

VIGILADA MINEDUCACIÓN Res. 12220 de 2016

CRÍTICA AL DERECHO DE DEFENSA Y SUS GARANTIAS CONEXAS, EN LA INDAGACION, EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO

AUTOR: HAROLD WALTER PALACIOS GARCIA

DIRECTORA: LILIANA ORTIZ BOLAÑOS

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE HUMANIDADES Y CIENCIAS SOCIALES
MAESTRIA EN DERECHOS HUMANOS Y CULTURA DE PAZ
SANTIAGO DE CALI, FEBRERO 2026

ARTICULO 23 de la Resolución No. 13 del 6 de Julio de 1946, del Reglamento de la Pontificia Universidad Javeriana.

"La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de Tesis. Solo velará porque no se publique nada contrario al dogma y la moral católica y porque las Tesis no contengan ataques o polémicas puramente personales; antes bien, se vea en ellas el anhelo de buscar la Verdad y la Justicia".

CRÍTICA AL DERECHO DE DEFENSA Y SUS GARANTÍAS CONEXAS, EN LA INDAGACIÓN, EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO

Estudiante: Harold Walter Palacios García

Directora: Dra. Liliana Ortiz Bolaños

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA CALI

MAESTRÍA EN DERECHOS HUMANOS Y CULTURA DE PAZ

2026

CONTENIDO

Contenido

I. INTRODUCCIÓN AL PROBLEMA 4

1.1. DESARROLLO NORMATIVO SOBRE EL DERECHO DE DEFENSA EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO -DERECHO DE DEFENSA COMO DERECHO HUMANO. 5

1.2. LA DEFENSA, LA EQUIDAD PROCESAL Y EL CONTRADICTORIO EN EL MARCO LEGAL PENAL COLOMBIANO 10

1.3. DECISIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL SOBRE EL DERECHO DE DEFENSA, PRINCIPIO DE IGUALDAD DE ARMAS Y EL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN 15

1.4. Algunas Sentencias de constitucionalidad sobre el CPP – Corte Constitucional 17

1.5. DECISIONES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SOBRE LA LIMITACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA, PRINCIPIO DE IGUALDAD DE ARMAS Y EL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN. 22

1.6. Ilustración: etapas del proceso penal colombiano 29

II. TEORÍAS SOBRE EL DERECHO DE DEFENSA, EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE ARMAS Y EL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO 29

2.1. HORIZONTE HERMENÉUTICO INTERPRETATIVO 30

2.2. DERECHO DE DEFENSA Y SUS GARANTÍAS CONEXAS 31

2.3. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE ARMAS 34

2.4. EL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN 34

III. TEORÍAS SOBRE EL DERECHO, LA MORAL, EL GARANTISMO Y EL POSTPOSITIVISMO EN EL CONSTITUCIONALISMO 35

3.1. SEPARACIÓN DEL DERECHO Y LA MORAL 35

3.2. CONSTITUCIONALISMO Y GARANTISMO 38

3.3. POSTPOSITIVISMO 40

3.4. GARANTISMO PENAL Y DERECHO PENAL MÍNIMO 44

3.5. SEGURIDAD JURÍDICA Y ANTINOMIAS 46

3.6. Ilustración: garantismo en el Estado Constitucional de Derecho 50

IV. CONCLUSIONES 50

V. RECOMENDACIONES 51

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 52

RESUMEN

Este trabajo es una crítica a la interpretación y aplicación del derecho de defensa, el principio de igualdad de armas y el principio de contradicción en el sistema penal acusatorio colombiano, particularmente en los casos en que el indiciado se entera de que está siendo indagado. Crítica desde el concepto de los derechos humanos, la teoría del garantismo penal, el constitucionalismo y el postpositivismo, evidenciando antinomias normativas. Es una observación sobre las interpretaciones desde el derecho válido y efectivo aplicado a la indagación, y desde el contexto garantista en el Estado Constitucional de Derecho. El estudio sostiene que el ordenamiento jurídico colombiano tiene contradicciones y limitaciones que van en desmedro de los derechos humanos de los indagados impidiendo que tengan acceso a los elementos materiales probatorios recolectados, causando desventajas para el procesado por no permitirle preparar su estrategia defensiva de forma eficaz ante el Juez de Control de garantías.

Palabras clave: derechos humanos, derecho de defensa, principio de igualdad de armas, principio de contradicción, debido proceso, desventaja, indagación, garantismo, postpositivismo, Estado Constitucional de Derecho, antinomias, indagación penal.

ABSTRACT

This work is a critique of the interpretation and application of the right to defense, the principle of equality of arms (or adversarial parity), and the principle of contradiction (or adversarial procedure) within the Colombian accusatory criminal system, particularly in cases where the suspect becomes aware that they are being investigated. The critique is framed from the perspective of human rights, the theory of penal constitutional guarantees, constitutionalism, and post-positivism, highlighting normative antinomies. It is an observation on interpretations stemming from the concept of valid and effective law as applied to the investigation, and from the garantist context within the constitutional rule of law. The study argues that the Colombian legal system presents contradictions and limitations that undermine the human rights of the investigated parties, preventing them from having access to the collected material evidence, thereby causing disadvantages for

the defendant by not allowing them to effectively prepare their defensive strategy before the judge of guarantees.

Key words: Human rights, Right to defense, Principle of equality of arms, Principle of adversarial process, Due process, Disadvantage, Preliminary Inquiry, garantism, Post-positivism, Constitutional State of Law, Antinomies, Criminal Inquiry.

Sumario: 1. Introducción al problema. 2. Teorías sobre el derecho de defensa, el principio de igualdad de armas y el principio de contradicción en el Estado Constitucional de Derecho, 3. Teorías sobre el derecho, la moral, el garantismo y el postpositivismo en el constitucionalismo, 4. Conclusiones, 5. Recomendaciones, 6. Referencias bibliográficas.

I. INTRODUCCIÓN AL PROBLEMA

En la etapa de indagación en el sistema penal acusatorio colombiano (Ley 906 de 2004), el indiciado no tiene acceso a los elementos materiales probatorios que la Fiscalía haya recolectado, solo tiene acceso a la denuncia, ello genera dificultades en la defensa técnica y material, pues al no tener dichos elementos de convicción se genera una desventaja ante el Juez de Control de Garantías en la realización de las audiencias preliminares (legalización de captura, formulación de imputación y medida de aseguramiento). Es difícil para el indagado ejercer su derecho de defensa al no contar con el mismo conocimiento que la Fiscalía, lo que le impide afrontar el proceso en situación de igualdad, y de esta manera, ejercer una defensa efectiva. El problema se abordará desde conceptos como el derecho de defensa, la igualdad de armas, la formación del contradictorio, y la idea misma de sistema acusatorio. Se reflexionará a partir de teorías como constitucionalismo, garantismo y postpositivismo. Existen tensiones para ejercer el derecho de defensa debido a los límites normativos que se han establecido; estos límites dificultan el debido proceso, la contradicción y la igualdad de armas, ocasionando que el procesado llegue a las audiencias preliminares sin tener el tiempo suficiente para analizar una posible aceptación de cargos que le comportaría rebajas de hasta el 50%, o sin poder realizar una debida oposición a una medida de aseguramiento intramural. Por su parte, la Constitución Política de Colombia establece el derecho de defensa, pero en su desarrollo

normativo (demás normas) y también en la jurisprudencia se encuentran algunas contradicciones, pues, aunque este derecho es enaltecido reconociendo que es intemporal y que puede llevarse a cabo incluso desde la indagación, también encontramos que es un derecho muy limitado. El problema merece reflexionarse, criticarse desde la teoría, y proponer cambios en el sistema que eviten injusticias, contribuyendo con la protección de los derechos humanos en el Estado social de derecho. La pregunta problema se puede formular así: ¿Cómo garantizar el derecho de defensa para los indiciados al interior del sistema penal acusatorio colombiano en la etapa de indagación? El objetivo general se formula así: Comprender el derecho de defensa para los indiciados al interior del sistema penal acusatorio colombiano en la etapa de indagación. Los objetivos específicos: Describir el desarrollo normativo sobre el derecho de defensa en la etapa de indagación en el sistema penal acusatorio colombiano, el derecho de defensa, la equidad procesal y el contradictorio en el marco penal legal colombiano; analizar las decisiones de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia sobre el derecho de defensa el principio de igualdad de armas y el principio de contradicción; comprender la teoría sobre el garantismo penal y otras teorías de apoyo. La metodología que aquí se ha adoptado tiene relación con el ejercicio hermenéutico de los textos tanto de las normas, como de las teorías y de las sentencias proferidas por las Altas Cortes. La hermenéutica tanto filosófica como jurídica es importante en la presente investigación porque ofrece la posibilidad de interpretar para crear significados a los textos más allá de la simple lógica y más allá de la semántica o sintáctica. La hermenéutica posibilita, entonces, la formulación de preguntas, construir narraciones y elaborar horizontes de pensamiento, situándolos en la historia humana y en el contexto. (Giraldo y Ortiz, 2019).

1.1. DESARROLLO NORMATIVO SOBRE EL DERECHO DE DEFENSA EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO- DERECHO DE DEFENSA COMO DERECHO HUMANO

Para el derecho natural, adoptado, por ejemplo, como una posibilidad de comprender la misma naturaleza humana, se entiende que no es posible que los derechos humanos

existan en forma simplemente abstracta (que es su esencia) sino que también requieren positivación (Montero, 2016). Refiere en este sentido a un representante de la tradición naturalista, James Griffin. En su libro "*On Human Rights"*, Griffin define los derechos humanos como estándares que protegen la condición de persona, bajo el supuesto de que ser una persona en sentido pleno implica ser capaz de imaginar un plan de vida propio y de actuar para realizarlo (Montero, 2016). También hace referencia a Martha Nussbaum, se refiere a los derechos humanos como normas que protegen ciertas capacidades "con una importancia central para la vida humana, al margen de qué otras cosas la persona elija o persiga". Y claro, él mismo menciona que "el discurso de los derechos naturales puede hacer una contribución valiosa a la filosofía de los derechos humanos. En este sentido, mi argumento será que, aunque los derechos humanos no pueden reducirse a derechos naturales, hay razones de peso para no descartar completamente la perspectiva naturalista a la hora de construir una concepción filosófica de esta práctica contemporánea. Más concretamente, trataré de probar que, si prescindimos de toda referencia a los derechos naturales, algunos aspectos cruciales de la práctica de los derechos humanos se vuelven difíciles de explicar" (Montero, 2016). Así, el derecho de defensa y sus principios conexos son parte de esa condición humana y que incluye aquella en la que se vería envuelto en un proceso penal. Por ello, es complejo, pero el Estado no podría establecer a través del ordenamiento jurídico tantas limitaciones al ejercicio de este derecho. Esta circunstancia causaría desventajas al indagado frente al Estado y dificulta su ejercicio al no existir garantías mínimas en todas las etapas del proceso. Los derechos humanos son derechos morales que protegen las necesidades de la persona, por lo tanto, deben ser tutelados y reclamados.

Para Nikken (1994), la perspectiva de los derechos humanos se fundamenta en el reclamo de la dignidad humana frente al Estado, exigiendo que el poder público sirva al ser humano, absteniéndose de vulnerar sus atributos fundamentales y actuando como un medio para que pueda vivir en sociedad de manera consecuente con esa dignidad intrínseca. Así, se comprende que es necesaria la existencia del Estado para que este reconozca, actúe y proteja los derechos humanos. Por ello, la garantía de la existencia y protección en tanto procedimental surge del Estado como ente poderoso que puede justamente, generar procesos para que los derechos puedan ser ejercidos de forma plena.

Así, que a pesar de que posiblemente los derechos se vean por una parte del iusnaturalismo, como aquellos que tiene la persona por ser tal, lo cierto es que el Estado a través del ordenamiento jurídico debe estructurar los mecanismos destinados a la defensa de dichos derechos. Así, la tarea que corresponde al Estado, es de generación de condiciones, pero además debe respetarlos, garantizarlos o satisfacerlos plenamente. Estos derechos, que son inherentes a la persona también necesitan del ejercicio del poder público, y así, se va conformando la base conceptual garantista de los derechos humanos.

De esta forma, a pesar de que una característica central de los derechos humanos en la época contemporánea es la aceptación de que estos derechos son universales, no dependen del reconocimiento, la nacionalidad o la cultura, y no pueden ser arrebatados de ninguna manera por la sociedad. La idea de la creación de instrumentos como los procedimientos son necesarios para su verdadero ejercicio. Esto se refleja claramente en el Artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: *"Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos".* Pero, como ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la protección de estos derechos implica inherentemente la restricción del poder estatal, el cual debe ejercerse a favor de los derechos de la persona y no en su contra, sujeto a reglas que aseguren su protección y garantía. Este marco de reglas que define y subordina el ámbito del poder a los derechos y a la dignidad humana es lo que se conoce como Estado de Derecho. De lo anterior se concluye que, los derechos humanos, aunque inherentes a las personas, el poder estatal debe abstenerse de vulnerarlos, debe también hacer funciones como normativizar y establecer procedimientos. Por lo tanto, el derecho de defensa debe ser garantizado plenamente, no puede ser arrebatado de ninguna manera por ninguna sociedad o poder. Se entiende que los derechos humanos están formados por aspectos morales, porque a partir de ahí es posible establecer aquellos espacios internos humanos y pensar en lo susceptibles que son aquellas situaciones humanas.

Según Ballesteros (1992), la base de las teorías de los derechos morales es ofrecer una explicación del concepto de justicia y, por extensión, del significado de los derechos. Estas teorías conciben los derechos humanos como derechos morales desde una perspectiva monista, fundamentada en la idea de que existen bienes y necesidades inherentes al ser

humano que merecen ser tutelados y, por ello, pueden ser reclamados. De este modo, el concepto engloba tres componentes: *(i)* el sujeto de los derechos morales es la persona humana; *(ii)* el objeto de protección son aquellos bienes o necesidades esenciales cuya carencia obstaculizaría el desarrollo del individuo; y *(iii)* el contenido se traduce en la demanda de dicha protección que se dirige a la sociedad o comunidad a la que pertenece el sujeto. La dificultad para definir los derechos morales sin estos elementos radica en que la justificación de su exigencia emana directamente del concepto de necesidades, bienes o intereses fundamentales; consecuentemente, la protección y la capacidad de exigir estos bienes o necesidades primordiales del ser humano son los aspectos que definen el concepto de derechos morales como derechos humanos. Según el autor, la esencia y la importancia especial de los derechos morales poseen la característica de ser merecedores de protección. Así, un aspecto inseparable de su definición, reside en la presencia de necesidades o bienes básicos fundamentales. Estos son los elementos o requerimientos esenciales para el desarrollo del ser humano, ya que se hallan en la base misma de su existencia, constituyendo a las formas primordiales en las que el individuo puede realizarse plenamente.

Para Ballesteros (1992), las teorías de los derechos morales se catalogan como monistas porque su concepto y base se justifican mediante bienes, intereses o necesidades fundamentales del ser humano. Esta perspectiva resalta la conexión intrínseca entre el derecho y la moral, ofreciendo la ventaja de que el concepto de derecho no se limita únicamente a su validez legal. De esta manera, se proporciona una comprensión completa de los derechos, incluso en escenarios donde el ordenamiento jurídico no los ha reconocido o lo ha hecho de forma deficiente. En el mismo sentido, el autor manifiesta que existe un fuerte vínculo entre el derecho y la moral, basado en varios aspectos clave. La validez de una norma legal está intrínsecamente ligada a principios morales firmes, ya que ninguna norma jurídica carece de un contenido valorativo. Además, los derechos humanos poseen una relevancia moral particular debido a los elementos que salvaguardan, constituyendo a un grupo de fundamentos morales esenciales. Si estos fueran derechos de otra índole, no se requeriría considerarlos de esta manera, pues podrían ser alterados sin justificación por distintos valores, la moral de la sociedad o acuerdos comunes. Finalmente, las obligaciones y derechos morales no se sustentan solo

en el derecho positivo, sino que también deben ser consideradas las perspectivas morales.

Para el autor, el estudio de la función judicial y sus características revela el verdadero alcance de los derechos humanos, dado que la materialización final y efectiva de un derecho siempre tiene lugar ante la autoridad judicial. El Juez es crucial no solo en la tutela de los derechos fundamentales, sino también en una visión de la función judicial que es creacionista, aunque permanentemente sujeta a la ley; esto implica un ejercicio de discrecionalidad que nunca es arbitrario. Afirmar que los jueces generan derecho no es proponer una función jurídica novedosa, sino reconocer una realidad práctica que es común e ineludible. Por mucho tiempo, la teoría jurídica estuvo marcada por enfoques legalistas que, basándose en la idea de que los ordenamientos jurídicos son completos, limitaban el derecho exclusivamente a la ley y veían al Juez como un simple ejecutor de esta. No obstante, en la actualidad, estas perspectivas han sido fuertemente cuestionadas y han recibido numerosas críticas, lo que dificulta sostener la antigua descripción de la labor judicial como una actividad puramente mecánica. Por el contrario, el Juez cumple un rol de creación normativa y, por ende, es parte activa en el proceso de positivización de los derechos.

Para Ballesteros, es posible distinguir cuatro maneras diferentes en que los derechos humanos se establecen en nuestro sistema legal: *(i)* a través de la Constitución, *(ii)* la ley, *(iii)* la jurisprudencia, y *(iv)* los tratados internacionales. La Constitución otorga a ciertos derechos esenciales el estatus de normas máximas dentro del ordenamiento jurídico, con todas las implicaciones jurídicas que esto implica. Las normas en general, tienen la función de expandir y pormenorizar lo establecido en la Constitución y en su lista de derechos. Por su parte, la jurisprudencia, manifestada en las determinaciones diarias de las Altas Cortes, funge como el paso final para hacer efectivos los derechos. El bloque de constitucionalidad que recoge todos los tratados internacionales ratificados en temas de derechos humanos y que deben ser aplicados. Si bien la Constitución (incluido el bloque de constitucionalidad), las resoluciones judiciales y las diferentes normas no son adecuadas por sí solas para garantizar la protección de los derechos humanos, al unirse, configuran una estructura integral para la materialización y la aplicación de dichos

derechos, sirviendo como un fundamento indispensable para su apropiada reglamentación y defensa.

1.2. LA DEFENSA, LA EQUIDAD PROCESAL Y EL CONTRADICTORIO EN EL MARCO LEGAL PENAL COLOMBIANO

De conformidad con lo establecido en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable, y quien sea indiciado tiene derecho a la defensa, a un debido proceso, a presentar pruebas, y controvertir las que se alleguen en su contra, por lo que este pilar fundamental está íntimamente relacionado con otras garantías que permiten el desarrollo y la aplicación del derecho de defensa en sentido amplio.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 8º del Código de Procedimiento Penal colombiano (Ley 906 de 2004), en adelante, CPP, en el desarrollo de la actuación judicial y, una vez adquirida la condición de *imputado*, este tendrá derecho, en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal (Fiscalía), entre otros a los siguientes derechos:

> *(a) No ser forzado a testificar en su contra, o contra su pareja, o sus parientes; (b) No autoincriminarse; (c) Guardar silencio y que este no se utilice en su contra; (d) A que el contenido de las conversaciones exploratorias orientadas a pactar cualquier forma de aceptación de cargos o un mecanismo alternativo de resolución de disputas no podrá ser utilizado en su contra, si dicho acuerdo no se materializa; (e) Todo individuo tiene el derecho a ser escuchado y a contar con la asistencia y representación de un defensor de su elección o, en su defecto, de uno designado por la autoridad estatal" (…); (g) A mantener una conversación confidencial con su abogado antes de presentarse ante cualquier autoridad judicial o administrativa; (h) Tener la facultad de ser informado sobre las imputaciones en su contra, las cuales deben ser expuestas claramente e incluir las circunstancias precisas de modo, tiempo y lugar de los hechos ocurridos; (i) A que se le otorgue un tiempo adecuado y los recursos necesarios para estructurar su estrategia de defensa" (…); "(j) A pedir, acceder y controvertir todo el material probatorio existente en el proceso; (…)".*

Como se determina de la simple lectura de estas normas los derechos relacionados con el derecho de defensa y debido proceso, únicamente se prevén en el momento de la imputación y en tales circunstancias, será obligatorio contar con la asesoría de su abogado defensor. Por su parte, el artículo 126 del CPP establece que "la condición de imputado se obtiene en el momento de la vinculación formal al proceso mediante la formulación de cargos o, si es anterior, desde el momento de su detención. Una vez presentada la acusación, la persona transita a adquirir el estatus de acusado". Y el artículo 286 del CPP establece que la imputación es el procedimiento por el cual el ente acusador, comunica a un individuo su nuevo estatus como imputado, en una diligencia celebrada ante el Juez de Control de Garantías. Por su parte, el artículo 287 del CPP establece que: "El fiscal hará la imputación fáctica cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga. De ser procedente, en los términos de este código, el fiscal podrá solicitar ante el Juez de Control de Garantías la imposición de la medida de aseguramiento que corresponda." La regulación penal se ha volcado hacia la protección del imputado y del acusado en todo el proceso previsto. Pero, es claro que se deja inerme al indiciado en la indagación. Así, la normatividad regula en detalle, cuestión que es justa, la defensa del imputado y acusado, pero se debería comprender que el indiciado ya está inmerso en un proceso penal. Es claro que el derecho de defensa incluye el conocer los elementos probatorios y demás actuaciones procesales. Así:

> "*El derecho de defensa es uno de los derechos fundamentales que se hallan reconocidos en todas las Constituciones y en todos los textos sobre derechos humanos. Aun cuando normalmente se pone el acento en el derecho de defensa que asiste a la parte pasiva en un proceso penal, eso no quita para que el derecho deba salvaguardarse en cualquier orden jurisdiccional*" (Moreno, 2010, p.17).

De forma concreta, el derecho fundamental de defensa, se ha entendido desde dos dimensiones, comprendidas dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho, que salvaguarda los derechos fundamentales en toda su expresión, así:

> " … *un mandato al legislador, que debe remover todos los obstáculos que pudieran impedir o disminuir la eficacia de la actuación procesal de las partes para lograr los legítimos fines que cada una de ellas sostenga, resultando entonces inconstitucionales las trabas que la ley pudiera llegar a establecer a estos efectos, siempre que no respondan a las exigencias del propio desarrollo del proceso o del respeto a otros derechos fundamentales. Pero también incorpora un mandato a los intérpretes de la ley, a los jueces y magistrados ordinarios, que han de entender y aplicar las normas legales en el sentido más favorable a los fines de la defensa de los derechos de los ciudadanos en el proceso …* " (Moreno, 2010, p. 17).

Como se denota entonces, el legislador en el ordenamiento jurídico colombiano constantemente deja de lado la defensa del indiciado, fe de ello es lo instituido en el artículo 288 del CPP donde se establece que la imputación debe contener lo siguiente:

> "(*i) Individualización concreta del imputado, incluyendo su nombre, los datos que sirvan para identificarlo y el domicilio de citaciones; (ii) 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; (iii) Posibilidad del investigado de allanarse a la imputación y a obtener rebaja de pena de conformidad con el artículo 351".*

El artículo 290 del CPP también dispone que la defensa tendrá la capacidad de preparar su estrategia legal de manera efectiva una vez que se presenta la formulación de imputación. El artículo 15 del CPP expresa que las partes procesales tienen la prerrogativa de acceder y refutar las pruebas, y de participar en su recolección, ya sean aquellas presentadas durante el juicio oral o el incidente de reparación, o las practicadas previamente. Para asegurar esta garantía, la Fiscalía, al formalizar la acusación ante el Juez de Conocimiento, debe entregar a la defensa la totalidad de los elementos probatorios e informes en su poder, incluyendo aquellos que sean beneficiosos para el procesado. A su

vez, el artículo 212B, determina que la investigación debe mantenerse confidencial. La única excepción para que la Fiscalía comparta detalles sobre el proceso es que existan razones de interés público que lo justifiquen. El artículo 275 del CPP establece que se entiende por elementos materiales probatorios y evidencia física e información: *(a)* "Huellas, rastros, manchas, residuos, vestigios y similares, dejados por la ejecución de la actividad delictiva; (b) Armas, instrumentos, objetos y cualquier otro medio utilizado para la ejecución de la actividad delictiva; (c) Dinero, bienes y otros efectos provenientes de la ejecución de la actividad delictiva; (d) Los elementos materiales descubiertos, recogidos y asegurados en desarrollo de diligencia investigativa de registro y allanamiento, inspección corporal y registro personal; (e) Los documentos de toda índole hallados en diligencia investigativa de inspección o que han sido entregados voluntariamente por quien los tenía en su poder o que han sido abandonados allí; (f) Los elementos materiales obtenidos mediante grabación, filmación, fotografía, video o cualquier otro medio avanzado, utilizados como cámaras de vigilancia, en recinto cerrado o en espacio público; (g) El mensaje de datos, como el intercambio electrónico de datos, internet, correo electrónico, telegrama, télex, telefax o similar, regulados por la Ley 527 de 1999 o las normas que la sustituyan, adicionen o reformen; (h) Los demás elementos materiales similares a los anteriores y que son descubiertos, recogidos y custodiados por el Fiscal General o por el Fiscal directamente o por conducto de servidores de policía judicial o de peritos del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, o de laboratorios aceptados oficialmente. PARÁGRAFO. También se entenderá por material probatorio la entrevista forense realizada a niños, niñas y/o adolescentes víctimas de los delitos descritos en el artículo 206A de este mismo Código.".

El descubrimiento probatorio debe llevarse a cabo en el momento de la formulación de la acusación, conforme a lo que estipula el artículo 337 del CPP. Además, el artículo 347 del mismo Código complementa lo anterior al indicar que, durante la audiencia de acusación, las partes tienen la oportunidad de pedir al Juez que ordene el descubrimiento de pruebas adicionales que consideren pertinentes. Según el artículo 378 del CPP, el derecho de contradicción otorga a todas las partes la potestad de oponerse y debatir los elementos de prueba. Esta facultad aplica tanto para los que se exhiben durante el juicio como para aquellos que se obtienen o practican fuera de la audiencia pública.

Por su parte, el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece que todas las personas deben ser tratadas con igualdad ante las cortes y tribunales de justicia. Además, en el transcurso del proceso judicial, el individuo gozará, en condiciones de total igualdad, de una serie de garantías esenciales. Entre estas se incluye la facultad de contar con el tiempo y los recursos suficientes y apropiados para poder preparar su defensa de manera efectiva. Además, según el literal C del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos la persona que está siendo acusada debe recibir las garantías suficientes, es decir, tanto el tiempo necesario como los recursos apropiados para poder estructurar y preparar su defensa legal. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece explícitamente en su artículo 18 que toda persona tiene la facultad de acudir a los tribunales de justicia con el propósito de reclamar la vigencia de sus derechos. Adicionalmente, se garantiza que debe existir un recurso legal que sea ágil y simple que le permita a la persona obtener protección judicial frente a cualquier acción de una autoridad que transgreda alguno de sus derechos esenciales establecidos en la Constitución, causándole un perjuicio.

Ilustración: defensa, acceso a EMP-EF y contradicción en el proceso penal

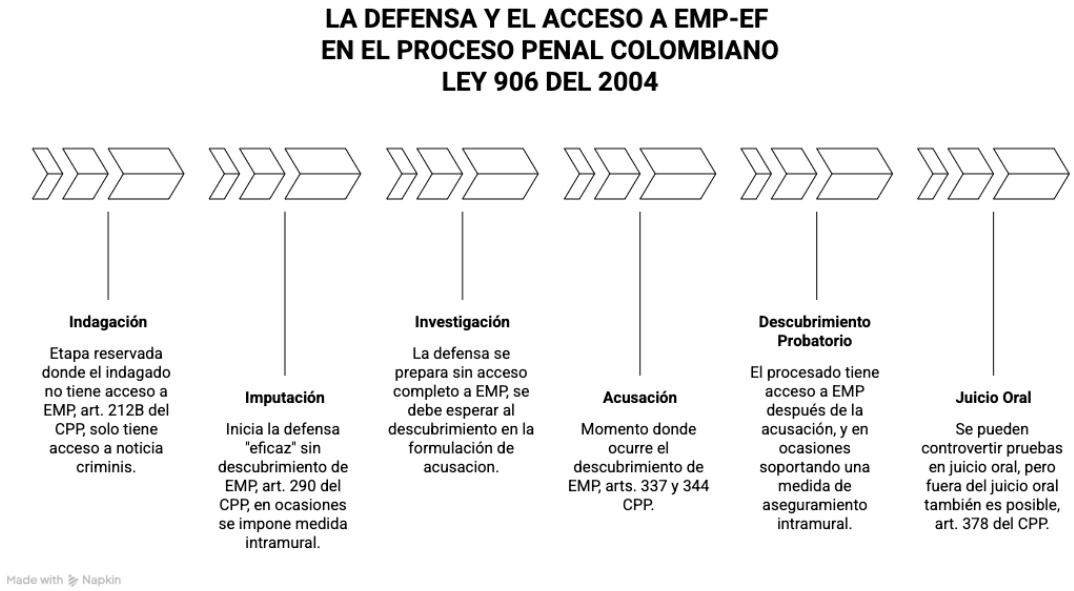


Ilustración generada con Napkin.

1.3. DECISIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL SOBRE EL DERECHO DE DEFENSA, PRINCIPIO DE IGUALDAD DE ARMAS Y EL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN

La jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que el derecho de defensa puede ser ejercido por el procesado o por su abogado, es intemporal, e inicia desde el momento en que el procesado se entera de que está siendo indagado, es decir, incluso antes de la imputación, sin restricciones, bajo el principio de igualdad de armas y de contradicción. Sin embargo, la estructura del sistema penal acusatorio no permite el descubrimiento probatorio de forma anticipada, y limita el acceso a los elementos probatorios en la indagación penal. En la sentencia C-799 del 5 de agosto de 2005, de la Corte Constitucional, declaró exequible el artículo 8 de la Ley 906 de 2004, manifestando lo siguiente: *"... sin perjuicio del ejercicio oportuno, dentro de los cauces legales del derecho de defensa por el presunto implicado o indiciado en la fase de indagación e investigación anterior a la formulación de la imputación..."*.

La sentencia C-1154 del 15 de noviembre de 2005, de la Corte Constitucional, declaró exequible el artículo 15 de la Ley 906 de 2004, en el entendido de que se debe garantizar plenamente el derecho de contradicción, pues en caso de formular acusación la Fiscalía

por conducto del Juez de Conocimiento debe suministrar todos los elementos probatorios e informes, incluidos los que sean favorables al procesado.

1.4. Algunas Sentencias de constitucionalidad sobre el CPP – Corte Constitucional

Sentencia	Fecha	Norma analizada	Decisión	Tema
C-591/05 y C-1154/05	15 de noviembre de 2005	Artículo 7º CPP	Exequible	Principios rectores del proceso penal
C-177/14	26 de marzo de 2014	Parágrafo del artículo 275 del CPP	Exequible	Elementos materiales probatorios
C-303/13	22 de mayo de 2013	Art. 286 del CPP.	Exequible	Concepto formulación de imputación.
C-127/2011	1 de marzo de 2011	Art. 287 del CPP	Exequible	Situaciones que determinan imputación.
C-1260/05	5 de diciembre de 2005	Art. 288 del CPP.	Exequible	Contenido de la formulación de imputación.
C-1154/05	15 de noviembre de 2005	Art. 290 del CPP	Exequible	Derecho de Defensa desde la imputación.

En la sentencia C-994 de 2006 de la Corte Constitucional, se estableció que el derecho de defensa, en su calidad de derecho fundamental constitucional, puede ser ejercido directamente por el indiciado desde el inicio de un proceso penal. De esta manera, el individuo procesado tiene la capacidad de presentar sus propias razones y argumentos ante la autoridad judicial. Esta facultad de defensa es esencial para la materialización del

derecho fundamental, ya que permite que el titular del mismo actúe sin necesidad de un intermediario. Sin embargo, debido a la complejidad de ciertos actos procesales y temas en debate, no todos los asuntos son lo suficientemente sencillos como para que cualquier procesado pueda ejercer su defensa por sí mismo. Por esta razón, como una extensión del derecho de defensa, el titular de este derecho fundamental puede designar a su abogado para que represente sus intereses, le brinde asesoría, y argumente en su nombre.

La Corte mencionó que cuando el derecho de defensa se ejerce de forma simultánea, es decir, a través de las acciones del procesado y las del defensor, predominan las actuaciones del abogado. Esto se debe a que, aunque el procesado es el titular del derecho constitucional, el abogado es nombrado para asistir, aconsejar, representar y argumentar por el procesado. No obstante, este como titular mantiene su participación activa en el proceso hasta el punto de poder revocar el poder y nombrar a un nuevo apoderado. De acuerdo con lo establecido en los artículos 127 de la Ley 600 de 2000 y 130 de la Ley 906 de 2004, en el evento de que las actuaciones del abogado defensor entren en contradicción con las del procesado, las determinaciones de la defensa técnica deben prevalecer.

En la sentencia T-018 de 2017, de la Corte Constitucional, resaltó que el derecho a la defensa es la garantía ofrecida a cualquier individuo, en el marco de cualquier procedimiento judicial o administrativo, para expresarse, ser oído, presentar sus propios fundamentos, impugnar, refutar y objetar la evidencia en su contra, pedir la presentación y valoración de las pruebas que lo beneficien, y utilizar las vías para presentar recursos establecidos en la legislación. Al respecto, la sentencia citada manifiesta lo siguiente:

> *"La jurisprudencia constitucional define el derecho a la defensa como la oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como ejercitar los recursos que la ley otorga.".*

En la sentencia C-496 de 2015 de la Corte Constitucional, dispuso que la defensa técnica es permanente y sin restricciones de tiempo. Este derecho comienza tan pronto como el individuo sabe que hay un proceso en su contra y se extiende hasta que dicho proceso concluye. Esto implica que el derecho debe ser garantizado incluso antes de la imputación, abarcando tanto las fases preliminares como las posteriores. Para la Constitución, la denominación legal que se le otorgue al individuo en las diversas etapas penales no es relevante; lo esencial es que el derecho a la defensa se asegure a lo largo de todas las actuaciones, sin restricciones ni demoras injustificadas. Al respecto, la sentencia citada dice lo siguiente:

> *"El derecho a la defensa técnica es intemporal, no tiene límites en el tiempo, puesto que el ejercicio de este surge desde que se tiene conocimiento que se cursa un proceso en contra de una persona y solo culmina cuando finaliza el mismo; dando cabida para interpretar que este derecho "implica que se puede ejercer desde antes de la imputación, en las etapas pre y procesal, sin que resulte relevante para el ordenamiento constitucional la denominación jurídica que se le asigne al individuo al interior de todas y cada una de las actuaciones penales, pues lo importante y trascendental es que se le garantice a lo largo de todas ellas el ejercicio del derecho a la defensa sin limitaciones ni dilaciones injustificadas.".*

La sentencia T-920 de 2008 de la Corte Constitucional, reiteró que el derecho a la defensa no se activa únicamente con la imputación de cargos, sino que comienza desde el instante en que arranca el proceso. Esto permite al indiciado idear las tácticas defensivas que considere necesarias, siempre y cuando se adhiera a los procedimientos establecidos en la Ley 906 de 2004. No obstante, como se ha relatado aquí, la estructura normativa del sistema penal acusatorio no autoriza la anticipación del descubrimiento de evidencias ni la presentación de peticiones que puedan obstaculizar el avance de la investigación por parte de la Fiscalía.

En la sentencia C-536 de 2008 de la Corte Constitucional, en consonancia con fallos previos, indicó que una de las manifestaciones más fundamentales y cruciales del derecho a la defensa en el ámbito penal es el principio de paridad de oportunidades o igualdad de armas. Este principio tiene como propósito salvaguardar a los procesados contra cualquier circunstancia que pueda generar un desequilibrio en su participación dentro del proceso judicial.

> *"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 en detrimento del segundo.".*

En la misma decisión se determinó que el principio de igualdad de armas es una pieza fundamental para asegurar el derecho a la defensa, la oportunidad de debatir y, en general, el principio de un debido proceso. Este principio exige que cada actor dentro del proceso penal pueda exponer su posición con protecciones que garanticen una distribución equitativa de los recursos y capacidades de acción. Dentro de estos, son esenciales las facultades relativas a la obtención de material probatorio. El objetivo es evitar que una parte quede en una clara desventaja frente a la otra, corrigiendo la desproporción que naturalmente existe entre el ente acusador y el acusado, la cual beneficia al primero y perjudica al segundo. Aquí la jurisprudencia ha sido clara respecto a la necesidad de protección del derecho de defensa en cada momento procesal.

En la sentencia C-371 de 2011 de la Corte Constitucional, al examinar la aplicación de los principios de inmediación y contradicción en el Sistema Penal Acusatorio, la Corte ratificó que, según los artículos 15 y 16 de la Ley 906 de 2004, el principio de contradicción otorga

a las partes en el proceso penal la facultad de acceder a las pruebas y debatir su validez. Este derecho también implica participar en la creación de dichas pruebas, incluyendo tanto las que se presenten en la audiencia de juicio oral y el posterior incidente de reparación, como aquellas que se hayan practicado de forma anticipada.

En igual sentido, la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-559 de 2019, especificó que es válido limitar la publicidad de algunas fases o procedimientos penales, según lo permitan la Constitución y los tratados internacionales. El propósito de esta restricción es asegurar el buen desarrollo de la investigación y proteger intereses legales de mayor jerarquía. A pesar de esto, la Corte ha sido enfática al indicar que estas reservas procesales jamás pueden anular o menoscabar el derecho a la defensa de los involucrados o las víctimas. El fundamento es que la jurisprudencia ha mantenido una postura coherente y firme al considerar que bajo ninguna circunstancia se pueden establecer limitaciones o excepciones al derecho de defensa. Por lo tanto, se debe entender que la defensa debe aplicarse sin distinción a todo el proceso penal, incluyendo de forma obligatoria la fase inicial o pre-procesal conocida como investigación previa o indagación.

En la sentencia C-127 de 2011 de la Corte Constitucional, determinó que el derecho a la contradicción no está restringido a iniciarse solo tras la imputación de cargos. En situaciones donde el procesado toma conocimiento del proceso en su contra durante la indagación preliminar, tiene la posibilidad de participar en el trámite para influir en las labores investigativas de la Fiscalía. No obstante, la audiencia de imputación es el momento en que se le brindan plenas garantías al procesado, ya que allí no solo se le informa de manera oficial sobre el proceso, sino que se definen claramente los sucesos indicadores de la investigación y se establece una clasificación legal temporal del comportamiento. En las etapas previas, dado que aún no se ha delimitado el objeto del litigio o el marco de la disputa jurídica, el ejercicio de la defensa presenta dificultades y restricciones que son resueltas y superadas formalmente con el acto de imputación.

De las anteriores decisiones se concluye que el derecho de defensa puede ser ejercido desde el inicio del proceso penal, es decir, desde antes de la imputación, y una de sus manifestaciones más cruciales es la igualdad procesal, con el propósito de evitar

desventajas en el proceso, ello conlleva a que el procesado tenga facultades relativas a la obtención de material probatorio. El procesado tiene la posibilidad de presentar sus propios elementos y argumentos en procedimientos judiciales y administrativos. El derecho de defensa es intemporal, por tal razón, permite que el indiciado pueda idear las estrategias defensivas que considere desde cualquier momento procesal, siempre y cuando se adhieran al procedimiento penal, el cual restringe el descubrimiento probatorio en la indagación. La razón de esta limitación se debe a que el Estado busca proteger los intereses legales de mayor jerarquía. El indiciado en la indagación preliminar, tiene la posibilidad de participar para influir en las labores investigativas. En esta etapa, el ejercicio de la defensa es dificultoso debido a las restricciones que según la jurisprudencia son resueltas y superadas formalmente con el acto de imputación. Pero, el ordenamiento jurídico no ha seguido los lineamientos jurisprudenciales en defensa del indiciado.

1.5. DECISIONES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SOBRE LA LIMITACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA, PRINCIPIO DE IGUALDAD DE ARMAS Y EL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN

En el fallo de casación SP2144-2016, bajo el radicado número 41712 del 24 de febrero de 2016, la Corte Suprema de Justicia abordó el derecho de defensa. La Corporación determinó que este derecho fundamental está consagrado en diversas fuentes nacionales e internacionales: en el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 26 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en los artículos 7.6 y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y finalmente, en el precepto 29 de la Constitución Política de Colombia.

De estos mandatos se desprende la garantía de los derechos fundamentales de todo individuo: ser escuchado, aportar las pruebas que considere beneficiosas para su causa tanto en el curso del proceso como en la condena, que se garanticen en condiciones dignas la ejecución de la sentencia, y la posible obtención de beneficios sustitutivos que permitan el cumplimiento de la pena. Adicionalmente, se garantiza el derecho a controvertir las pruebas, a argumentar sus pretensiones y a impugnar las decisiones. La

relevancia especial y jerarquía del derecho de defensa reside en su estrecha conexión con el debido proceso, siendo vital para asegurar que las determinaciones adoptadas sean legítimas, justas, fundamentadas y libres de arbitrariedad. Las salvaguardas que constituyen el debido proceso, incluido el derecho de defensa, son de aplicación forzosa en todas las actuaciones, ya sean de naturaleza judicial o administrativa, puesto que representan un pilar indispensable para la materialización de la justicia como un valor supremo dentro del ordenamiento jurídico.

Es crucial recalcar que la protección constitucional de este derecho no busca garantizar una observancia rígida de reglas de índole meramente legal. En cambio, su objetivo es asegurar la aplicación de procedimientos que permitan tomar decisiones que tengan un sustento jurídico justificado, lo que implica que el debido proceso debe ser analizado desde una perspectiva netamente constitucional. La sentencia SP3657-2016 del 16 de marzo de 2016, de la Corte Suprema de Justicia estableció que, debido a los principios de lealtad, igualdad de armas, y la salvaguarda del derecho de defensa, la entidad encargada de la persecución de delitos tiene la obligación de notificar al individuo que ha sido identificado como presunto responsable sobre la apertura de ese proceso preliminar. No obstante, esta obligación no implica revelar las acciones de investigación específicas que la Fiscalía tiene planeado ejecutar. Esta limitación se debe a la necesidad de eficacia, la cual se asegura en gran medida por el factor sorpresa inherente a tales diligencias. En el caso en cuestión, esta condición se cumplió, dado que el demandante estaba al tanto de la indagación preliminar dirigida en su contra y el Fiscal involucrado no negó este hecho.

La sentencia de tutela STP3038 del 1 de marzo de 2018, de la Corte Suprema de Justicia, respaldándose en jurisprudencia de la Corte Constitucional, dictaminó que la Fiscalía Segunda Seccional de La Dorada (Caldas) incurrió en un error jurídico al ignorar las decisiones C-799-2005 y T-920-2008 de la Corte Constitucional. Dicha omisión consistió en desatender la vigencia del derecho fundamental a la defensa, un derecho que debe poder ejercerse incluso antes de que se formule la imputación formal. Por lo tanto, el ente titular de la acción penal tiene el deber de facilitar al indiciado el conocimiento de los hechos descritos en la denuncia. Esta obligación se fundamenta en cuatro puntos clave: *(i)* la diligencia cuestionada no se realizó en la fase de indagación; de hecho, fue el acto

que inició el proceso judicial criticado; *(ii)* no existe ninguna norma legal que clasifique este acto procesal como reservado; *(iii)* esta acción no implica una anticipación a la etapa procesal de descubrimiento de pruebas; *(iv)* el suministro de esta información no obstaculiza que la entidad demandada continúe y avance con sus labores de investigación.

La sentencia de tutela STP5195-2025, del 25 de marzo de 2025 de la Corte Suprema de Justicia, enfatizó que el Tribunal inicial actuó correctamente al considerar que la solicitud del demandante que motivó la acción de amparo era válida, ya que comprometía su derecho fundamental al debido proceso. La providencia judicial indicó que la reserva legal que la Fiscalía invocaba, fundamentada en el artículo 212B de la Ley 906 de 2004, no era aplicable al caso específico. Además, se recordó la posición clara de la Corte Constitucional, expresada en la sentencia C-799 de 2005 y otras decisiones de tutela: cualquier persona que sepa que está siendo investigada tiene el derecho de conocer, desde el inicio, los detalles de esa causa penal. Este conocimiento es esencial para su prerrogativa de preparar la defensa desde las fases tempranas del proceso. Por lo tanto, el derecho a la defensa, consagrado en el artículo 8° de la Ley 906 de 2004 y sus garantías conexas, debe extenderse a la etapa previa a la formulación de imputación. La Corte ha subrayado que ni la Constitución ni los tratados internacionales de derechos humanos han establecido un límite temporal al ejercicio del derecho de defensa. Este derecho es general y universal, y, por lo tanto, no es restringible en el tiempo.

En consecuencia, el derecho de defensa surge desde que una persona sabe que hay un proceso en su contra y solo finaliza con la terminación de dicho proceso. En este contexto, se puede afirmar que, para que el implicado pueda ejercer su defensa de manera efectiva, debe tener acceso a ciertas diligencias realizadas durante la fase de indagación. Es importante diferenciar esta situación, de la reserva legal que cubre los elementos materiales probatorios y evidencia física legalmente obtenidos en esa etapa procesal. Según el artículo 344 de la Ley 906 de 2004, la Fiscalía solo tiene la obligación de descubrir estas pruebas en la audiencia de formulación de acusación, tal como lo ha confirmado la Corte Constitucional en reiteradas ocasiones, como por ejemplo en la sentencia T-920/08.

La importancia de permitir el acceso a la información previa radica en que, cuando el investigado es citado a la audiencia de formulación de imputación, se enfrenta a la primera oportunidad legal para aceptar unilateralmente los cargos a cambio de la máxima rebaja de pena que puede ser hasta el 50%, además,-en la audiencia subsiguiente puede enfrentar una solicitud de medida de aseguramiento intramural-. Por ende, es lógico que el implicado tenga el derecho de conocer, al menos de forma general, los hechos y que le serán presentados con mayor precisión en la imputación y medida de aseguramiento. Así podrá anticipar y meditar su decisión sobre si allanarse a los cargos u oponerse a una medida de aseguramiento, evitando que la información le sea completamente sorpresiva.

Al respecto, la Sala de Tutela de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia STP3038-2018, del 1 de marzo de 2018, precisó que el derecho de defensa no se activa únicamente con la imputación, sino desde el mismo instante en que la investigación inicia y ya se conoce al indiciado. Esto le permite adoptar las estrategias que considere necesarias para preparar su defensa, siempre respetando los procedimientos establecidos en la Ley 906 de 2004. Al respecto, es preciso aportar en su totalidad, en cada palabra, el argumento presentado por el Alto Tribunal, con el fin de que la interpretación no se pueda desviar en un sentido desfavorable al indiciado. La decisión mencionada dice lo siguiente:

> *" … puede afirmarse que el derecho de defensa no se empieza a ejercer solamente desde el momento en que se profiere la imputación, sino que, desde el instante mismo en que se inicia la investigación con un indiciado conocido, pudiendo éste adoptar las estrategias que considere convenientes para preparar su defensa; eso sí, teniendo en cuenta los cauces legales previstos en la Ley 906 de 2004, bajo el entendido de que la estructura del sistema de procedimiento penal con tendencia acusatoria no implica: (i) anticipar la etapa del descubrimiento de las pruebas ni (ii) efectuar solicitudes que puedan impedir las labores de la Fiscalía de adelantar y continuar la investigación. En concordancia con lo anterior, puede sostenerse que si bien es cierto el Código de Procedimiento Penal impide el acceso del indiciado, por regla general, a las evidencias y elementos materiales probatorios hasta*

> *cuando se realice la audiencia de formulación de acusación, también resulta necesario reconocer que, a efectos de que el implicado ejerza en debida forma el derecho de defensa, puede tener acceso a algunas diligencias ejecutadas en la indagación (CC T-920-2008). En consecuencia, cuando un indiciado requiera el acceso o las copias de una carpeta en donde se consigne el programa metodológico, es necesario que la Fiscalía distinga explícitamente, a partir de la Ley 906 de 2004, cuáles piezas se encuentran cobijadas por la reserva y cuáles no, pues no se puede brindar una respuesta irreflexiva acerca de lo pedido por el implicado, por cuanto, eventualmente, lesionaría su garantía judicial de la defensa.".*

De acuerdo con lo anterior, aunque el Código de Procedimiento Penal restringe el acceso del indiciado a las evidencias y pruebas hasta la audiencia de acusación, también es fundamental reconocer que, para garantizar un ejercicio apropiado del derecho de defensa, el implicado sí puede acceder a algunas diligencias llevadas a cabo en la indagación conforme lo establece la sentencia T-920-2008 de la Corte Constitucional.

En consecuencia, cuando un indiciado solicita el acceso o copias del expediente, incluida la información sobre el programa metodológico, la Fiscalía tiene la obligación de discriminar claramente, con base en la Ley 906 de 2004, qué partes están protegidas por la reserva y cuáles no. No puede simplemente dar una respuesta negativa de forma general o irreflexiva, ya que esto podría vulnerar la garantía judicial de la defensa.

En el caso particular analizado la disputa se centraba en el derecho a acceder a un mínimo de información sobre los hechos que motivaron la investigación penal en su contra. El objetivo era diseñar su estrategia de defensa en igualdad de condiciones frente al ente acusador y, de ser el caso, entender el panorama judicial para considerar los beneficios por allanamiento a cargos, -o prepararse para oponerse a una posible medida de aseguramiento intramural después de la audiencia de imputación-. Por lo tanto, la Corte Suprema advirtió que la Fiscalía cometió un error al negarse de manera rotunda y absoluta a entregar las copias de la actuación que le permitieran una comprensión general de los

hechos por los cuales estaba siendo investigado, contradiciendo lo resuelto por el Tribunal de primera instancia.

La Corte Suprema de Justicia ha reconocido que el descubrimiento probatorio por parte de la Fiscalía ocurre en la acusación según los artículos 337 y 344 de la Ley 906 de 2004. No obstante, esta limitación no impide a la Fiscalía suministrar al indiciado otros elementos que existan en el expediente, como, por ejemplo, la noticia criminal. Bajo estos argumentos, la Sala revocó el fallo de tutela impugnado y, en su lugar, ordenó a la Fiscalía 2° Seccional de Bucaramanga, que en un plazo de tres (3) días hábiles entregara los documentos que reposaban en la indagación, con la excepción de los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida.

La igualdad de armas es un principio fundamental que exige que exista una igualdad de oportunidades entre las partes que se enfrentan en un proceso judicial. En el ámbito penal, el principio de igualdad de armas, ratificado en la sentencia con radicado AP1663-2022 del 27 de abril de 2022, de la Corte Suprema de Justicia, significa que la Fiscalía y la defensa deben presentarse ante el Juez contando con idénticas herramientas y medios de convicción para persuadirlo. Ninguna de las partes debe tener privilegios o sufrir desventajas al intentar demostrar sus pretensiones. Al respecto, la sentencia mencionada dice lo siguiente:

> *"... uno de los principios básicos del sistema penal acusatorio de corte europeo [...] encaminado a asegurar que acusador y acusado gocen de los mismos medios de ataque y de defensa para hacer valer sus alegaciones y medio de prueba, es decir, que dispongan de las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación.".*

Y en virtud de tal principio:

> *"... 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 imputación.".

La igualdad de armas se define como un pilar esencial del sistema penal acusatorio de tradición europea. Su propósito es asegurar que tanto el acusador como el acusado dispongan de medios de ataque y de defensa equivalentes para sustentar sus argumentos y sus pruebas. En otras palabras, ambos deben tener las mismas opciones y responsabilidades en cuanto a alegar, presentar pruebas, controvertir e interponer recursos frente a decisiones. Gracias a este principio, ambas partes deben contar con instrumentos procesales uniformes para la acusación y la defensa, evitando así cualquier desequilibrio. De esta forma, se garantiza que las posibilidades y cargas probatorias (elementos materiales probatorios) sean las mismas para todos.

Pese a la importancia de este principio, la decisión judicial AP1663-2022 de la Corte Suprema de Justicia cita a la Corte Constitucional para señalar que el derecho de defensa y el de contradicción no son absolutos. Estos derechos pueden ser restringidos cuando sea necesario garantizar otros intereses legítimos, siempre que dicha limitación sea razonable, proporcionada y no anule el núcleo esencial del derecho. Argumentar que el derecho de defensa del procesado tiene una primacía absoluta resultaría impráctico e iría en contra de la correcta administración de justicia. Si esto fuera cierto, no podría fijarse una fecha límite para ejercer la defensa, no se podría restringir el momento para practicar o controvertir pruebas, ni negar la práctica de pruebas inconducentes, incluso si el procesado las pide.

En esencia, conceder una supremacía total e inquebrantable al derecho de defensa significaría que el proceso judicial quedaría subordinado a las decisiones y la voluntad del procesado. De lo anterior se puede concluir que, en la etapa de indagación penal, existen problemas a la hora de tratar de mantener el equilibrio entre las partes por las restricciones al derecho de defensa, al principio de igualdad de armas y al derecho de contradicción, pues se impide que la persona indagada acceda a la totalidad de los elementos materiales probatorios que la Fiscalía haya recopilado en esa fase. No es posible igualarse en armas ante el Juez de Control de Garantías sin tener acceso a dichos

elementos en aras de presentar los propios que permitan contradecir los recolectados por la Fiscalía. Se evidencian antinomias y limitaciones que dificultan el ejercicio efectivo del derecho de defensa desde la indagación.

1.6. Ilustración: etapas del proceso penal colombiano



Ilustración generada con Napkin.

II. TEORÍAS SOBRE EL DERECHO DE DEFENSA, EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE ARMAS Y EL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

2.1. HORIZONTE HERMENÉUTICO INTERPRETATIVO

Siguiendo a Atienza (2007), es importante tener en cuenta el concepto de Estado Constitucional de Derecho, bajo el modelo expuesto por Manuel Atienza como horizonte hermenéutico interpretativo básico en el cual se introducen los argumentos y las interpretaciones del derecho y con ello, de los derechos humanos. Para tal efecto deben tenerse en cuenta cinco de los diez puntos que el autor considera como esenciales en el Estado Constitucional. En relación con dichos puntos, se tienen los siguientes: *(a)* Dado que el derecho se entiende como un sistema de normas que se practica en la sociedad, la teoría jurídica debe integrarse en ella. Quien teoriza sobre el derecho no debe ignorar los valores inherentes a esa práctica, ni debe ver su contribución como un esfuerzo aislado; al contrario, su labor debe ser cooperativa con otros profesionales para el perfeccionamiento continuo de la práctica legal; *(b)* Algunas naciones conforman ámbitos culturales con variaciones y diferencias en su desarrollo, pero comparten similitudes en sus estructuras lingüísticas, legales y judiciales. En estas naciones, el concepto de Estado Constitucional funciona como un principio rector que guía la evolución del derecho y de la cultura legal. Actualmente, en gran parte de estas naciones, la filosofía del derecho ha alcanzado una notable posición académica, contando con numerosos expertos que poseen una elevada capacidad técnica; *(c)* Una propuesta teórica sobre el derecho que sea efectiva en la práctica y sostenible culturalmente debe fusionar tres elementos clave: *(i)* el enfoque analítico, *(ii)* la moral objetiva y *(iii)* la aplicación social. Estos tres componentes se relacionan, respectivamente, con las principales corrientes del pensamiento jurídico: el positivismo jurídico, el iusnaturalismo y la teoría crítica del derecho; *(d)* El no-cognoscitivismo se desestima por dos motivos: *(i)* no logra explicar adecuadamente aspectos cruciales de la práctica legal, especialmente cómo se justifican las sentencias judiciales, *(ii)* la postura preferible es el objetivismo moral. Este, a diferencia del relativismo, sostiene que los juicios éticos buscan la verdad, pretensión de corrección; y a diferencia del absolutismo, argumenta que, si bien estos juicios, como los de las cortes, ofrecen razones fundamentales en la toma de decisiones, son susceptibles de crítica y, por ende, falibles; *(e)* La principal contribución de las teorías críticas del derecho radica

en la insistencia de que el derecho y su estudio deben estar anclados en el contexto social, destacando su capacidad para impulsar cambios en la sociedad.

De acuerdo con Calsamiglia (1998), toda decisión jurídica tiene que estar respaldada por un sistema de argumentos consistentes, racionales, lógicos y razonables. Desde el punto de vista del postpositivismo constitucional se reconoce que el derecho de defensa, el principio de igualdad de armas y el principio de contradicción, son un objeto moral mínimo, que no puede ser sobrepasado en ningún momento procesal (desde la indagación hasta la culminación del proceso), y se afecta con la interpretación jurisprudencial de las Altas Cortes, pues debe existir una conexión entre el derecho y la moral, debe practicarse el derecho del deber ser, y no el que es, el válido, pero que resulta injusto por los límites que se establecen a dichos derechos constitucionales.

2.2. DERECHO DE DEFENSA Y SUS GARANTÍAS CONEXAS

Según Buitrago (2005), el derecho de defensa se presenta como un requisito fundamental para la validez de los procedimientos judiciales en materia penal. Este derecho funciona como un medio para lograr un balance entre la autoridad absoluta del Estado y la persona particular que está siendo juzgada en un proceso penal. Esta prerrogativa no solo representa una salvaguarda básica para el individuo, sino que también actúa como una restricción al ejercicio del poder estatal. De esta forma, se asegura que la administración de justicia sea adecuada y proteja tanto los derechos como las libertades de la ciudadanía. Por ello, el derecho de defensa se establece como una de las bases principales del proceso penal, ya que garantiza la aplicación de principios esenciales como la igualdad, el debido proceso y la contradicción.

Para Peña (2001), el derecho a la defensa se distingue por dos cualidades esenciales, su carácter técnico y su continuidad: *(i)* La técnica significa que la persona encargada de la defensa, es decir, el defensor, tiene la obligación de actuar con la preparación y destreza necesarias para salvaguardar los intereses de quien está representando en el proceso; *(ii)* La continuidad, a su vez, demanda que el acusado reciba asistencia legal de forma constante desde el instante en que se le vincula oficialmente al procedimiento legal hasta

que este finaliza, e incluso después de dictarse una sentencia condenatoria. Etapas cruciales como la indagación, el interrogatorio y la investigación formal no pueden llevarse a cabo sin la representación de un defensor. Esto resalta la trascendencia de este derecho en cada una de las fases del proceso. Para el autor en comento, el derecho de defensa es un componente crucial dentro del procedimiento penal, pues no solo garantiza la protección de los derechos de la persona, sino que también confiere legalidad a las acciones realizadas por el Estado. Su implementación efectiva, respaldada por fundamentos como el debido proceso y la igualdad de condiciones entre las partes es imprescindible para prevenir la indefensión y asegurar que la justicia sea imparcial. Por lo tanto, analizar y comprender este derecho resulta fundamental para entender cómo funciona el sistema penal y cómo influye en la salvaguarda de los derechos humanos.

Para Moreno (2010), el derecho de defensa es un derecho fundamental universalmente reconocido, tanto en las constituciones nacionales como en los tratados de derechos humanos. Este derecho está intrínsecamente ligado al debido proceso y a la prohibición de la indefensión. Además, se considera un derecho independiente y esencial que garantiza la igualdad de condiciones entre las partes en un proceso legal. La defensa legal constituye uno de los derechos fundamentales primordiales, el cual se encuentra consagrado en toda ley fundamental y en la normativa internacional sobre derechos humanos. Está directamente asociado con el derecho a un juicio equitativo. Se establece como un derecho esencial e instrumental que asegura el equilibrio o la paridad de armas entre quienes participan en el proceso. Como un derecho humano de carácter autónomo y estructural, el derecho de defensa es reconocido y protegido en la totalidad de las cartas magnas y documentos internacionales de derechos humanos. Su existencia es crucial, ya que se vincula directamente al proceso justo y a la garantía de que ninguna persona quede en estado de indefensión. Funciona como un mecanismo indispensable para materializar la igualdad procesal de los intervinientes en el proceso. El mismo autor manifiesta que el derecho constitucional y legal de defensa se conforma con el respeto de las normas y garantías procesales nacionales e internacionales, siempre que estas, a su vez, respondan a la finalidad de asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción en procura y protección del equilibrio.

Para Montero y Salazar (2013), el derecho de defensa es considerado la garantía fundamental del debido proceso. Implica la puesta en práctica de las protecciones legales que asisten a la persona que el Estado señala como presunto quebrantador de la ley. Esto es crucial debido a las significativas repercusiones que tal acusación conlleva para el individuo, afectando negativamente aspectos como su reputación, su exclusión social y su bienestar general en los ámbitos personal, individual, social, económico y psicológico. El derecho de defensa, según Vladila (2011), "garantiza que la persona tenga acceso a las pruebas que necesita, pueda aportar sus propias pruebas, y sea informada correctamente para poder preparar su estrategia de defensa". Además, "El derecho de defensa esgrime, ante todo, un atributo fundamental de la persona, encontrado en estrecha relación con la propia condición humana. La comprensión de este principio obliga al conocimiento de los dos sentidos que comporta la idea de defensa. Uno, *material o substancial,* tiene en vista un complejo de derechos y garantías con carácter procesal, siendo esto el derecho de defensa, *en sentido amplio.* El segundo, *formal o institucional* se limita a definir el derecho de la parte a beneficiarse de un defensor especializado, siendo esto el derecho de defensa, *en sentido limitado".*

Para Hernández (2013), el derecho de defensa es, a la vez, una garantía y un derecho fundamental inherente a todo individuo. Se le considera una garantía porque su función es precisamente proporcionar los mecanismos necesarios para asegurar que un derecho sea efectivo. Por lo tanto, actúa como un instrumento indispensable para que este derecho, que está escrito, pueda ejecutarse en la práctica y ser plenamente funcional. Se puede comprender el derecho de defensa como un derecho humano fundamental y una garantía ineludible que le corresponde a cualquier persona. Este aspecto de garantía se debe a que este concepto alude a los medios empleados para proteger la aplicación real de un derecho. En esencia, sirve como la herramienta que convierte un derecho meramente formal declarado en un derecho operativo y aplicable en la realidad. El autor menciona que todo ser humano debe disfrutar del derecho de defensa, el cual debe ser respetado como un derecho de carácter fundamental y una garantía esencial. El derecho de defensa califica como garantía porque el concepto de garantía se refiere precisamente a los procedimientos diseñados para lograr la eficacia de un derecho. Su propósito es

funcionar como el instrumento necesario para que un derecho meramente enunciado se transforme en un derecho susceptible de ser ejercido.

2.3. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE ARMAS

Conforme al examen conceptual realizado por Moratto (2021), el principio de igualdad de armas se concibe como una directriz de optimización que exige llevar a cabo una equidad procesal en el mayor grado viable. Esta igualdad no es meramente numérica o matemática, sino material. Por ello, es imperativo considerar las diferencias inherentes entre los contendientes y las condiciones específicas de cada uno. El término "arma" se refiere a todos los instrumentos de ataque y defensa accesibles a una de las partes. Estas son, en esencia, las condiciones, facultades y oportunidades necesarias para presentar el caso de forma eficaz. Según Moratto, se considera que el principio se transgrede cuando se produce un perjuicio sustancial que menoscaba la justicia en su conjunto. Respecto a su origen o naturaleza, algunos autores sostienen que la igualdad de armas es una derivación o una extensión del derecho de defensa. Otros sitúan su base en el concepto de juicio justo, mientras que un tercer grupo lo fundamenta en el mandato general de la igualdad. Este principio tiene proyección en cada etapa y aspecto del proceso y está íntimamente ligado al deber general de igualdad. Para Moratto, la equidad entre las partes implica que ambas deben tener la posibilidad de presentar sus argumentos en un tiempo adecuado, sin que exista una situación de desventaja de un extremo frente al otro. Su alcance es muy amplio. Es relevante destacar que la diferencia entre los modelos de procesos adversariales e inquisitivos es útil para precisar que la igualdad de armas solo se aplicará donde exista al menos un componente adversarial que permita la confrontación procesal entre dos partes en oposición. En definitiva, el principio de igualdad de armas constituye una garantía esencial para la ejecución efectiva del derecho de defensa y para lograr la equidad en el procedimiento judicial.

2.4. EL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN

Es fundamental considerar este principio, ya que, como señala Moratto (2021), es casi idéntico al principio de igualdad de armas, compartiendo muchas similitudes. Sin

embargo, existe una diferencia muy sutil que ha sido destacada por los Tribunales Europeos de Derechos Humanos: el principio de contradicción exige que las dos partes involucradas dispongan de la misma documentación al momento de presentar sus argumentos o alegaciones. Según Moratto, el principio de igualdad de armas demanda que los contendientes en el proceso tengan la oportunidad de exponer sus tesis dentro de un plazo adecuado y que ninguno se encuentre en una situación de desventaja respecto al otro. Estos Tribunales también determinaron que la igualdad de armas incluye el derecho a un juicio con debate donde ocurra el contradictorio. Por lo tanto, si a cualquiera de los dos oponentes se les impide acceder a información relevante, se estaría quebrantando el principio de contradicción.

De lo anterior se concluye que el derecho de defensa es un principio fundamental e inherente a todo individuo, garantizado por la igualdad procesal, el debido proceso y la contradicción, con el fin de prevenir la indefensión y asegurar la imparcialidad. Esto busca mantener el equilibrio en cualquier etapa procesal, evitando cualquier desventaja, garantizando el acceso a las pruebas, la posibilidad de aportar documentación propia, y sin limitaciones que puedan perjudicar al procesado.

III. TEORÍAS SOBRE EL DERECHO, LA MORAL, EL GARANTISMO Y EL POSTPOSITIVISMO EN EL CONSTITUCIONALISMO

3.1. SEPARACIÓN DEL DERECHO Y LA MORAL

Para abordar el tema de la intemporalidad del derecho de defensa y sus garantías conexas, así como el acceso a todos los elementos materiales probatorios desde la indagación es importante tener en cuenta teorías que permiten tener una visión crítica desde la separación del derecho y la moral, el garantismo, el postpositivismo en un Estado Constitucional de Derecho y las antinomias que generan inseguridad jurídica en perjuicio del procesado. Según Ferrajoli (2018), la teoría del Constitucionalismo más allá del Estado es válida. Argumenta que, si el derecho se reduce únicamente a lo dispuesto por el legislador bajo el positivismo legalista, su validez y existencia se divorcian de la justicia. Esto significa que no todas las normas jurídicas son justas solo por el hecho de haber sido

producidas legalmente. El principio de legalidad crea una brecha entre lo que el derecho debería ser, el ideal moral, y lo que es en realidad el derecho positivo vigente; es decir, entre el derecho existente y el derecho justo.

El mismo autor manifiesta que esta separación entre derecho y moral define dos visiones políticas opuestas: la política "desde arriba" (el poder estatal) con su perspectiva interna alineada con el derecho positivo que ella misma produce, y la política "desde abajo" (la sociedad) con su perspectiva externa, crítica y conflictiva. Representa la aspiración a un derecho aún no producido y, por ende, se identifica con el punto de vista de la moral y la justicia. Según el autor, el punto de vista externo de la política social o "desde abajo" se erige como el fundamento y fuente de legitimación del sistema político-jurídico, aunque esta legitimación siempre será relativa e imperfecta. Los espacios de esta política pueden expandirse, incluso más allá de las fronteras nacionales, como sucedió con Marx, que redefinió la política moderna desde la óptica igualitaria de los explotados y del conflicto social como lucha de clases. Esto también se aplica a la necesidad de un trato equitativo para los imputados o acusados frente al enorme poder del Estado.

Para el autor, cuando los poderes estatales carecen de límites internos, el Estado de derecho, la democracia, la política y la paz corren el riesgo de autodestruirse. Ejemplos históricos como el fascismo en Italia y el nazismo en Alemania lo demuestran: ambos regímenes llegaron al poder por medios legales y luego demolieron tanto el Estado como la democracia. Las degeneraciones totalitarias y las guerras mundiales entre 1915 y 1945 no fueron accidentales, sino consecuencia del quiebre entre el derecho y la razón jurídica. Bajo la óptica de Ferrajoli (2012), los principios y derechos fundamentales consagrados en las constituciones encarnan valores morales y políticos de justicia altamente compatibles. Esto ha llevado a algunos autores a sostener que su inclusión constitucional ha hecho insostenible la tesis positivista de la separación entre derecho y moral, restableciendo su conexión.

Sin embargo, Ferrajoli precisa que la cuestión es más profunda que simplemente decir que las leyes o constituciones contienen principios morales: lo relevante es que estos principios constituyen una moral de justicia en un sentido objetivo. Sostiene el autor que

no se trata de una pluralidad de concepciones morales, sino de la moral de justicia que se identifica total o parcialmente con los valores de las constituciones democráticas actuales. Quienes defienden los derechos fundamentales no los ven como valores personales, sino como principios, contenidos de justicia objetivos y verdaderos. El constitucionalismo es, por tanto, un segundo positivismo, es decir, un positivismo reforzado. Para Ferrajoli, la constitucionalización de los principios de justicia no elimina la separación entre derecho y moral. La tesis de la separación es, simplemente, una consecuencia directa del principio de legalidad como regla de reconocimiento del derecho positivo vigente.

Siguiendo la teoría de Ferrajoli, esto significa que derecho es todo lo que las autoridades habilitadas han establecido legalmente, independientemente de si resulta agradable o se perciba como justo. El derecho sigue siendo diferente de la moral, porque el carácter positivo de una norma, incluso constitucional, no garantiza su justicia. Por ende, la justicia de una norma no es una condición necesaria ni suficiente para su validez. Para el autor, la moral y la justicia siempre serán puntos de vista externos al derecho. Son perspectivas morales y políticas subjetivas de cada individuo (apoyo o rechazo a los principios constitucionales). La prueba es que estos principios y valores como la igualdad, la libertad de conciencia, la paz, la salud no son universales; se han impuesto históricamente frente a valores opuestos que eran compartidos por grandes mayorías. Se estipularon en un pacto constitucional precisamente porque aún hoy no suscitan consenso universal y deben ser protegidos de posibles mayorías contrarias. El hecho de que sean constantemente violados, ignorados o negados confirma que no son universalmente compartidos ni tenidos por verdades objetivas.

De lo anterior se concluye que, según Ferrajoli, el constitucionalismo representa un "segundo positivismo" o positivismo reforzado, pues los principios y derechos fundamentales consagrados en las constituciones encarnan valores de justicia que buscan conectar el derecho con la moral. No obstante, esta constitucionalización no elimina la tesis de la separación entre derecho y moral: el derecho positivo sigue siendo definido por el principio de legalidad, es decir, lo que las autoridades establecen legalmente, y su validez no depende de si es justo. La justicia, junto con la moral, se mantiene como un punto de vista externo, "desde abajo", crítico y conflictivo, que opera como fuente de

legitimación relativa del sistema y que debe ser protegido incluso por las mayorías, ya que los valores constitucionales de justicia, como la igualdad o la paz, no son verdades universalmente aceptadas ni compartidas por todos.

3.2. CONSTITUCIONALISMO Y GARANTISMO

Según la compilación de Carbonell y Salazar (2005), que cita a Prieto Sanchís en su escrito sobre "Constitucionalismo y Garantismo", sostienen que, aunque el garantismo y el constitucionalismo se manifiestan en variados modelos de análisis, el Estado Constitucional de Derecho es la expresión política del garantismo. Este es el único sistema institucional donde puede prosperar el programa garantista, el cual es ambicioso y se centra en la idea de que las instituciones son herramientas al servicio de los derechos. Estos derechos solo pueden concretarse dentro del marco del Estado constitucional, ya que este sistema incorpora un riguroso principio de estricta legalidad. Dicho principio somete el poder no solo a límites de tipo formal, sino también a límites sustanciales, los cuales son establecidos por los derechos y principios fundamentales.

Según los autores, el Estado constitucional, a su vez, no es uniforme ni posee características inmutables. La constitucionalización debe entenderse como un proceso evolutivo continuo, y no como una cualidad estática. Este proceso se enriquece progresivamente a través de exigencias sucesivas, tales como: la fuerza vinculante de las normas, la aplicación directa de los principios por parte de los jueces y la existencia de garantías jurisdiccionales. Para los autores, el garantismo se considera una de las versiones más estimulantes del constitucionalismo. Desde la perspectiva de la filosofía política, rescata y lleva a su máxima expresión las ideas más ambiciosas del programa ilustrado y contractualista, que concibe a las instituciones como un mecanismo instrumental para proteger los derechos.

En este contexto, según los autores, Ferrajoli se destaca por haber presentado el modelo de derechos más exhaustivo, detallado y amplio. Nadie ha explorado con tanta profundidad las implicaciones necesarias para que el ejercicio del poder sea más tolerante y menos opresivo. Ferrajoli se distancia claramente del positivismo conceptual, y no hace

ninguna concesión a posturas como el neoiusnaturalismo constitucional, el positivismo incluyente o incorporacionismo, ni a ninguna otra corriente que se asemeje al constitucionalismo ético. Con esto, mantiene firmemente asegurada la distinción entre el derecho y la moral. Finalmente, Luigi Ferrajoli también se aparta de la teoría de la argumentación, a menudo presentada como uno de los grandes logros del constitucionalismo. Ferrajoli (2012) en su perspectiva postpositivista o neoiusnaturalista dominante postula que la inclusión de principios morales de justicia en las constituciones ha revivido el vínculo premoderno entre el derecho y la moral. La ponderación sobre la subsunción a diferencia de las reglas, y se aplican mecánicamente por subsunción los principios constitucionales que son objeto de ponderación. Con el fin de la separación positivista se cree que se ha puesto término a la separación de las esferas del derecho y la moral, una división que fue característica del paradigma positivista en el derecho moderno.

En la visión garantista defendida por Ferrajoli, se observa el constitucionalismo como la evolución futura con cambio de paradigma del derecho, la democracia y la ciencia jurídica teniendo en cuenta ciertos aspectos. Positivización de límites: se basa en la positivización de límites y restricciones a toda la producción normativa, principalmente a través de principios y derechos fundamentales. Los derechos como reglas: la clave está en que estos derechos fundamentales, en la práctica, se comportan de manera muy similar a las reglas cuando se enfrentan a violaciones. Plena Realización del Positivismo y Estado de Derecho: el constitucionalismo garantista logra la realización completa del positivismo jurídico y del Estado de derecho. Esto se debe a que todo poder, incluido el legislativo, queda sujeto al derecho, es decir, a normas tanto formales como sustanciales. Estas normas tienen un doble propósito: limitar y vincular para restringir y atar el ejercicio del poder, así como censurar y eliminar para corregir y anular las violaciones cometidas.

Para Ferrajoli, los principios constitucionales se conciben como normas sustanciales. Los derechos fundamentales, en particular, tienen dos características cruciales: normas generales e inmediatas que se otorgan directa e inmediatamente a sus titulares de forma general y abstracta. Esto difiere de los derechos patrimoniales, que generalmente se generan como efectos de actos específicos previstos en las normas que los regulan, y

preceptos sobre producción normativa que funcionan como normas sustanciales que regulan la creación de otras normas. No disciplinan la forma de estas, sino su significado o contenido. Su función principal es condicionar la validez de las nuevas normas a que sean coherentes con los derechos y principios de justicia que ellas mismas formulan.

De lo anterior se concluye que el garantismo, impulsado a su máxima expresión por la visión de Luigi Ferrajoli, se establece como la versión más ambiciosa y lograda del constitucionalismo, concibiendo el Estado Constitucional de Derecho como el único marco institucional donde las instituciones se instrumentalizan para la protección efectiva de los derechos fundamentales. Este sistema se distingue por un riguroso principio de estricta legalidad que somete el poder, incluido el legislativo, no solo a límites formales sino también sustanciales derivados de los derechos y principios fundamentales, logrando así la plena realización del positivismo jurídico y el Estado de derecho. Ferrajoli mantiene una firme distinción entre derecho y moral, postulando que el constitucionalismo garantista es un paradigma evolutivo que, a través de la positivización de límites y la concepción de los derechos fundamentales como normas que limitan y vinculan, supera la vieja separación positivista y garantiza la validez de las normas solo si son coherentes con estos principios superiores.

3.3. POSTPOSITIVISMO

Según lo afirma Aguiló (2007), la constitucionalización del orden jurídico es el resultado de la combinación de un conjunto de factores que pueden darse en mayor o menor medida en un orden jurídico determinado, los cuales son: *(a)* La existencia de una Constitución rígida, la cual consagra derechos esenciales que no pueden ser alterados ni eliminados, es un requisito clave. Además, el grado de rigidez constitucional está directamente ligado a la inclinación del sistema a consolidar un ordenamiento jurídico justo; *(b)* El ordenamiento jurídico contempla la jurisdicción constitucional como un instrumento indispensable para proteger la jerarquía que ubica a la Constitución como la norma fundamental, haciendo que la ley se subordine a esta; *(c)* El carácter obligatorio de la Constitución es aceptado legalmente, lo que implica que cada una de las expresiones que la componen se deben interpretar de forma autónoma como preceptos que son de

cumplimiento inexcusable para cada ciudadano; *(d)* Los jueces tienen la facultad de aplicar las normas establecidas en la Constitución de manera directa en la resolución de cualquier clase de disputa legal. Esto incluye tanto los escenarios de derecho público, que son aquellos que involucran al Estado y a los ciudadanos, como las situaciones de derecho privado, que se refieren a las interacciones legales entre individuos particulares; *(e)* Es obligatorio interpretar las leyes de acuerdo con la Constitución. Esto significa que solo se aceptarán las interpretaciones que sean compatibles con la ley fundamental, mientras que las que entren en conflicto con ella deben ser rechazadas; *(f)* Hay una fuerte influencia constitucional en los debates políticos, es decir que los actores políticos muestran su tendencia a acudir a normas constitucionales para argumentar y defender sus opciones políticas y de gobierno, las disputas políticas entre diferentes órganos de gobierno se dirimen aplicando jurisdiccionalmente normas constitucionales. En la exposición de los esquemas conceptuales básicos sobre los que están construidos los paradigmas positivista y postpositivista, este último es una superación del primero en los Estados constitucionales, donde el derecho ha presentado una evolución, pasando del imperio de la ley, al Estado constitucional.

En el mismo sentido Aguiló, en el análisis del *imperio de la ley* al *Estado constitucional*, del *paradigma positivista legalista* al *postpositivista constitucional*, encuentra que el postpositivismo dice que para dar cuenta de una estructura en un sistema jurídico hay que considerar que además de reglas hay principios jurídicos, que establecen una solución normativa, dotando a las reglas de sentido, permitiendo verlas por un lado como instrumentos para la protección y promoción de valores jurídicos, y por otro lado como resultados de un balance entre principios, teniendo en cuenta lo siguiente: *(a)* A diferencia de las reglas, los conflictos que surgen entre principios no se solucionan descartando uno, sino que requieren un proceso de ponderación o sopesamiento; *(b)* Los derechos que se reconocen son el fundamento para que se puedan imponer deberes. Sin embargo, la simple imposición de deberes nunca funciona como justificación para que alguien sea titular de un derecho; *(c)* La fidelidad a las normas y a su manifestación concreta es un elemento de la fidelidad al ordenamiento jurídico o lealtad al derecho, aunque este último no se limita únicamente a dichas normas, ya que también incluye principios; *(d)* No se puede trazar una frontera estricta entre la argumentación en materia

de derecho y la argumentación en materia política o moral; *(e)* Existe un cambio fundamental en las relaciones jurídicas, destacándose en la transición del criterio de interpretar la carta magna según lo que dicte la norma, hacia el criterio de interpretarla de conformidad con lo establecido en la Constitución; *(f)* Aunque existen fundamentos o fuentes en el derecho, la totalidad de las normas jurídicas no se derivan de ellas; *(g)* La validez jurídica de las normas que no están expresamente escritas de forma implícita están condicionadas a que guarden coherencia de valores con aquellas normas del sistema que sí cumplen con todos los requisitos formales de validez; *(h)* Los principios son reglas esenciales e inamovibles. Si se suprimieran o restringieran, esto no resultaría en la simple modificación de ciertas leyes, sino que provocaría una transformación completa del sistema legal al que pertenecen; *(i)* Actualmente, es un error ver el derecho solo como una cuestión de racionalidad de tipo formal.

Esto se debe a que pueden existir normas que, aunque son legalmente correctas por cómo fueron creadas, son inaceptables desde un punto de vista material porque se contradicen o son incoherentes con los valores que deberían defender; *(j)* Bajo el nuevo enfoque, no existen situaciones jurídicas complejas que no puedan ser resueltas por falta de normativa específica. Esto se debe a que los ordenamientos legales no se componen únicamente de reglas, sino también de principios. Cuando se presenta un caso difícil, este requiere un proceso de deliberación práctica para realizar una ponderación; *(k)* El científico del derecho no es simplemente un observador externo que se limita a describir un objeto que le es ajeno. Por el contrario, el profesional del derecho, ya sea teórico o práctico, está comprometido e inmerso activamente en la compleja práctica social que constituye el derecho, buscando su perfeccionamiento. De esta forma, el jurista no solo contempla una realidad jurídica ya definida, sino que es un partícipe activo de esa práctica social. Mediante su discurso y trabajo, contribuye directamente tanto al desarrollo como al debate o confrontación dentro de la ciencia jurídica; *(l)* El derecho no es una realidad externa o ajena a las personas; más bien, su existencia y naturaleza están íntimamente ligadas y dependen de la práctica social de los individuos. Por lo tanto, la objetividad de las normas, ya sean de fondo o de procedimiento, no está en conflicto con la manera en que se aplican y viven en la práctica. Esto implica un cambio en cómo se concibe el derecho: deja de ser visto como un concepto meramente descriptivo que solo cuenta lo

que existe sin juzgarlo y evoluciona a ser reconstructivo de la interacción y la vida social, asumiendo así una dimensión valorativa; *(m)* El derecho abarca más que simplemente un conjunto de reglas jurídicas.

De hecho, es imposible conocer la totalidad de estas normas. Por esta razón, los principios jurídicos ofrecen una capacidad mucho mayor para explicar y dotar de lógica al derecho que las reglas en sí mismas, lo que los convierte en una herramienta superior para su enseñanza y aprendizaje. En la búsqueda de la excelencia jurídica, lo crucial no es acumular y memorizar reglas. Lo verdaderamente importante es lograr una combinación adecuada del conocimiento de las normas, entendiendo las reglas a la luz de los principios que les dan significado, y el desarrollo de habilidades metodológicas enfocadas en la resolución de problemas legales. Un abogado, Juez o Fiscal competente no es solo alguien que conoce las leyes y las aplica para solucionar casos. La perspectiva de ver el derecho como una práctica, y no únicamente como reglas y procedimientos, exige que se fomente una cultura centrada en las virtudes profesionales de quienes ejercen la disciplina legal.

De lo anterior se concluye que el Estado Constitucional de Derecho emerge como el marco institucional óptimo para la plena realización del garantismo, visto como la versión más lograda y ambiciosa del constitucionalismo, según las visiones de Prieto Sanchís, Ferrajoli y Aguiló; este sistema se caracteriza por instrumentalizar las instituciones al servicio de la protección efectiva de los derechos fundamentales mediante un riguroso principio de estricta legalidad que somete el poder a límites formales y sustanciales. Dicha constitucionalización del orden jurídico se consolida gracias a factores como una Constitución rígida con jerarquía normativa, la existencia de jurisdicción constitucional, la obligatoriedad directa y la aplicación judicial de la Carta Magna, y la interpretación de las leyes conforme a la Constitución, llevando a una superación del positivismo legalista hacia un paradigma postpositivista constitucional donde el derecho se compone de reglas y principios que exigen la ponderación en la resolución de casos difíciles, reafirmando que el jurista está activamente comprometido con el perfeccionamiento de una práctica social que va más allá de la mera descripción de normas.

3.4. GARANTISMO PENAL Y DERECHO PENAL MÍNIMO

Hace muchos años, la palabra "garantismo" surgió en el vocabulario legal y político italiano. Este concepto constituye un modelo de derecho cuyo propósito central es asegurar los derechos de libertad, especialmente la libertad personal, frente a cualquier intervención arbitraria de las fuerzas policiales o de los tribunales. Es en el derecho penal donde el garantismo ha tomado mayor fuerza como teoría y práctica jurídica. Su desarrollo ha sido una reacción a los fuertes efectos de la legislación fascista y a las leyes posteriores que han tendido a debilitar y reducir los principios constitucionales. Por lo tanto, en este campo, el garantismo se enfoca en minimizar lo que Montesquieu llamó el "terrible poder" del Estado.

De acuerdo con Ferrajoli (2006), el garantismo penal se define como un modelo de derecho penal de carácter mínimo. Su función es reducir al máximo la violencia inherente a la intervención punitiva, tanto en la determinación legal de los delitos como en su comprobación judicial. Esto se logra sometiendo dicha intervención a límites rigurosos para proteger los derechos de la persona. Según Ferrajoli, Las garantías penales buscan minimizar la esfera de los delitos, es decir, restringir al máximo lo que el poder legislativo tiene permitido castigar. Las garantías procesales tienen como fin minimizar el poder judicial, lo que significa reducir al máximo su discrecionalidad o arbitrariedad.

Para Ferrajoli (2006), las garantías que regulan y limitan la violencia punitiva se convierten en la razón de ser del derecho penal. Este sistema surge como una alternativa a la anarquía en las respuestas a la ofensa, abarcando desde la venganza privada hasta las reacciones informales y discrecionales de las instituciones públicas. El autor sostiene que el derecho penal no solo se justifica por prevenir delitos, sino también por minimizar la violencia en las respuestas a estos. Actúa como un instrumento de defensa y protección para todos: para la mayoría que respeta la ley, y también para la minoría desviada. El paradigma del derecho penal mínimo halla su justificación en su rol de "ley del más débil" en contraposición a la "ley del más fuerte", ya que puede reducir tanto la violencia de los delitos como la de las penas.

Para el autor, todas las garantías, desde las penales, como la taxatividad, materialidad, lesividad y culpabilidad hasta las procesales como la presunción de inocencia y el derecho de defensa o contradictorio, son estrategias diseñadas para reducir la violencia y la potestad punitiva. Su meta es acortar lo más posible la esfera de los delitos, reducir los espacios de decisión arbitraria de los jueces y disminuir el sufrimiento de las personas. El autor sostiene que el garantismo es una doctrina filosófico-política que justifica la existencia del derecho penal y, al mismo tiempo, es una teoría jurídico-normativa sobre las garantías penales y procesales. Es una teoría del derecho penal mínimo que establece cómo debe ser el derecho penal (deber ser). Aunque en gran parte refleja los principios y garantías ya presentes en los sistemas legales avanzados, su filosofía también proporciona criterios para criticar y deslegitimar las características de injusticia de un derecho concreto, sus normas o sus instituciones. El autor manifiesta que el garantismo es esencialmente una teoría legal que se identifica con el constitucionalismo, esa innovación fundamental del derecho moderno donde la creación del derecho es regulada por el propio derecho. En este sentido, el garantismo es sinónimo de Estado Constitucional de Derecho. Además, para el autor, el garantismo es una teoría de carácter crítico que busca identificar los rasgos de invalidez e inconsistencia que pueda tener la legislación vigente o la práctica judicial en relación con el modelo constitucional.

Según el autor, los criterios meta-éticos y meta-jurídicos que deben orientar a los jueces al comprobar la verdad factual más allá de las normas procesales explícitas, son las reglas epistémicas de la inducción. Aquellos que deben guiarles al comprobar la verdad jurídica son los principios constitucionales, principalmente los de igualdad y dignidad de las personas y los derechos fundamentales. Sostiene Ferrajoli (2006) que existe una oposición de facto entre el garantismo penal y la democracia política, entre la seguridad y la libertad, y entre la defensa social y los derechos del acusado, el reo y el detenido. Esto se debe a que la legitimación del poder judicial no es democrática si se entiende la democracia únicamente como la voluntad del pueblo y, por lo tanto, de las mayorías. Por esta razón, la lucha por el garantismo ha sido históricamente una batalla impulsada por la minoría.

De lo anterior se concluye que el garantismo, surgido en el contexto legal italiano como reacción a legislaciones represivas, es un modelo de derecho y una teoría filosófico-política que busca limitar y minimizar el "terrible poder" punitivo del Estado, asegurando los derechos y libertades de las personas. En el derecho penal, se define como un modelo de carácter mínimo, justificado no solo en la prevención del delito, sino principalmente en la reducción de la violencia inherente a la intervención punitiva, actuando como la "ley del más débil". Esto se logra mediante garantías penales que restringen la esfera de los delitos, y garantías procesales que limitan la discrecionalidad judicial. Es sinónimo de Estado Constitucional de Derecho, alineándose con el constitucionalismo al someter la creación y aplicación del derecho a principios superiores, y funciona como una teoría crítica que evalúa la justicia de la legislación y práctica vigentes frente a los derechos fundamentales y los criterios epistémicos de verdad. La lucha por el garantismo es históricamente la defensa de los derechos de las minorías, es decir, de los indagados, imputados, detenidos, investigados o acusados, frente a la posible arbitrariedad del poder y la voluntad de las mayorías políticas.

3.5. SEGURIDAD JURÍDICA Y ANTINOMIAS

Para Ferrajoli (2012), los derechos fundamentales se entienden como reglas deónticas prescriptivas, lo que significa que son conceptos universales y se refieren a acciones o conductas que pueden ser sobre su cumplimiento o incumplimiento. Como tales, estas reglas pueden ser acatadas o transgredidas y, en cualquier caso, son aplicables a sus violaciones, en línea con el concepto de “reglas”. Debido a su rango constitucional, los derechos fundamentales son normas materiales que rigen cómo debe producirse el derecho. Esto implica dos mandatos para el legislador: (*i)* prohibición de lesión donde el legislador no debe crear leyes que vayan en contra de estos derechos, si se incumple esta prohibición, se genera una antinomia; (*ii)* la obligación de actuación, donde el legislador debe crear leyes para hacer efectivos estos derechos, si se incumple esta obligación, se produce una laguna jurídica. Según Agüero (2022), la seguridad jurídica se define como la situación ideal que ocurre cuando las autoridades estatales cumplen sus deberes de tal modo que proveen a las personas tanto físicas como jurídicas un marco legal que es comprensible, confiable y previsible. Este concepto lleva implícitas ciertas demandas

respecto a cómo se deben crear y modificar las leyes, y cómo estas deben ser acatadas tanto por el propio Estado como por sus ciudadanos.

En el contexto actual, para Agüero, la plena consecución de la seguridad jurídica se enfrenta a múltiples obstáculos. Esto se debe, principalmente, a que las leyes modernas han experimentado cambios significativos en los últimos años, lo que ha conducido a un debilitamiento de la división de poderes y ha provocado una proliferación de las fuentes que generan y aplican las normativas. Resalta Agüero que la Organización de las Naciones Unidas ha enfatizado la necesidad crucial de elevar los niveles de seguridad jurídica en los países. Esta mejora es vista como una solución a los problemas que tienen las naciones para garantizar la democracia y el Estado de derecho, especialmente desde la perspectiva de los Derechos Humanos. La ONU reconoce que la democracia, los derechos humanos y el Estado de derecho están interconectados; por lo tanto, la fragilidad en uno de estos pilares pone en riesgo a los demás. Además, subraya que la seguridad jurídica es un elemento fundamental del Estado de derecho y constituye una de las bases de un orden democrático estable.

El autor considera que es urgente comenzar a identificar e implementar estrategias para mejorar la seguridad jurídica dentro de los Estados. Esto, a su vez, fortalecerá la estructura institucional y estatal, lo que culminará en un beneficio general para la sociedad y tendrá un impacto positivo en la vida de los ciudadanos. Para el autor, en el ámbito del derecho, a menudo se emplean diversas expresiones para referirse a un mismo fenómeno, las cuales, paradójicamente, pueden estar en oposición constante. Estos conflictos de incompatibilidad surgen cuando dos normas establecen consecuencias legales mutuamente excluyentes para una misma situación.

Según el autor, dos consecuencias jurídicas se consideran incompatibles cuando es imposible que ambas sean aplicadas, ejecutadas, cumplidas o respetadas al mismo tiempo, ya que el acatamiento de una norma automáticamente impide el cumplimiento de la otra, y viceversa. En términos sencillos, una antinomia existe cuando un caso específico es regulado por dos o más leyes de manera diferente y contradictoria, creando

una situación de inseguridad jurídica que afecta directamente a los ciudadanos en un Estado de derecho.

De lo anterior se concluye que el garantismo se identifica con el Estado Constitucional de Derecho como una teoría jurídica, ética, política y crítica, que contribuye a la evolución del derecho penal colombiano. El postpositivismo mantiene la distinción firmemente entre el derecho y la moral, pues la validez legal no garantiza la justicia para el contexto colombiano, por lo que los derechos de las minorías procesadas también deben protegerse. En Colombia debe aplicarse el garantismo como expresión política cuyo objetivo central es minimizar la violencia punitiva y asegurar los derechos de libertad frente a la intervención estatal limitándolo mediante garantías que reduzcan la injusticia. Los principios y garantías deben aplicarse como criterios para la comprobación de la verdad y justicia, sin límites ni antinomias que causen inseguridad jurídica. La práctica del derecho es una actividad social reconstructiva y valorativa en la que el abogado está en la constante búsqueda del perfeccionamiento del sistema. La lucha por el garantismo se opone a la injusticia del poder judicial positivista.

Estas posiciones garantistas solamente se entienden si se demuestra que en el sistema acusatorio el indiciado debe contar con todas las posibilidades de usar el derecho de defensa, como derecho humano que es. Así, Schünemann (2007) ha relatado de una forma clara y contundente la gran diferencia entre los sistemas inquisitivos y los sistemas acusatorios: así, “en la construcción inquisitiva el Juez determina la operación probatoria y la practica él mismo después de haber alcanzado los conocimientos necesarios a través de la lectura del expediente de investigación, el cual le es enviado por el Ministerio Fiscal junto al escrito de acusación.” (Schünemann, 2007, p. 113). Al efecto, en el sistema acusatorio especialmente, y ha sido el tema objeto de esta investigación, “los medios de prueba son escogidos por el Ministerio Fiscal o por la defensa, que son quienes llevan a cabo las diligencias probatorias, es decir, interrogar a sus propios testigos y someter a los testigos presentados por la parte contraria al interrogatorio cruzado. El Juez se limita a presenciar como espectador y oyente de la práctica de la prueba, sin conocer los expedientes de investigación ni tener la posibilidad de plantear preguntas complementarias. (Schünemann, 2007, p. 113). De esta forma, existe ya una desventaja

para el indiciado en el sistema acusatorio dado que es la parte que acusa la dueña de los elementos probatorios y no, por ejemplo, el Juez, como persona neutral. (Schünemann, 2007) Además, menciona que "resulta evidente que en el proceso acusatorio el imputado adquiere una posición más fuerte en el juicio oral, como consecuencia de la completa igualdad de armas, que, a primera vista, es la que mejor concuerda con el ideal de proceso justo. Pero del mismo modo, también es evidente que, en la práctica, este papel teórico sólo puede llegar a hacerse efectivo cuando de hecho el imputado posee también suficientes posibilidades de facilitación que la prueba." (Schünemann, 2007, p. 114). En tal sentido, entiéndase imputado o indiciado, como aquellos a quienes va dirigido el proceso penal. Y aquí es donde resulta trascendente la reflexión de este autor, al señalar que en la realidad el indiciado como el imputado deben contar con unas competencias sociales "que solamente pueden encontrarse a partir de un cierto nivel económico y cultural. Investigaciones sociológicas han demostrado que los pertenecientes a las capas más bajas de la sociedad entienden el derecho del Estado de forma limitada, y que debido a su insuficiente formación no están en condiciones de ejercer correctamente sus derechos, además, en todo caso carecen de las condiciones económicas necesarias para ejercerlos a tiempo. Por esto, el proceso acusatorio realmente es viable de una forma justa sólo en el marco de un determinado estrato social homogéneo, lo que se pone de manifiesto más claramente en el ámbito de la delincuencia económica. Aquí los imputados tienen una elevada competencia social y unas posibilidades económicas prácticamente ilimitadas, por eso también pueden defender su exigente papel de forma eficaz". (Schünemann, 2007, p. 115). En este sentido, la defensa de un ser humano al interior de un proceso no se trata únicamente de la redacción de unas normas penales o de la negativa del legislador de seguir los lineamientos jurisprudenciales, se trata más bien de pensar en la pobreza rampante, la inequidad y la falta de educación, y la falta de oportunidades, que existe en nuestra sociedad y que no permite ni siquiera que alguien que no comprende nada sobre la estructura del Estado, o la estructura de un ordenamiento jurídico, o la posibilidad de comprender qué derechos tiene, pues el sistema penal debe abogar por la defensa que todos los seres humanos debemos tener como humanos.

3.6. Ilustración: garantismo en el Estado Constitucional de Derecho



Ilustración generada con Napkin

IV. CONCLUSIONES

La interpretación del derecho requiere pensar en la situación social de las personas a las que va dirigida, con ello el Juez, el Fiscal, y todas aquellas que intervienen en un proceso penal deben abogar por la defensa de los derechos humanos y en este caso el derecho de defensa que articula todo el sistema jurídico, con sus garantías conexas. Es tan importante contar con una interpretación del derecho basada en la justicia social que las Altas Cortes no deben pasar por alto la necesidad de vigilar la interpretación de códigos como el de procedimiento penal. Así, no es suficiente para lograr la defensa de los indiciados que las Altas Cortes hayan interpretado el derecho de defensa limitándolo en

algunas ocasiones en favor de la Fiscalía. Se ha afectado el derecho de defensa por las constantes limitaciones establecidas en la jurisprudencia colombiana, sin tener en cuenta algunas situaciones particulares en la etapa de indagación penal, donde se hace necesario que el ciudadano tenga acceso a los elementos recolectados por la Fiscalía para poder contradecirlos bien sea ante el mismo Fiscal o una vez se acuda ante el Juez de Control de Garantías. Las antinomias, y las constantes limitaciones al derecho de defensa afectan los derechos humanos y la cultura de paz por la inseguridad jurídica que se genera contra los indagados que no pueden defenderse en debida forma por no contar con los elementos existentes en su contra en la indagación.

Desde el postpositivismo constitucional el derecho de defensa, el principio de igualdad de armas y el principio de contradicción, son objetos morales mínimos que no pueden ser sobrepasados en ningún momento procesal y se afectan con la interpretación jurisprudencial de las Altas Cortes al no existir una conexión entre el derecho y la moral. Debe practicarse el derecho del deber ser, y no el que es, el válido, pero que resulta injusto por las constantes limitaciones del derecho fundamental y sus garantías conexas, sin tener en cuenta situaciones particulares donde el indagado no tiene acceso a los elementos materiales probatorios que le permita preparar su defensa de manera efectiva. Colombia como Estado Constitucional de Derecho debe adoptar la forma política del garantismo por tener el marco institucional en el que puede prosperar el ambicioso programa garantista, cuyo elemento medular consiste en una concepción instrumental de las instituciones al servicio de los derechos y sobre todo debe tenerse muy en cuenta la situación social precaria de nuestra misma comunidad.

V. RECOMENDACIONES

La Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia deben emitir decisiones reconociendo que existen situaciones donde las personas se enteran de que están siendo indagadas y no representan ningún peligro, por lo tanto tendría derecho a acceder no solo a la denuncia, sino que también tendría derecho a todos los elementos probatorios recolectados para poder conocerlos, estudiarlos, pensar en su decisión de aceptación de cargos o no en la formulación de imputación, o encontrar la forma legítima de oponerse

a una medida de aseguramiento intramural. La política criminal de Colombia debe tener en cuenta todo tipo de situaciones, en todas las etapas procesales, respetando los derechos fundamentales, principios conexos y derechos humanos, tanto de las víctimas como de los indagados.

El Juez de Control de Garantías debe tener poderes de control en la etapa de indagación con el fin de dirimir situaciones donde se pueda discutir y decidir respecto de los elementos de convicción existentes que deben ser puestos en conocimiento del indiciado. Los principios son normas necesarias e inderogables que no se deben limitar sin tener en cuenta ciertas circunstancias, pues esto implicaría no solo el cambio de algunas normas sino el cambio del sistema jurídico mismo.

En Colombia los estudiosos del derecho penal no son meros observadores de un objeto que están totalmente fuera de él, por el contrario, son participantes de una práctica social muy compleja del derecho, y deben estar comprometidos con su mejora, el jurista bien sea teórico o práctico no es solamente un observador de un objeto terminado, sino que es más bien un participante en una práctica social que con su discurso contribuye al desarrollo del derecho, he ahí la razón de la contribución con este trabajo, abordando un problema observado desde la práctica del derecho penal, por lo que se debe promover más la crítica sobre aspectos negativos del sistema judicial penal por parte de los profesionales del derecho.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Agüero – San Juan, S. (2022). Apuntes sobre la seguridad jurídica y las antinomias. *Revista Saber y Justicia, Escuela Nacional de la Judicatura, República Dominicana. 6–29.*

Aguiló Regla, J. (2007). Positivismo y Postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras. *Revista DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho, España. 665 – 675.*

Carbonell, M., & Salazar, P. (2005). Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Ferrajoli. *Editorial Trotta, conjuntamente con el Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2da edición – UNAM. México.*

Atienza, M. (2007). Una filosofía del derecho para el mundo latino. *Revista DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho. España. 677–691*

Buitrago, A. M. (2005). Derecho de defensa en etapa de indagación. *Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, revista Derecho Penal y Criminología. Colombia. 11-24*

Ballesteros, J. (1992). Derechos humanos, conceptos, fundamentos y sujetos. *Editorial Tecnos, 1era edición. España.*

Calsamiglia, A. (1998). Postpositivismo, *Revista DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho. España. 209–220*

Ferrajoli, L. (2006). Garantismo penal. *Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Facultad de Derecho, colección "Serie Estudios Jurídicos", 1era edición. México.*

Ferrajoli, L. (2012). El constitucionalismo entre principios y reglas. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho. España. 791–817*

Ferrajoli, L. (2018). Constitucionalismo más allá del Estado. *Editorial Trotta, S.A., primera edición, España.*

Giraldo G. A. y Ortiz L. (2019). El concepto de verdad en Gadamer y Brandom. Presupuestos para la construcción de teorías en la ciencia del Derecho. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD) 11(3):364-379, setembro-dezembro, Unisinos - doi: 10.4013/rechtd.2019.113.05.

Hernández Aguirre, C. N. (2013). El derecho de defensa adecuada en el sistema penal acusatorio. *Revista Ciencia Jurídica, Universidad de Guanajuato. México. 23–39*

Mihaela Vladila, L. (2011). Derecho de defensa. *Revista de la Inquisición: Intolerancia y Derechos Humanos, ISSN 1131-5571. España. 243–258*

Montero, D., & Salazar, A. (2013). Derecho de defensa en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Poder Judicial de Costa Rica, Revista Judicial, número 110. Costa Rica. 101–127.*

Montero, J. (2016). ¿Pueden los derechos naturales hacer alguna contribución a la filosofía de los derechos humanos? Crítica (Méx., D.F.) vol.48 no.144 Ciudad de México.

Moreno Catena, V. (2010). Sobre el derecho de defensa: cuestiones generales. *Tirant lo Blanch, revista Teoría & Derecho: Revista de pensamiento jurídico. España. 17–38.*

Moratto, S. (2021). El principio de igualdad de armas, un análisis conceptual. *Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, revista Derecho Penal y Criminología. Colombia. 177–202*

Nikken, P. (1994). Concepto de derechos humanos. *Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), edición original. Costa Rica.*

Peña Vanegas, J. (2001). El derecho de defensa en el proceso penal colombiano. *Doctrina y Ley, 1era edición. Colombia.*

Schünemann, B. (2007). Sistema Penal Acusatorio. Aspectos problemáticos Revista IUSTA, vol. 2, núm. 27, julio-diciembre, 2007, pp. 111-125 Universidad Santo Tomás Bogotá, Colombia.

NORMAS, LEYES Y TRATADOS:

Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Constitución Política de Colombia (Texto constitucional). *Diario Oficial.*

Colombia. Congreso de la República. (2004). Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004). *Diario Oficial.*

Colombia. Congreso de la República. (2000). Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000). *Diario Oficial.*

Organización de los Estados Americanos. (1948). Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. *Organización de los Estados Americanos (OEA).*

Organización de los Estados Americanos. (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos. *Organización de los Estados Americanos (OEA).*

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1966/1996). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. *Naciones Unidas. Organización de las Naciones Unidas.*

VII. JURISPRUDENCIA NACIONAL:

Sentencia C-994/06 (2006), Corte Constitucional de Colombia (M.P. Jaime Araujo Rentería).

Sentencia T-018/17 (2017), Corte Constitucional de Colombia (M.P. José Fernando Reyes Cuartas).

Sentencia C-496/15 (2015), Corte Constitucional de Colombia (M.P. Jorge Ignacio Pretel Chaljub).

Sentencia T-920/08 (2008), Corte Constitucional de Colombia (M.P. Clara Inés Vargas Hernández).

Sentencia C-536/08 (2008), Corte Constitucional de Colombia (M.P. Jaime Araujo Rentería).

Sentencia C-371/11 (2011), Corte Constitucional de Colombia (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

Sentencia C-559/19 (2019), Corte Constitucional de Colombia (M.P. Cristina Pardo Schlesinger).

Sentencia C-127/11 (2011), Corte Constitucional de Colombia (M.P. María Victoria Calle Correa).

Sentencia SP2144-2016, rad. No. 41712 (2016), Corte Suprema de Justicia, Colombia (M.P. José Leónidas Bustos Martínez).

Sentencia SP3657-2016, rad. No. 46589 (2016), Corte Suprema de Justicia, Colombia (M.P. José Leónidas Bustos Martínez).

Sentencia STP3038-2018, rad. No. 96859 (2018), Corte Suprema de Justicia, Colombia (M.P. Fernando León Bolaños Palacios).

Sentencia AP1663-2022, rad. No. 61276 (2022), Corte Suprema de Justicia, Colombia (M.P. Hugo Quintero Bernate).