inocencia en nuestro ordenamiento jurídico adquiere el rango de derecho fundamental, por virtud del cual, el acusado no está obligado a presentar prueba alguna que demuestre su inocencia y por el contrario ordena a las autoridades judiciales competentes la demostración de la culpabilidad del agente. Este derecho acompaña al acusado desde el inicio de la acción penal (por denuncia, querrela o de oficio) hasta el fallo o veredicto definitivo y firme de culpabilidad, y exige para ser desvirtuada la convicción o certeza, mas allá de una duda razonable, basada en el material probatorio que establezca los elementos del delito y la conexión del mismo con el acusado. Esto es así, porque ante la duda en la realización del hecho y en la culpabilidad del agente, se debe aplicar el principio del in dubio pro reo, según el cual toda duda debe resolverse en favor del acusado».

²² Sobre el tema de la «duda razonable», ver CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, Sentencia de 4 de abril de 2003. Rad. 14636. M.P.: Fernando E. Arboleda Ripoll.

²³ LEY 906 DE 2004. Artículo 296. Finalidad de la restricción de la libertad. La libertad personal 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, o para el cumplimiento de la pena.

²⁴ FERRAJOLI, LUIGI. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, Editorial Trotta, 1995, pp. 555 y ss. «La perversión más grave del instituto ha sido su transformación, de instrumento exclusivamente procesal dirigido a «estrictas necesidades» sumariales, en instrumento de prevención y de defensa social, motivado por la necesidad de impedir al imputado la ejecución de otros delitos. Es claro que tal argumento, al hacer recaer sobre el imputado una presunción de peligrosidad basada únicamente en la sospecha del delito cometido, equivale de hecho a una presunción de culpabilidad; y, al asignar a la custodia preventiva los mismos fines, además del mismo contenido aflictivo que la pena, le priva de esa especie de hoja de parra que es el sofisma conforme al cual sería una medida «procesal», o «cautelar», y, en consecuencia, en lugar de una ilegítima pena sin juicio».

Adicionalmente, la Corte Interamericana señala que la «prolongación arbitraria de una prisión preventiva la convierte en un castigo cuando se inflige sin que se haya demostrado la responsabilidad penal de la persona a la que se le aplica esa medida» (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia de 24 de junio de 2005, Serie C No. 129. Par. 75.). Y agrega perentoriamente: «La prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva» (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia de 21 de noviembre de 2007, Serie C No. 170. Par. 145).

En efecto, de nada valdría una defensa técnica adecuada si no se cumpliera a cabalidad el derecho a que sus peticiones y demandas sean resueltas en un plazo razonable, es decir, sin dilaciones injustificadas.

Este derecho tiene directa relación con el derecho de acceso a la administración de justicia consagrado en el artículo 29 constitucional, el cual «implica necesariamente que el Juez resuelva en forma imparcial, efectiva y prudente las diversas situaciones que las personas someten a su conocimiento» para lo cual es indispensable «que el Juez propugne la vigencia del principio de la seguridad jurídica, es decir, que asuma el compromiso de resolver en forma diligente y oportuna los conflictos

a él sometidos dentro de los plazos que define el legislador» según lo señalado por la CORTE CONSTITUCIONAL en Sentencia C-037 de 1996 con ponencia del magistrado Vladimiro Naranjo Mesa.

Por ello, se ha calificado como parte fundamental del derecho de acceso a la administración de justicia y al debido proceso el derecho fundamental de las personas a tener un proceso ágil y sin retrasos, teniendo presente que por proceso se entiende incluso aquel mediante el cual se vigila y determina la ejecución de la pena.

El tribunal interamericano se ha pronunciado sobre el particular al disponer que «es preciso tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo: a) complejidad del asunto, b) actividad procesal del interesado, y c) conducta de las autoridades judiciales» (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia de 4 de julio de 2007, Serie C No. 165. Par. 102.)

Para la Corte Constitucional en Sentencia T-030 de 2005, «la mora judicial que afecta los derechos constitucionales fundamentales al debido proceso y a un proceso sin dilaciones y que admite la procedencia excepcional del amparo constitucional, es aquella que no tiene un origen justificado. De esta manera,

un proceso sin dilaciones injustificadas debe entenderse como aquél trámite que se desenvuelve en condiciones de normalidad dentro de los plazos perentorios fijados por el legislador y en el que los intereses litigiosos reciben pronta satisfacción».

Ahora bien, una vez fijados los lineamientos propios del derecho a una defensa técnica y sus elementos componentes, en el próximo apartado se explicará cómo los vacíos legales y una indebida práctica judicial permiten que la defensa se sitúe en un plano de desigualdad con respecto a los demás actores del proceso penal, particularmente frente a la fiscalía.

3.3. La defensa en desigualdad frente a los demás sujetos procesales

Dentro del proceso penal, la igualdad de armas no es objeto de limitación alguna, espacial o temporal: al igual que sucede con el derecho al debido proceso (y por ende, a todas las garantías judiciales), ésta será aplicable «a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas» (CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, de 20 de julio de 1991. Artículo 29.), de manera que no puede excluirse su reconocimiento durante las audiencias preliminares ni durante ninguna etapa procesal.

Sin embargo, durante las audiencias preliminares se evidencia un desequilibrio en el hecho de que el

órgano acusador puede obtener una decisión favorable a sus pretensiones, valiéndose de un testigo que no ha sido sometido a un contrainterrogatorio de la defensa que le permita demostrar al juez que no merece credibilidad.

Frente a este punto, la Corte Interamericana ha sido clara en considerar tal conducta violatoria de las garantías judiciales que prohíben: a) el interrogatorio de agentes estatales que participan en la recolección de prueba durante la fase de investigación, y b) la falta de intervención del abogado defensor hasta el momento en que declara el inculpado, lo que le impide controvertir las pruebas recabadas y asentadas en el atestado policial (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C No. 52. Par. 153).

Además de esta consideración, el mismo tribunal ha reiterado que obstaculizar el principio de contradicción equivale a una violación del debido proceso, pues no se le da al defensor la oportunidad de controvertir lo aducido en contra de su prohijado.

Frente a este inconveniente, el juez debiera hacer caso de su alta investidura de garante y aplicar todas las reglas del debido proceso, utilizando para tal efecto los principios de contradicción e inmediatez; debe escuchar siempre la fuente original de acusación y analizar la forma en que obtuvo sus percepciones, y así tener

criterios para fundamentar si le merece o no credibilidad (no como usualmente lo hacen, tomando decisiones con base en informes que presenta la fiscalía o basándose en las declaraciones de funcionarios de policía judicial que se limitan a deponer frente al juez lo que escucharon de víctimas o testigos o, como ocurre en muchos casos, cuando se presenta la declaración del testigo con identidad reservada en la cual ni siquiera se le permite al juez las plenas identificación e individualización del procesado).

Con la existencia de la Policía Judicial que coadyuva a la actividad investigativa de la Fiscalía, la defensa «debe estar en posibilidad de ejercer las facultades que le han sido otorgadas por la misma ley para el recaudo, solicitud y contradicción de pruebas, tanto en la etapa de investigación como en la etapa de juicio, y ello sin ninguna limitante por parte de su contraparte, esto es, del ente acusador, sino con las limitantes propias del Estado de Derecho respecto de la afectación de terceros y la afectación de derechos fundamentales, control que le corresponde ejercer a un juez de la República, en la etapa de investigación al juez de control de garantías y en la etapa de juicio al juez de conocimiento» (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-536 de 2008. M.P.: Jaime Araújo Rentería).

Por esta razón queda la inquietud frente a las posiciones que el Estado debe tomar para la solución de esta problemática debido a que el costo de la implementación de estos medios investigativos es muy alto, y para que se logre una igualdad de acceso es mucho más complejo.

En lo referente a la imputación, el artículo 288 de la Ley 906 de 2004²⁵ establece que la fiscalía hará la imputación fáctica cuando de los elementos materiales probatorios o 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»²⁶.

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

²⁵ LEY 906 DE 2004. Artículo 288. Contenido. Para la formulación de la imputación, el fiscal deberá expresar oralmente: 1. Individualización concreta del imputado, incluyendo su nombre, los datos que sirvan para identificarlo y el domicilio de citaciones. 2. Relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en lenguaje comprensible, lo cual no implicará el descubrimiento de los elementos materiales probatorios, evidencia física ni de la información en poder de la fiscalía, sin perjuicio de lo requerido para solicitar la imposición de medida de aseguramiento. 3. Posibilidad del investigado de allanarse a la imputación y a obtener rebaja de pena de conformidad con el artículo 351.

²⁶ La expresión «lo cual no implicará el descubrimiento de los elementos materiales probatorios, evidencia física ni de la información en poder de la fiscalía», contenida en el numeral 2º del presente artículo fue declarada exequible por la CORTE CONSTITUCIONAL en Sentencia C-1260 de 2005. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

defensor estarán en posibilidad cierta de solicitar, conocer y controvertir las pruebas.

El artículo 290 de la Ley 906 de 2004, por su parte, resulta contradictorio con la reserva de pruebas en la cual se faculta a la fiscalía en punto de la imputación, lo que obliga a preguntar, como lo hace la Corte Constitucional en Sentencia C-1260 de 2005, ¿cómo preparar adecuadamente la defensa y su teoría del caso 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»?.

Además, en los eventos en que la formulación de imputación se realice con posterioridad a una captura y luego se defina la situación jurídica del procesado ante el juez de control de garantías, no es posible salvaguardar el derecho de defensa ni la igualdad de armas, toda vez que el término de las 36 horas no refleja un tiempo razonable para la preparación del caso y de la defensa.

Como si lo anterior fuera poco, en la práctica judicial se evidencia el hecho de realizarse una sola audiencia en donde se legaliza la captura, se formula la imputación y se impone previa solicitud la medida de aseguramiento, con la presencia en la gran mayoría de los casos de un desprevenido defensor público que no ha tenido la oportunidad ni el tiempo de entrevistarse con el capturado y menos de recoger elementos materiales probatorios, evidencia física o información que permitan por ejemplo controvertir una pretendida situación de flagrancia, desvirtuar la necesidad de la medida de aseguramiento, recomendar con acierto el allanamiento o no a los cargos o plantear cualquier tipo de acuerdo o preacuerdo con la fiscalía.

Frente a la audiencia de solicitud de medida de aseguramiento, el legislador de la Ley 1142 de 2007 asestó un duro golpe a la defensa al modificar el artículo 310 de la Ley 906 de 2004 que, según su nueva redacción, para determinar la vinculación del imputado al proceso sólo basta a la fiscalía el señalamiento de conductas que constituyan peligro para la comunidad, a partir de la gravedad y la modalidad de la conducta²⁷.

²⁷ LEY 906 DE 2004. Artículo 310, modificado por la LEY 1142 DE 2007. (Junio 28). «Por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad». Publicada en el Diario Oficial 46.673, de 28 de julio de 2007. Artículo 24. Peligro para la comunidad. Para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad, será suficiente la gravedad y modalidad de la conducta punible. Sin embargo, de acuerdo con el caso, el juez podrá valorar adicionalmente alguna de las siguientes circunstancias: 1. La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales. 2. El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos. 3. El hecho de estar acusado, o de encontrarse sujeto a alguna medida de aseguramiento, o de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional. 4. La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional.

Con una prescripción de este talante, se dejan por fuera algunos de los aspectos que obligaban al representante del ente acusador a fundamentar su discurso sobre la necesidad de la medida de aseguramiento, pues ahora le basta con decir que la conducta es *grave*, de allí que surja el interrogante: ¿cuál conducta del catálogo penal no reviste gravedad?

Ante esta preocupante situación, aunque sin una pretensión exhaustiva sobre los ejemplos de desigualdad de armas al interior del sistema penal procesal colombiano, hemos señalado los que, a juicio nuestro, resultan altamente perjudiciales para la constitución de un procedimiento garantista de derechos fundamentales y respetuoso de los principios que lo inspiran.

4. CONCLUSIONES

Al Estado colombiano, en virtud de lo normado en los artículos 29 de la Constitución Política y 8 de la Ley 906 de 2004, así como en normas de derecho internacional aprobadas y ratificadas por Colombia, le asiste la obligación de garantizar, a través de las autoridades encargadas del *ius puniendi*, el real y efectivo ejercicio de la igualdad de armas entre los sujetos procesales.

En la realidad esto no sucede, dado que, en primer lugar, el Estado mismo ha

mostrado un interés desbordado por fortalecer, enseñar y capacitar a todos los funcionarios que dirigen la justicia penal, sin hacer lo propio con los abogados defensores.

A la defensa se le impone una actitud proactiva y diligente en el desarrollo y concreción de las labores inherentes a su función, concretadas especialmente en el juicio, para que el sindicado o su defensor no sólo contrainterroguen a los testigos de la fiscalía, sino que aduzcan otras pruebas que mengüen el valor de las obrantes, la veracidad y legalidad de los medios probatorios, o señalen su real aporte al punto del objeto de investigación.

No obstante lo anterior, en audiencias como la de formulación de imputación, la misma norma autoriza a que no se realice descubrimiento de pruebas por parte de la fiscalía, por lo tanto ni el indiciado ni el defensor pueden tener acceso a los elementos materiales probatorios motivo de imputación. En ese sentido, consideramos que el juez de control de garantías está en condiciones de solicitar a la fiscalía que haga dicho descubrimiento probatorio desde la audiencia de formulación de imputación, para que la defensa pueda a su vez controvertir las pruebas en esta etapa procesal.

En lo que tiene que ver con la solicitud de preclusión de la instrucción, la misma jurisprudencia constitucional se ha encargado de disminuir la

posibilidad para el acusado o el defensor de solicitarla, limitándola solamente a las causales 1 y 3 del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal. Si las partes tienen las mismas posibilidades y se está señalando desde la formulación de imputación en contra de quién se dirige la investigación, es claro que desde ese momento se están definiendo los extremos de la *litis*, razón por la cual consideramos que, a pesar de que la norma permite dicha solicitud solamente a la fiscalía, la misma debería extenderse para la defensa, como una medida para que el juez de conocimiento conozca los elementos probatorios que ésta última posee, sin tener que esperar hasta el juicio en donde, de entrada, se solicita la declaratoria de responsabilidad.

Sobre la prohibición de decretar pruebas de oficio por parte del juez, consideramos que únicamente el juez de control de garantías, con el fin de salvaguardar los derechos fundamentales del procesado, podría decretar una prueba de oficio, y el juez de conocimiento, únicamente cuando fuere indispensable para establecer la inocencia del procesado.

En lo atinente al control posterior de la diligencia de allanamiento y registro, en el evento en que haya un capturado, a éste no se le permite su presencia sino se ha realizado la imputación. La jurisprudencia penal, por fortuna, se

ha encargado de aclarar este punto, obligando al juez de control de garantías a permitir la presencia del capturado en dicha audiencia. No obstante lo anterior, sería imperioso lograr que se declare la inconstitucionalidad del inciso segundo del artículo 237 del citado código, precisamente por ser violatorio del principio constitucional de la igualdad de armas.

Finalmente, la inclinación de la balanza en contra del procesado corre también por cuenta de la víctima, quien tiene la potestad de actuar en todas las audiencias que se realicen durante la investigación y el juzgamiento, haciendo el papel de coadyuvante de la fiscalía, lo que resulta a todas luces inadmisibles. Si bien este interviniente especial también busca la verdad y la justicia, su interés en el proceso debe surtirse por conducto del litigante del Estado y no convirtiéndola en otro sujeto procesal, razón por la cual es importante restringir su intervención al logro de una reparación integral cuando allí proceda.

5. BIBLIOGRAFÍA

5.1 Libros y publicaciones

- BERNAL, J MONTEALEGRE, E. (2004). *El proceso penal. Fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio*, Bogotá, D.C., Universidad Externado de Colombia.

- CARRARA, F. (1957). *Programas de Derecho Criminal. Parte General*, Bogotá, D.C., Editorial Temis.
- FERRAJOLI, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, Editorial Trotta.
- GRANADOS, J., HARTMANN, M. «El Diseño del Nuevo Proceso Penal Constitucional», en CORPORACIÓN EXCELENCIA EN LA JUSTICIA. *Reforma Constitucional de la Justicia Penal. Texto del Acto Legislativo 03 de 2002 y Documentos de Trámite*, t. II, Bogotá, D.C., Corporación Excelencia en la Justicia, 2003.
- GUERRERO, O. *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal*, Bogotá, D.C., Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005.
- IGUARÁN, M. «Constitucionalización del Derecho Procesal Penal», en *II Jornada de Derecho Constitucional Administrativo*, Bogotá, D.C., Universidad Externado de Colombia, s. a. ed.
- ILANUD. *El Ministerio Público en América Latina desde la perspectiva del Derecho Procesal Penal Moderno*, San José, Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, 1991.
- USAID, DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Proceso Oral en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano. Módulo de Instrucción para Defensores*, Bogotá, D.C., Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2006.
- VALENCIA, H. (2003). *Diccionario Espasa Derechos Humanos*, Madrid, Editorial Espasa Calpe.
- VÁSQUEZ, G. (2002). «Las garantías judiciales en el Derecho Internacional contemporáneo de los Derechos Humanos», en *La Defensa*, n° 1, Bogotá, D.C., Defensoría del Pueblo.
- ZAFFARONI, E. (1986). *Sistemas penales y Derechos Humanos en América Latina*, vol. II., Buenos Aires, Ediciones De Palma.

5.2 Legislación nacional

- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. (Julio 6). Publicada en la Gaceta Constitucional 116, de 20 de julio de 1991.
- LEY 600 DE 2000. (Julio 24). «Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal». Publicada en el Diario Oficial 44.097, de 24 de julio de 2000.
- LEY 906 DE 2004. (Agosto 31). «Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal». Publicada en el Diario Oficial 45.657, de 31 de agosto de 2004.
- LEY 941 DE 2005. (Enero 14). «Por la cual se organiza el Sistema Nacional de Defensoría Pública». Publicada en el Diario Oficial 45.791, de 14 de enero de 2005.
- LEY 1142 DE 2007. (Junio 28). «Por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004,

599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad». Publicada en el Diario Oficial 46.673, de 28 de julio de 2007.

5.3. Legislación internacional

- DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS. Adoptada y proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 217A (III), de 10 de diciembre de 1948.
- CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES. Adoptada por los Estados miembros del Consejo de Europa reunidos en Roma, el 4 de noviembre de 1950.
- PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 2200A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, entrado en vigor el 23 de marzo de 1976 de conformidad con su artículo 49 y aprobado en Colombia mediante Ley 74 de 1968.
- CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Suscrita por la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos en San José, Costa Rica,

el 22 de noviembre de 1969, entrada en vigor el 18 de julio de 1978 conforme al artículo 74.2 de la misma y aprobada en Colombia mediante Ley 16 de 1972.

5.4. Jurisprudencia nacional

5.4.1. Corte Constitucional

- Sentencia C-037 de 1996. M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.
- Sentencia T-945 de 1999. M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.
- Sentencia C-774 de 2001. M.P.: Rodrigo Escobar Gil.
- Sentencia C-873 de 2003. M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa
- Sentencia T-471 de 2003. M.P.: Álvaro Tafur Galvis.
- Sentencia C-591 de 2005. M. P.: Clara Inés Vargas Hernández.
- Sentencia T-030 de 2005. M.P.: Jaime Córdoba Triviño.
- Sentencia T-110 de 2005. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.
- Sentencia C-1154 de 2005. M. P.: Clara Inés Vargas Hernández.
- Sentencia C-1194 de 2005. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Sentencia C-1260 de 2005. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.
- Sentencia C-028 de 2006. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.
- Sentencia C-209 de 2007. M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

- Sentencia C-396 de 2007. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Sentencia C-536 de 2008. M.P.: Jaime Araujo Rentería.

5.4.2. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

- Sentencia de 4 de abril de 2003. Rad. 14636. M.P.: Fernando E. Arboleda Ripoll.
- Sentencia de 11 de julio de 2007. Rad. 26827. M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca.

5.4.3. Jurisprudencia internacional

Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas

- *Observación general n° 13 relativa a la igualdad ante los tribunales y el derecho de toda persona a ser oída públicamente por un tribunal competente establecido por la Ley (artículo 14 del Pacto)*, adoptada durante el 21° periodo de sesiones, 1984.
- Caso *Albert Berry vs. Jamaica*, Comunicación No. 330/1988.
- Caso *Henry (N) vs. Jamaica*, Comunicación No. 610/1995.
- Caso *Lloyd Grant vs. Jamaica*, Comunicación No. 353/1998.

- *Caso Jansen-Gielen vs. Países Bajos*, Comunicación No. 846/1999.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

- Caso *Reinaldo Figueredo Planchart Vs. Venezuela*. Informe 50/00, 2000.
- Caso *Whitley Myrie Vs. Jamaica*. Informe 41/04, 2004.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

- Caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C No. 52.
- Caso *Daniel Tibi vs. Ecuador*, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Serie C No. 114.
- Caso *Acosta Calderón vs. Ecuador*, Sentencia de 24 de junio de 2005, Serie C No. 129.
- Caso *García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*, Sentencia de 25 de noviembre de 2005, Serie C No. 137.
- Caso *Escué Zapata vs. Colombia*, Sentencia de 4 de julio de 2007, Serie C No. 165.
- Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170.

Esta revista se terminó de imprimir
en los talleres gráficos de:



GRAFILASSER

Editores • Impresores

☎s 7431272 / 7447637

TUNJA - BOYACÁ

Contenido

Editorial 9

Presentación 11

Sección I. Artículos de producción institucional.

Conceptos sobre la responsabilidad estatal:
una aproximación a la responsabilidad del
estado por actos terroristas 15
Yolanda M. Guerra García.

El derecho de marcas frente a las infracciones
al derecho de la competencia. 35
Fernando arias García.

Hacia un nuevo modelo de enseñanza
exitosa: dogmatización fallida del derecho 49
Germán Bernal Camacho y
María Fernanda Murillo Delgadillo.

Ecología intelectual, del sitio de producción
de la teoría pura del derecho 59
Carlos Alberto Pérez Gil.

Derechos del enfermo derivados del
consentimiento informado 75
Enrique López Camargo.

Estudio integrado de la legitimidad
en la Corte Constitucional colombiana 91
Diego Mauricio Higuera Jiménez.

Sección II. Tema Central –Punición, Análisis críticos.

El principio de igualdad de armas en el sistema
procesal penal colombiano a partir del acto
legislativo 03 de 2002 121
Alfonso Daza González.

Contravenciones comunes de policía
en Colombia. 147
Luis Enrique Rodríguez Gómez.

Breve historia de la cárcel 159
Carlos Gabriel Salazar Cáceres.

Concepciones y prácticas sobre la enfermedad
mental en Colombia. Siglos XVI al XXI. 177
Fabián Leonardo Benavides Silva.

El derecho humano al agua y las garantías
para su realización 203
Alfonso Daza González.

Sección III. Temáticas Internacionales, Extranjeras y Comparadas.

Manifestaciones del principio acusatorio:
exégesis de la ley de enjuiciamiento criminal
en España. 231
Juan Ángel Serrano Escalera



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA
T U N J A

Experiencia y Calidad



0124- 2067