

**DESIGUALDAD DE MEDIOS ENTRE DEFENSA Y FISCALIA
EN EL NUEVO SISTEMA ACUSATORIO**



**CARLOS ARTURO OLIVEROS ESTRADA
CAMILO ANDRES MALAGON ALBARRACIN**

**ESPECIALIZACION EN PROCEDIMIENTO PENAL
CONSTITUCIONAL Y JUSTICIA MILITAR**

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

2011

DESIGUALDAD DE MEDIOS ENTRE DEFENSA Y FISCALIA EN EL NUEVO SISTEMA ACUSATORIO.*

Carlos Arturo Oliveros Estrada

Andrés Camilo Malagón Albarracín

Resumen:

El presente artículo trata sobre la desigualdad de medios entre ellos el de defensa, el cual puede entenderse como el derecho fundamental que asiste a todo imputado y a su Abogado defensor a comparecer inmediatamente en la instrucción y a lo largo de todo el proceso penal a fin de poder contestar con eficacia la imputación o acusación contra aquél existente, articulando con plena libertad e igualdad de armas los actos de prueba, de postulación e impugnación necesarios para hacer valer dentro del proceso penal el derecho a la libertad que asiste a todo ciudadano que, por no haber sido condenado, se presume inocente.

* Como lo señala MORENO CATENA, el reconocimiento del ordenamiento jurídico a un derecho de signo contrario el derecho que tiene el imputado o procesado de hacer uso de una adecuada defensa. De tal manera que la defensa opera como un factor de legitimidad de la acusación y de la sanción penal. También confluyen en la defensa otras garantías y derechos como la audiencia del procesado, la contradicción procesal, el derecho a la asistencia técnica del abogado. El uso de medios de prueba, el derecho a no declarar contra sí mismo o declararse culpable.

Palabras Claves: Defensa, Fiscalía, Sistema Acusatorio, Imputado, Impugnación, Derecho Penal.

**INEQUALITY BETWEEN MEDIA AND DEFENSE ATTORNEY
IN THE NEW ACCUSATORY SYSTEM**

Abstract

This article is about the inequality of means including the defense, which can be understood as the fundamental right to attend all accused and his defense attorney to appear immediately in the statement and throughout the criminal process in order to effectively answer the complaint or charge against that existing, articulated in full freedom and equality of arms acts of testing, application and appeal necessary to enforce in the criminal proceeding the right to freedom that attends to every citizen, not conviction, shall be presumed innocent.

Key words: Defense, prosecution, adversarial system, Charged, Challenges, Criminal Law.

INTRODUCCIÓN

Los distintos ordenamientos jurídicos consagran este derecho. Las Constituciones lo regulan expresamente en concordancia con las normas contenidas en los Tratados y Convenios Internacionales.

La Declaración Universal de Derechos Humanos expresa, junto al derecho a la presunción de inocencia, el derecho de toda persona acusada de delito a un juicio público en el que le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa. En el Convenio de Roma se establece mediante un texto más concreto el derecho a defenderse así mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para remunerar a un defensor, podrá ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio. Cuando los intereses de la justicia así lo exijan.

El Código Procesal Penal reconoce expresamente el derecho a la defensa como uno de sus principios fundamentales en el artículo IX del Título Preliminar “toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto a que se le informe de sus derechos, a que se le comunique de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra, y a ser asistida por un abogado defensor de su elección o, en su caso, por un Abogado de oficio, desde que es citada o detenido por la autoridad.” El proceso penal garantiza el ejercicio de los derechos que corresponden a la persona agraviada por el delito.

Los Pactos internacionales también regulan la defensa oficial, como el “derecho irrenunciable” del imputado a ser asistido gratuitamente por un defensor proporcionado por el Estado, cuando no designare defensor.²

Como objetivo general, en busca de dar solución al problema planteado, se circunscribe en el identificar las desigualdades de medios entre defensa y fiscalía en el Nuevo Sistema Acusatorio, con miras a la protección de los Derechos Humanos de las presuntas víctimas.

La metodología, para conseguir el objetivo planteado, se ajusta a tres momentos, (1) el derecho penal, (2) el derecho de defensa y (3) el sistema penal acusatorio. Conclusiones.

1. DERECHO PENAL

Es indiscutible que donde existe una sociedad, existe necesariamente el delito, pues el lado oscuro del ser humano, en ocasiones nos lanza por el laberinto de desobedecer el orden establecido y transgredir las normas sociales y jurídicas con las cuales se rigen las comunidades; es ahí donde asume mayor importancia el Derecho Penal como “ La rama de las ciencias jurídicas que se ocupa del delito y de las sanciones para su autor, pero el delito debe estar descrito en los textos legales, que establecen también el sistema para

² ORÉ GUARDÍA, Arsenio. Estudios de Derecho Procesal Penal”. p. 299.

descubrirlo, cumplir las penas y proveer la eficacia de éstas”³
Así entonces, el derecho Penal es el conjunto de normas jurídicas que castigan y reprimen al antisocial y previene la criminalidad ; derecho que ha tenido una evolución no solo desde la óptica legal sino también desde el punto de vista doctrinario, y varía de nación en nación tanto en instituciones como en procedimientos.

Los países europeos son pioneros en lo que a derecho penal se refiere pues en Italia y Alemania surgieron las escuelas más importantes en el estudio de los delitos y de las penas y desde la publicación de la obra del Marqués de Beccaria *De los Delitos y de las Penas* hasta la actualidad ha sido significativo y constante el avance hacia un derecho penal eficaz, eficiente, humano y preventor de las conductas punibles y del crimen.

En ese devenir, el Derecho Penal ha sufrido grandes transformaciones para bien de la sociedad, pasó de ser un sistema oscuro, inquisitivo, inhumano en sus procedimientos, en ocasiones arbitrario y denigrante, a ser un ordenamiento respetuoso y garantista de la dignidad humana, que comprende que la verdadera justicia debe ser pronta y eficaz, que debe brindar garantías tanto a la víctima como al procesado, que debe ser mucho más conciliador y al castigar debe lograr que luego del castigo el condenado se resocialice a la comunidad.

³ JESCHECK, Hans Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Traducción de Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Vol. I, Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona, 1981, P.23.

Intrínsecamente a éste ordenamiento Penal existe el derecho Procesal Penal, o Derecho Penal adjetivo tal como lo denominan algunos autores “ el cual consiste en el conjunto de normas jurídicas que regulan el ejercicio de la actividad del órgano jurisdiccional del estado en materia penal, para hacer efectiva la aplicación de las normas jurídicas punitivas sustanciales, a través de la regulación del debido proceso...”⁴ En este sentido el Derecho Procesal Penal consagra el derecho de defensa; es evidente, y con ello no descubrimos nada nuevo, que en el marco del proceso penal el ejercicio de la abogacía se relaciona directamente, con un principio garantizador básico: el derecho que tiene todo ciudadano a defenderse de los cargos que se le imputen en el curso de un proceso.

2. EL DERECHO DE DEFENSA

Se entiende entonces por derecho de defensa, tal como lo define Gimeno Sendra: “El derecho fundamental que asiste a todo imputado y a su Abogado defensor a comparecer a las actuaciones a lo largo de todo el proceso penal a fin de poder contestar con eficacia la imputación o acusación contra aquél existente, articulando con plena libertad e igualdad de armas los actos de prueba, de postulación e impugnación necesarios para hacer valer dentro del proceso penal el derecho a la libertad que le asiste a todo ciudadano, el cual hasta no haber sido condenado, se presume inocente”⁵

⁴ MONROY, Jeronimo Alberto. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Casa Editorial Antillas, Barranquilla. D. E Col. 2005. Pág. 22

⁵ GIMENO Sendra, citado por Horvitz Lennon y López Masle Derecho Procesal tomo II, Editorial Juridica de Chile, Santiago, año 2006, Ps. 76 y 226.

El autor Riego, lo define como “El derecho de conocer los cargos que se formulen en contra del imputado, la oportunidad para rebatirlos, el derecho a presentar pruebas y a confrontar las que se presenten en su contra”⁶.

En el mismo sentido Vásquez Rossi se refiere: “Consiste en la capacidad del imputado de intervenir en el procedimiento penal que se dirige en su contra para poner en evidencia ya sea la falta de fundamento de la pretensión punitiva estatal o de cualquier circunstancia que la excluya o atenúe”⁷

De esta forma estos dos autores concuerdan en que la vigencia de éste principio supone, tal como lo señala Moreno Catena, “el reconocimiento del ordenamiento jurídico a un derecho de signo contrario el derecho que tiene el imputado o procesado de hacer uso de una adecuada defensa”⁸.

De tal manera que la defensa opera como un factor de legitimidad de la acusación y de la sanción penal.

Tal como lo señala nuestra Carta Magna en su artículo 29, también confluyen en la defensa otras garantías y derechos como la audiencia del procesado, la contradicción procesal, el derecho a la asistencia técnica del abogado. El uso de medios de prueba, el derecho a no declarar contra sí mismo o declararse culpable.

⁶ RIEGO, Armando. El Derecho de Defensa. Agosto de 2002 P.52.

⁷ VASQUEZ Rossi citado por Horvitz Lennon y López Masle, op cit, P. 226

⁸ MORENO, Catena. El derecho de defensa en el nuevo modelo procesal penal, en Contribuciones a las Ciencias Sociales, julio 2008.

En tal inteligencia se puede colegir que “el derecho de defensa cumple, dentro de un proceso penal, un papel particular: por una parte, actúa en forma conjunta con las demás garantías; por la otra, es la garantía que torna operativas a todas las demás”⁹ Por ello, el derecho de defensa no puede ser puesto en el mismo plano que las otras garantías procesales ya que la inviolabilidad del derecho de defensa es la garantía fundamental con la que cuenta el ciudadano, porque es lo único que permite que las demás garantías tengan una vigencia concreta dentro del proceso penal.

Así mismo se ha afirmado que esta garantía “es la principal condición epistemológica de la prueba: la refutabilidad de la hipótesis acusatoria experimentada por el poder de refutarla de la contraparte interesada, de modo que no es atendible ninguna prueba sin que se hayan activado infructuosamente todas las posibles refutaciones y contrapruebas” O sea, debe existir un equilibrio perfecto entre la parte acusadora y la defensa, a demás, una prueba solo tendrá validez total cuando se halla refutado debidamente por la contraparte alcanzando así un grado de veracidad.

Por todo lo anterior surge un interrogante: ¿En qué radica la importancia de éste derecho para considerarlo trascendental? En primer lugar, la defensa es un poderoso instrumento de impulso y control de la prueba que se recaba

⁹ BINDER, Alberto. “Introducción al derecho procesal penal”, Editorial. “Ad Hoc”, 1993, pág. 151.

en un proceso penal; en segundo lugar, juega un papel contradictorio con respecto al órgano acusador, aportando contrapruebas que tienden a desvirtuar a las presentadas por la fiscalía , todas las cuales finalmente serán analizadas y valoradas por un juez.

Respecto al derecho de contradicción conforme señala Gimeno Sendra ¹⁰ “Este derecho comporta la exigencia de que ambas partes, acusadora y acusada o imputada, tengan la posibilidad efectiva de comparecer o acceder a la jurisdicción a fin de hacer valer sus respectivas pretensiones, mediante la introducción de los hechos que las fundamenten y su correspondiente práctica de la prueba, así como cuando se le reconoce al acusado su derecho a ser oído con carácter previo a la imposición de una pena”.

En este sentido la contradicción recaba total importancia dentro del proceso penal ya que permite un principio garantizador básico cual es el derecho a la defensa que se ve materializada a través de la presentación de contrapruebas que permitan desvirtuar la acusación presentada por la parte fiscal.

Por otra parte, el desarrollo de esta garantía, al igual que en el caso del genérico del derecho de defensa, va a dar lugar a la consagración de una serie de garantías específicas, que

¹⁰ GIMENO Sendra, Vicente en él mismo - MORENO CATENA, Víctor - CORTES DOMINGUEZ, Valentín. Derecho procesal. Proceso penal. Valencia - España: Tirant lo blanch, 1993, pág. 48.

concurrir para que en cada caso exista una verdadera posibilidad de contradicción.

Es necesario aclarar dentro de este artículo que el efectivo ejercicio del derecho a la contradicción requiere de otro derecho que funciona como su substrato,¹¹ “el derecho a la igualdad procesal”¹². El que se debe observar en cuanto a las posibilidades procesales de alegaciones como en lo que importa a la actividad probatoria y a los recursos.

Este derecho se vulnera en los casos en que el legislador crea privilegios procesales carentes de fundamentación constitucional alguna (así, por ejemplo, en el caso en que el legislador, o el propio órgano jurisdiccional, crean posibilidades procesales que se le niegan a la parte contraria o la agravan indebidamente con cargas procesales desorbitadas, sin que estas alcancen justificación objetiva y razonable alguna¹³.

Es por ello que el imputado posee, el derecho a usar todos los medios de prueba de descargo que resulten necesarios para consolidar su defensa. No se le puede negar ni restringir el acceso a los medios de prueba que le pudieran favorecer; el

¹¹ Si bien ha señalado Montero Aroca, se trata de un principio autónomo que no depende de otro (MONTERO AROCA, Juan, et al. Derecho Jurisdiccional III. Proceso penal. Valencia - España: Tirant lo blanch, Sexta edición, 1997, pág. 31); sin embargo funciona en íntima relación con el derecho de defensa y sus desarrollos.

¹² CHAMORRO BERNAL, F. La tutela... pág. 142.

¹³ GIMENO SENDRA, V. en él mismo - MORENO CATENA, V. - CORTES DOMINGUEZ, V. Derecho... pág. 81.

órgano encargado de la persecución se encuentra obligado a su admisión y verificación o actuación.

Se hace necesario considerar que para jugar ese papel contradictorio hace falta que la defensa y la acusación estén en el mismo plano, conforme al decir de Ferrajoli: “la perfecta igualdad de las partes”. Ahora bien, ¿cómo se logra tal cometido? De una manera muy sencilla: “...que la defensa esté dotada de la misma capacidad y de los mismos poderes que la acusación; que se admita su papel contradictor en todo momento y grado del procedimiento y en relación a cualquier acto probatorio, de los experimentos judiciales y las pericias al interrogatorio del imputado, desde los reconocimientos hasta las declaraciones testimoniales y los careos”¹⁴

El autor Jeremias Bentham entendía este concepto de la igualdad entre las partes como una garantía del debido proceso, al dedicar un capítulo a los abogados, especificó que éstos eran necesarios porque restablecían la igualdad entre las partes litigantes, con relación a la capacidad, y para equilibrar algunas ventajas que podrían tener los “agresores injustos”¹⁵.

¹⁴ Luigi Ferrajoli, ob. cit, pág. 614.

¹⁵ Bentham en el “Tratado de las Pruebas...”, Capítulo III pág. 186 dice que en un proceso en el que no exista defensa “...cualquier agresor injusto tendría frecuentemente dos ventajas opresivas: la de un espíritu fuerte sobre un espíritu débil y la de un rango elevado sobre una condición inferior. En una causa de naturaleza dudosa o compleja, a menos de suponer a los jueces insensibles a las debilidades humanas, esas dos ventajas podrían resultar demasiado peligrosas para la justicia; e incluso, en el caso de una perfecta imparcialidad, dejarían expuesto al juez a sospechas odiosas.

Entiende, por ende, al abogado como un protector de su cliente que debe reunir dos condiciones necesarias: por un lado, un conocimiento completo de todo lo que concierne a la causa y, por el otro un celo suficiente para sacar el mejor provecho posible a favor de su cliente¹⁶.

La carencia para entender lo importante que es la existencia de igualdad de armas entre las partes en un proceso penal actual en Colombia, saber un poco de la evolución legislativa que ha tenido el derecho procesal penal como sus características, orígenes y principios filosóficos.

En este mismo sentido, la historia de Colombia ha experimentado los efectos producidos por un sistema penal inquisitivo , arbitrario y absolutista en cuanto a la concentración del poder , un proceso escrito el cual dificultaba la investigación y la contradicción de la prueba por parte de la defensa , luego con el transcurrir del tiempo el legislador fue mostrando avances en materia de procedimiento penal con la implementación del sistema penal inquisitivo mixto el cual era una mezcla entre el sistema inquisitivo y el sistema acusatorio, en este sistema se evidencia un cambio significativo en cuanto el proceso por que se incluye la publicidad.

Como es viable observar, ya a principios del siglo XIX se discutía si en el marco de un proceso las partes debían estar en un plano de igualdad a fin de garantizar sus derechos. Empero, el Legislador Nacional desconoció esta discusión,

¹⁶ Confr. Bentham, "Tratado de las Pruebas...", págs. 185/186.

pues siguió proclamando códigos procesales en materia penal de neto corte inquisitivo, donde esta igualdad de partes se ve claramente avasallada al cercenársele a la defensa del imputado el ejercicio de derechos de clara raigambre constitucional.

3. SISTEMA PENAL ACUSATORIO

La evolución legislativa trajo consigo el sistema penal acusatorio ley 906 del 2004 , que nace atendiendo a las necesidades sociales y a las exigencias que en materia de protección de los Derechos Humanos habían exigido al estado colombiano los organismos internacionales de Derechos Humanos, al aumento de la delincuencia y a la relativa ineficacia de los anteriores regímenes procesales penales.

Debido a lo anterior, mencionado el gobierno nacional se vio en la obligación de modificar su estatuto procedimental penal existente Ley 600 de 2.000, institucionalizando un nuevo sistema de corte acusatorio, oral, donde las potestades de investigación, acusación y defensa se encuentran desconcentradas en cabeza de distintos sujetos procesales, un régimen que brinda bastantes garantías a los procesados llegando a extremos tales de conceder la libertad, por fallas técnicas o de procedimiento, un sistema penal mucho más ágil en la decisión de los asuntos, con un control constitucional de todas las actuaciones de las autoridades por parte de los Jueces con función de control de garantías con el fin de evitar

arbitrariedades como las cometidas en el pasado, un procedimiento con un solo estadio procesal de términos abreviados y perentorios que propenden por una pronta, recta y eficaz justicia reparativa. En el cual se aprecia la controversia de la prueba entre la defensa y la parte acusadora debido a la oralidad y publicidad del proceso lo que hace a este aun más confiable en materia probatoria.

Nuestro país está pasando por un momento histórico muy importante gracias a la implementación de un nuevo sistema penal como lo es el sistema penal acusatorio ley 906 del 2004, con este sistema se hace necesario de manera absoluta que exista un equilibrio perfecto entre los mecanismos utilizados por el órgano acusador (fiscalía) y la defensa, resaltando como principal característica del sistema la oralidad, la cual en últimas determina la eficacia del proceso pues permite presentar una defensa basada en las habilidad de las partes, en la exposición y en la contradicción de las pruebas y es de suma importancia para la justicia que exista el equilibrio mencionado anteriormente, ya que es la única forma en la que se puede garantizar fallos en derecho sean estos condenatorios o absolutorios.

Este sistema procedimental penal se sostiene sobre un eje fundamental, el cual es el derecho de defensa, este incorpora dentro de sí dos principios fundamentales del proceso penal. El de CONTRADICCIÓN, de carácter estructural al igual que la igualdad, y el ACUSATORIO, vinculado al objeto del proceso al igual que los de legalidad-oportunidad.

En la actualidad se puede hablar de un proceso acusatorio mucho mas garantista que brinda mayores oportunidades a la defensa, pero surgen interrogantes como; ¿resultan suficientes estas consideraciones que el legislador ha establecido para garantizar el derecho de defensa establecido por la Constitución?, ¿O es que acaso la igualdad de medios no hace parte de ese mismo derecho de defensa?

Es por ello que, Ferrajoli, al hablar del equilibrio de las partes en un proceso penal, le da suma importancia al tema, mencionando que debe existir un nuevo ministerio de defensa¹⁷ desde un presupuesto básico: al Estado no sólo le interesa el castigo de los culpables mediante una recolección legal de pruebas en su contra, sino que también le interesa que éstos sean tutelados, a partir del principio constitucional de la presunción de inocencia, y del debido proceso teniendo el derecho a refutarlas¹⁸.

Esta importancia de la defensa se hace patente en un modelo de proceso penal que reconozca, como actores del mismo: a) a un órgano acusador público que recaba pruebas a fin de poner en crisis el principio constitucional de inocencia b) una defensa que con las mismas facultades de éstos va a intentar contrarrestar las pruebas de cargo recolectadas; y c) un juez

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. Esta equiparación sólo es posible si junto al defensor de confianza se instituye un defensor público, esto es un magistrado destinado a desempeñar el ministerio público de la defensa, antagonista y paralelo al ministerio público de la acusación...". pág. 583

¹⁸ Ibíd. pág. 583.

imparcial (árbitro) que analizará y valorará la prueba, decidiendo de acuerdo a sus libres convicciones la cuestión que le han traído a su conocimiento, en síntesis, de ese modo operará un verdadero proceso penal de partes, en donde se equilibran dos fuerzas: la eficiencia del poder penal estatal y los límites que se imponen a éste, permitiendo de este modo brindarle igualdad de medios a la defensa.

Es necesario saber que, para estar en un plano de igualdad con el Ministerio Público Fiscal, la defensa del ciudadano debe ser técnica para poder velar por los intereses de su cliente de la mejor manera posible. Para que esa defensa técnica sea efectiva, debe ser llevada adelante por un abogado, un especialista en leyes que conozca los mecanismos, vericuetos y complejidades que presenta en la actualidad un procedimiento penal.

3.1 DEFENSA Y FISCAL

Podemos considerar que a partir de este concepto de igualdad, el Estado debe estar obligado a proporcionar una defensa técnica a todo imputado que la necesiten, y no tenga medios económicos para poder solventarla. , resaltando además que, la defensa debe estar y participar activamente en toda la actividad probatoria que se desarrolle en cualquier etapa del proceso penal, con el objeto de verificar la legalidad de dichos actos. Desde este punto de vista, la defensa deja de ser un “auxiliar de la justicia” -como es común escuchar en el lenguaje forense- para convertirse en un verdadero custodio de los derechos e intereses de su cliente.

Todos los actos que realiza el Fiscal y demás sujetos procesales, durante la etapa de la investigación preparatoria, sólo sirven para que el Juez de la investigación preparatoria emita las resoluciones respecto de las medidas coercitivas, medios de defensa y demás propias de esta etapa, las mismas que en nada incidirán en la resolución final, pues para emitir sentencia, se tiene que actuar y valorar debidamente los medios de prueba recogidos en la investigación. Así pues, tanto la etapa de investigación como la intermedia, tienen como finalidad llevar al juicio oral un proceso penal que cumpla con los requisitos básicos como para poder dar inicio a un debate oral, público y contradictorio.

Entendiendo para este efecto que la investigación es única, flexible, dinámica y se realiza bajo la dirección del Fiscal, el cual podrá actuar de manera directa o por intermedio de la Policía. Es decir que la Ley faculta al Fiscal disponer que determinadas diligencias sean realizadas por la Policía, bajo su control. La diferencia con el Código de Procedimientos Penales de 1940, radica en que, con dicho Código se dispone la realización de una investigación por parte de la Policía, la cual a partir de ese momento actuaba independientemente, en cambio lo que ahora se establece, es que, es el Fiscal quien determina las pautas a seguir y su objeto, encomendando la investigación a la Policía, bajo ciertas formalidades específicas que deben de reunir los actos de investigación, conllevando todo esto a que las actuaciones policiales estén bajo el total control jurídico del Fiscal, pues es éste último a quien la Constitución y las Leyes le otorgan el control de la

investigación y además la decisión de la estrategia adecuada a cada caso concreto. (Art. 322 ley 906 de 2004).

En este sentido de ideas, resulta razonable que la investigación sea reservada para aquellas personas que son ajenas al proceso (terceros), puesto que éstas no tienen ningún interés en el mismo, por el contrario su contacto con las actuaciones practicadas puede obstaculizar el desarrollo del proceso, pero no es aceptable que la investigación sea reservada para las partes, en razón que se estaría atentando contra su derecho de defensa. Con el Código de 1940, el secreto de la investigación se daba hasta la rendición de la instructiva del imputado, es decir que antes de ello, el abogado defensor no tenía acceso a ningún tipo de documentación.

La práctica nos ha enseñado que ello era totalmente desproporcional, toda vez que la defensa se encontraba en desventaja con relación al Fiscal, pues al no tener acceso al expediente o en el mejor de los casos acceder a él, media hora antes de la declaración instructiva, obligaba al abogado defensor a improvisar más que a planear una buena estrategia de defensa. Eso obviamente fue cambiando paulatinamente en la práctica procesal.

Los Fiscales y Jueces se mostraban renuentes con las pruebas que ellos obtenían, propio de un sistema inquisitivo. Ahora el abogado defensor y en general los sujetos procesales no sólo podrán enterarse de la información que haya conseguido el Fiscal o la Policía, sino que además

podrán obtener copia de la documentación que a su consideración le son útiles.

Todo esto se debe, básicamente a que el presente Código recoge el Principio de Igualdad de Armas, con el que se elimina principalmente las desigualdades entre Fiscal y abogado defensor, convirtiendo a ambos en adversarios con igual posibilidad de acceso a los elementos probatorios. Así bien, el secreto de la investigación, de regla general, se ha convertido en una excepción para las partes que conforman el proceso. (Art.324° del CPP).

De este modo el Fiscal en su investigación además de contar con la Policía como ente auxiliar, también podrá recurrir a otras entidades como el Sistema Nacional de Control, el Instituto de Medicina Legal y a todos los órganos del Estado que por su naturaleza, puedan aportar medios útiles al mejor esclarecimiento de los hechos y a la determinación de responsabilidades. Así mismo las Universidades, sean estas públicas o privadas, los institutos o cualquier otra entidad pública o privada están obligados a proporcionar los informes y estudios que le sean requeridos.

Cabe anotar que existe un equipo interdisciplinario de investigación científica para casos específicos, actuará bajo la dirección del Fiscal y estará compuesto por profesionales de distintas materias e inclusive por fiscales adjuntos. El apoyo también puede venir de la colaboración gratuita de alguna persona, organismo no gubernamental o de personas jurídicas sin fines de lucro para la realización de una

investigación determinada, quienes previa evaluación, bajo la dirección y supervisión del Fiscal, podrán realizar las tareas de apoyo expresamente señaladas.

Definitivamente y conforme lo hemos señalado líneas arriba estos actos de investigación con el apoyo técnico-profesional especializado no solo debe servir a los fines de imputación y determinación de responsabilidad, sino también para demostrar la inocencia de la persona investigada, ello porque el nuevo proceso penal es acusatorio, garantista y adversarial regido por principios y garantías constitucionales, entre ellos el Principio de Igualdad de Armas, mediante el cual, tanto la acusación como la defensa se deberían encontrar en igualdad de condiciones durante el desarrollo del proceso. (Art. 321° del NCPP).

Es de esta forma como el fiscal cuenta con una serie de oportunidades en cuanto a medios probatorios se refiere para realizar su investigación, mientras que la defensa ha sido privada de estos mismos aun existiendo una disposición legal que regula dicha igualdad como lo es el art 321 del código de procedimiento anteriormente mencionado, pero en la practica tal diferencia resulta por perjudicar a la defensa| ya que no se esta respetando un amparo constitucional ni los derechos de igualdad que han sido tutelados posteriormente por la ley 906 de 2004 (Actual Código de Procedimiento Penal) quedando la defensa en seria desventaja frente al órgano acusador.

De acuerdo a lo anteriormente expuesto, se puede inferir que se debe establecer la dimensión que le tenemos que dar a la

asistencia técnica y para ello, vamos a circunscribir la discusión a la problemática de la defensa del acusado en una causa penal.

Para entender la problemática de la desigualdad entre las armas o mecanismos que tienen las partes en el proceso penal (fiscal-defensa) es menester entender La relación existente entre ellas, Es decir, en el proceso penal existen dos partes fundamentales: órgano acusador(fiscal) y defensa ,la primera ellas es el estado que se encuentra represando mediante la fiscalía.

El estado “es aquel conjunto de organizaciones que en su totalidad poseen la facultad de establecer las normas que guiarán una determinada sociedad, ejerciendo su poder en un territorio previamente establecido. Esta soberanía permite que dentro de los poderes de un Estado se puedan encontrar otras importantes instituciones, como lo son las Fuerzas Armadas, la policía y la administración pública”.

Es claro que el estado es un ente ficticio el cual es el encargado de velar y proteger todos lo derechos y garantías de los asociados, bajo este criterio el estado es la mas clara representación de los interese generales de la sociedad, es evidente entonces que el estado como parte en el proceso penal tiene primacía sobre la defensa (particular) no existe una relación de iguales lo cual no debe evitar que exista una relación de igualdad en cuanto a las actuaciones que se llevan acabo a lo largo de un proceso penal.

Aunque que son obvios los motivos que envisten de fortaleza a el estado frente a los particulares es necesario hacer un análisis en lo concerniente al proceso penal, si bien el estado es el encargado de velar por los intereses del estado debe tenerse en cuenta que la otra parte la defensa está conformada por ciudadanos particulares que hacen parte de ese estado, por ende, el proceso penal no debe apartarse de el principio de igualdad de las partes, aun que el estado tenga primacía sobre los particulares, el que no se encuentren en la misma calidad no significa que no deban ser tratados de igual forma, es entendible que el estado tenga facilidades en el proceso penal refiriéndose a los tecnicismos y formalidades, debido a que las fiscalía una entidad publica adscrita a el estado, lo que no es entendible es que a la defensa se le haya privado en muchas ocasiones de este mismo derecho.

El estado debe velar por el interés de los particulares, y aunque es la autoridad en la sociedad también debe respetar los deberes que le son impuestos, que para este caso se constituyen en los derechos de la defensa, en el momento en que el estado deje a un lado este principio de igualdad, se convertirá en un leviatán que tal como lo definía hobbes La libertad del individuo se verá reducida a los espacios donde la ley no se pronuncia.

Sin embargo, al existir una cesión voluntaria de poder, se contemplaba un caso en el que los individuos podrían rebelarse contra el soberano: cuando éste causara perjuicios a su integridad corporal o a su libertad física, o sea, si el soberano no cumplía su parte del contrato social (defender la

libertad de los individuos asegurando la paz) el pacto quedaba roto inmediatamente.

Un proceso entre las partes no debe admitir la supremacía de una parte frente a las demás. Cuando ambas partes se encuentran al mismo nivel, tienen las mismas oportunidades, tienen las mismas noticias respecto al proceso, pueden utilizar los mismos medios de prueba, etc, es aquí en donde nos encontramos en un sistema regido por el principio de igualdad de armas.

CONCLUSIONES

Podemos concluir que la desigualdad de medios entre defensa y fiscalía en el nuevo sistema acusatorio es de gran importancia para el desarrollo procesal de cualquier nación, esta debe ser adaptada a las realidades de cada nación, cuidadosamente estudiada y ser aplicada con la más estricta disciplina, a fin de lograr los objetivos de crecimiento económico y desarrollo que persigue.

La Contraloría General de la República debe entender la urgencia y necesidad que tiene el país de contar con un organismo de control fortalecido y con enorme capacidad preventiva del delito. Bajo ese objetivo debe revisar, de manera sostenida, los procesos internos, las competencias y su propia estructura, para poder precisar un marco en el cual sea posible una Nueva Contraloría. Esa nueva realidad es producto de una situación de crisis, en donde el complejo proceso de cambio del país a impuesto la necesidad de de que se revise, a la par, la figura y concepto del Estado, de manera tal que su resultado tenga, como meta principal, el fortalecimiento de una sociedad democrática, bajo el impulso de parámetros de equidad y justicia social, que no es más que el mandato fundamental de nuestra Constitución.

Ahora bien, para ser productivos no basta con tener la potestad del poder social que emana de la Constitución La reestructuración y todos los proyectos estratégicos apuntan, entonces, a fortalecer nuestro Sistema Penal Acusatorio, pero

con un objetivo muy claro: servir de puntal para cerrarle el paso a la corrupción, pues en la medida en que exista un control vigilante, tendremos una enorme capacidad preventiva.

BIBLIOGRAFÍA

ARENAS Salazar, Jorge. *Pruebas Penales*. Bogotá, Colombia. Segunda Edición . Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2003

BINDER, Alberto. "Introducción al derecho procesal penal", Editorial. "Ad Hoc", 1993,

CHAMORRO Bernal, F. "La tutela judicial efectiva", 1994, Ed. Bosch, Barcelona.

CAFFERATA Nores, José. *Proceso Penal y Derechos Humanos*, Buenos Aires – Argentina.2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

FIERRO-MÉNDEZ. Heliodoro. *Exclusión de Actos y Pruebas en el Juicio Oral*. Bogotá, Colombia. Ediciones Doctrina y Ley. 2005.

GIMENO Sendra, *INTRODUCCION AL DERECHO PROCESAL*. Valencia, 1993.

GIMENO Sendra, citado por Horvitz Lennon y López Masle Derecho Procesal tomo II, Editorial Juridica de Chile, Santiago, año 2006,

GORPHE, Francois. Apreciación Judicial de las Pruebas.. Bogotá, Colombia. Editorial Temis. 1985.

HORVITZ Lennon y Julián López Masle, derecho procesal penal chileno Tomo I, editorial jurídica de Chile, 2002.

JESCHECK, Hans Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Traducción de Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Vol. I, Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona, 1981.

LOZANO Cadena, Raúl y ALARCÓN Granados, Héctor. Garantías Constitucionales y la Prueba Ilícita en el Nuevo Código de Procedimiento Penal (Sistema Acusatorio – Oralidad). Bogotá, Colombia. Segunda Edición. Ediciones Nueva Jurídica. 2004.

MARÍN Vásquez, Ramiro. Sistema Acusatorio y Prueba. Bogotá, Colombia. Ediciones Nueva Jurídica. 2004.

MORENO, Catena. El derecho de defensa en el nuevo modelo procesal penal, en Contribuciones a las Ciencias Sociales, julio 2008.

MORENO Catena, Víctor - CORTES DOMINGUEZ, Valentín. Derecho procesal. Proceso penal. Valencia - España: Tirant lo blanch, 1993

MONROY, Jerónimo Alberto. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Casa Editorial Antillas, Barranquilla. D. E Col. 2005.

ORÉ GUARDÍA, Arsenio. Estudios de Derecho Procesal Penal". p. 299. En Revista Derecho & Sociedad, Nros.8-9, Lima, 1994.

ORGEIRA José María, Reforma procesal Penal, actuación del abogado defensor del imputado,2008.

OSPINA Quintero, Tiberio. La Prueba en materia Penal. Bogotá, Colombia. Segunda Edición. Editorial Ieyer.1996.

RIEGO, Armando. El Derecho de Defensa. Agosto de 2002

VASQUEZ Rossi, Jorge Eduardo la defensa penal , III tomo actualizado,rubinzal culzoni editores, 2004.

VELASQUEZ Velásquez, I.V.: El derecho de defensa en el nuevo modelo procesal penal, en Contribuciones a las Ciencias Sociales, julio 2008.