

DERECHO DE DEFENSA EN LA ETAPA DE INDAGACIÓN*

*Ángela María Buitrago Ruiz***

I. INTRODUCCIÓN

El tema del derecho de defensa en la etapa de indagación ha generado un sinnúmero de discusiones dada la implementación del nuevo sistema procesal penal. Por esta razón, se torna interesante abordar en estos pocos párrafos un análisis sobre ese tópico que trataremos de afrontar desde diversos aspectos y que, por tanto, nos permitirá arribar a una interpretación adecuada en la Ley 906 de 2004.

Es así como hemos decidido iniciar con el análisis del concepto de derecho de defensa desde:

1. Una perspectiva general –como derecho fundamental; 2. Una concreta –en el proceso penal– en la fase de indagación; 3. El bloque de constitucionalidad; 4. La jurisprudencia constitucional, y 5. La Ley 906 de 2004.

El derecho de defensa surge como presupuesto de validez vinculante en las actuaciones penales y tiende a buscar un equilibrio entre el Estado y el ciudadano sometido a este enérgico poder y convertido en objeto de indagación, investigación y acusación.

* Conferencia pronunciada en las xxvii Jornadas Internacionales de Derecho Penal, realizadas los días 24, 25 y 26 de agosto de 2005, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

** Docente de la Universidad Externado de Colombia. Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Miembro de la Comisión del Código Penal Tipo para Iberoamérica.

Sabemos que el Estado está facultado para iniciar una serie de pesquisas que permiten establecer aspectos fundamentales sobre la existencia de la conducta punible, sobre sus autores y partícipes, y sobre las modalidades delictivas por lo que, a su vez, todos los códigos procesales contienen una serie de normas que disponen determinados actos para el cumplimiento de esta función, así como una serie de procedimientos, que a su vez garantizan que las decisiones de imputar o acusar tengan fundamento.

Esa actividad que desarrolla el Estado es, en la mayoría de los casos, dirigida contra alguien quien puede ser sometido a una serie de medidas (policivas o de indagación) que conllevan seguimientos, vigilancias, o verificaciones que afectan derechos fundamentales.

El punto de inquisición será entonces si esta etapa inicial –de indagación o preliminar– debe contar con la posibilidad de ejercer el derecho de defensa. Y sí es así, ¿cuál es su radio de acción?

Nuestra hipótesis es que el derecho de defensa es necesario (como derecho de los ciudadanos y como deber del Estado absolutamente vinculante) desde: a. El marco de los tratados internacionales de derechos humanos; b. El prisma constitucional dispuesto por el artículo 29, y c. El propio marco legal.

El problema a resolver en estas breves consideraciones será el de si el derecho de defensa surge desde el mismo momento de la indagación o procedimientos previos, o si sólo es posible a partir de la comunicación oficial o formal de “imputación” o “inculpación”, como vienen sosteniendo algunos autores. Aquí vale la pena resaltar que la mayoría de posiciones tienden a mencionar una necesidad de mantener en secreto las pesquisas, pues el conocimiento por parte del presunto responsable puede ser causa de un entorpecimiento, desaparición e imposibilidad de reunir los elementos necesarios para imputar, o acusar.

El argumento que se anticipa a todas estas discusiones es que el Estado no puede quedar minusválido porque la defensa va a torpedear la recuperación de evidencia.

No obstante la razón que puedan tener estos argumentos, y ante el aumento inusitado de la delincuencia, que conocemos alcanza sofisticaciones inimaginables, creemos que no se soluciona la discusión con esta aseveración.

De igual manera se considera que si no se puede practicar prueba en la etapa preliminar, la presencia del defensor se puede dar desde la captura o en el momento de formulación de imputación, pero su actividad es muy limitada.

II. DERECHO DE DEFENSA

Es connatural al derecho procesal penal el derecho de defensa, por lo que el primero “no tiene ninguna razón de ser” si este es desconocido. “La asistencia letrada no puede ser coartada en ningún momento, incluyendo dentro de ella la declaración de incomunicación”¹.

El derecho de defensa permite el equilibrio entre el poder omnímodo del Estado y el ciudadano. Es un derecho, una garantía para el ciudadano y para una recta administración de justicia, que busca proteger los derechos y libertades públicas, pero además impone un límite al poder del Estado.

Por lo tanto, el derecho de defensa es uno de los componentes fundamentales dentro de una actuación o procedimiento de carácter penal.

A su vez, el derecho de defensa asegura el principio de igualdad, garantiza el debido proceso y el derecho de contradicción.

Si el derecho de contradicción como lo menciona MAIER² es “el derecho de ser oído” para infirmar o confirmar algunos o todos los elementos de la imputación³ frente a las decisiones que se vayan a tomar en perjuicio del imputado y no sólo de cara a la sentencia, debemos replantearnos el problema de investigación desde estas premisas:

- El derecho de defensa prohíbe “un estado de indefensión”.
- Garantiza un control sobre la actuación que adelanta el Estado con la intención de cuestionar la presunción de inocencia.

En la actuación que adelanta el Estado con ocasión del ejercicio del *ius puniendi*, pueden producirse actos de injerencia sobre el “sospechoso” o “indiciado”, que generan una condición de minusvalía del sujeto frente a este poder, por lo que debe existir la posibilidad de defenderse y controlar la actividad estatal a través de la intervención o por lo menos posibilidad de oposición sobre sus propios actos.

Algunas de las maneras que establecen ciertas legislaciones tienen que ver con la forma de oponerse al acto mismo –recursos–; otras, acuden como en nuestro caso al juez de control de garantías; y finalmente, como es lógico en un Estado de derecho,

1 HORST SCHÖNBOHM y NORBERT LÖSING. *Proceso penal y juicio oral en América Latina y Alemania*, Caracas, Centro de Investigaciones de Estudios sobre Desarrollo Latinoamericano, 1995, p. 28.

2 JULIO B. MAIER. *Derecho procesal penal*, t. 1, “Fundamentos”, 1.ª reimp., Buenos Aires, Editores del Puerto, 1999, p. 552.

3 Acto de intimación, en la legislación argentina.

se permite el contradictorio. Esta situación nos hace evidenciar que precisamente la fase de indagación es la que coloca al Estado en supremacía, pero además, de allí surgen decisiones y pretensiones que pueden restringir aún más los derechos del individuo.

Por eso aseguramos que la posibilidad defensiva se debe garantizar al sujeto pasivo de la acción penal, mucho antes de que el Estado formalmente impute un comportamiento; es decir, creemos que es necesario comprenderla desde la fase de averiguación o indagación, pues sólo así el sujeto podrá equiparar su posición ante el Estado y lograr la igualdad que se pregona, cuando puede defenderse desde el comienzo de actos de restricción de derechos fundamentales y/o de una imputación.

No sólo el ejercicio de la defensa debe ser concebido como importante, sino que debemos destacar la necesidad de determinar la oportunidad de este ejercicio, entendida como espacial y temporalmente adecuada para controlar, y oponerse a los actos indebidos, abusivos o extralimitados del poder público. Si la defensa no se realiza en el momento preciso, después que han sido conculcados los derechos, ya para qué esta garantía. Por lo tanto una defensa tardía equivale a inexistencia de la misma.

Todo lo anterior permite afirmar que el verdadero ejercicio material de defensa sólo se realizará si se puede controlar, preparar y controvertir los elementos esgrimidos por quienes proponen esa medida o esa imputación, por lo que el conocimiento de esas diligencias que sirven para imputar un determinado comportamiento desde esta óptica haría necesario el conocer la actividad que realiza la policía y/o la fiscalía en algunos casos para ejercer el derecho de defensa.

La persona que está siendo indagada tiene comprometidos derechos fundamentales como los de libertad, intimidad, integridad física, entre otros; en esencia, sus derechos subjetivos pueden estar siendo intervenidos, restringidos o desconocidos. Se está realizando una “injerencia” en los derechos fundamentales cuando se acude a medidas coercitivas en la actuación procesal.

En este punto podemos ejemplificar con SCHLÜCHTER⁴:

La StPO no concede remedios jurídicos contra la iniciación o la continuación del procedimiento preliminar por sí mismo, pero sí contra la orden o ejecución de medidas coercitivas.

Si la ejecución es reciente o todavía continua, la queja, según el artículo 304, es el remedio que procede en caso de que la orden provenga del juez.

4 ELLEN SCHLÜCHTER. *Derecho procesal penal*, 2.^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 76.

En caso de que la orden provenga del ministerio fiscal, la policía u otros agentes de policía se puede apelar ante el juez según lo dispuesto en el § 98⁵, Abs. 2 s.2; § 111⁶ e Abs. 2 s 3 [...] Por consiguiente A puede interponer queja según el § 304, contra la orden de intervención aunque todavía no se haya ejecutado.

III. ETAPA DE INDAGACIÓN - DERECHO DE DEFENSA

Una vez analizado el acápite anterior debemos precisar que el derecho de defensa como –derecho/deber– es un principio de cualquier Estado de derecho, pero sobre todo hace parte del principio del debido proceso.

Al existir diligencias que busquen averiguar hechos, responsabilidades, formas de participación que acudan como es lógico a mecanismos o medios que puedan interferir con los derechos fundamentales, creemos que debe existir un control: bien porque haga oposición a la medida, o porque se refute la valoración de la misma.

La presencia del defensor –y por ende la defensa– en la mayoría de legislaciones se exige en una serie de actuaciones o se consagra la necesidad de notificar al afectado para que ejerza el derecho correspondiente.

1. En algunos casos se observa cómo la defensa debe ser vinculada o se debe permitir su participación en:

- a. Las diligencias policiales y judiciales
- b. La captura
- c. Las diligencias de imputación o inculpación
- d. En audiencia o en el debate

5 “Ordenación de confiscación. (1) Las confiscaciones sólo pueden ser ordenadas por el juez; también por la fiscalía y sus funcionarios auxiliares en caso de peligro de demora [...] (2) El funcionario que haya confiscado un objeto sin orden judicial deberá procurar la autorización judicial en el término de tres días, si durante la confiscación no estaban presentes ni el afectado por ello, ni un familiar adulto, o si el afectado, y en el caso de su ausencia, un familiar adulto del afectado ha formulado oposición de forma explícita contra la medida. El afectado puede solicitar en todo momento el fallo judicial de confiscación. Si ya ha tenido lugar en otro distrito una confiscación, confiscación de correo o registro, entonces decide el juzgado de instrucción en cuyo distrito tenga su sede la fiscalía que dirige el sumario. En este caso, el afectado también puede presentar la petición al juzgado de instrucción en cuyo distrito haya tenido lugar la confiscación”: EMILIO EIRANOVA ENCINA (ed.). *Código Procesal Penal alemán*, Madrid y Barcelona, Marcial Pons, 2000, p. 250.

6 “*Controles callejeros*. Si determinados hechos fundamentan la sospecha de que ha sido cometido un delito según el artículo 129 del C. P., uno de los delitos mencionados en esta disposición o un delito según el artículo 250, apartado 1 num. 1 del C. P., entonces se pueden establecer puestos de control en calles y plazas públicas, y en otros lugares de dominio público, si los hechos justifican la presunción de que esta medida llevará a la detención del autor del delito o a obtención de pruebas que puedan servir para el esclarecimiento del delito”: *ibíd.*, p. 259.

2. Además se exige por todos los modelos el que pueda:

- a. Actuar de manera real y efectiva
- b. Ejercer una defensa formal –un profesional capaz– y material: intervención-contradicción
- c. Controlar que se actúe correctamente por parte del Estado y sus agentes, para ejercer los derechos del sujeto, para recolectar material o evidencia, así como prueba exculpatoria

En esencia, cualquier legislación que se observe dispone la posibilidad del nombramiento de defensor desde el inicio, y dentro de determinadas actuaciones y con mayor preponderancia y especial fuerza en determinados estancos procesales una vez surge la imputación.

IV. BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

El artículo 8.º de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone:

num. 2 d) Derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por el defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor.

e) Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley.

1. El bloque de constitucionalidad y su significado en el presente proceso⁷

Esta corporación ha establecido que la revisión de constitucionalidad de los asuntos sometidos a su competencia debe realizarse no sólo frente al texto formal de la Carta, sino también frente a otras disposiciones a las que se atribuye jerarquía constitucional⁸ –bloque de constitucionalidad *stricto sensu*–, y en relación con otras normas que aunque no tienen rango constitucional, configuran parámetros necesarios para el análisis de las disposiciones sometidas a su control –bloque de constitucionalidad *lato sensu*⁹.

7 Corte Constitucional. Sentencia C-200 de 2002, M. P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS.

8 Entre otros los tratados internacionales que reconocen derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción (sentencia C-358 de 1997), los tratados limítrofes (sentencia C-191 de 1998) y los convenios 87 y 88 de la OIT (sentencia T-568 de 1999).

9 Cfr. sentencias C-191 de 1998, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, y C-774 de 2001, M. P.: RODRIGO ESCOBAR.

En este contexto, se ha dicho que integran el bloque de constitucionalidad en sentido lato: (i) el preámbulo, (ii) el articulado de la Constitución, (iii) algunos tratados y convenios internacionales de derechos humanos (art. 93 C. [N].), (iv) las leyes orgánicas¹⁰ y, (v) las leyes estatutarias¹¹.

En relación con los tratados, la Corte ha señalado que, salvo remisión expresa de normas superiores¹², sólo constituyen parámetros de control constitucional aquellos tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia que reconocen derechos humanos (i) y, que prohíben su limitación en estados de excepción (ii)¹³.

En efecto ha dicho la Corte:

... de la Carta también hacen parte las normas y principios incorporados en el bloque de constitucionalidad, que “sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control constitucional de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la Constitución”¹⁴, como sucede con ciertos contenidos de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia que prevalecen en el orden interno por disponerlo así el artículo 93 superior, precepto que “no se refiere a todos los derechos humanos consagrados en los tratados y convenios internacionales en sí mismos y de por sí, sino a éstos cuando tales instrumentos internacionales ‘prohíben su limitación en los estados de excepción’, es decir que para que tenga lugar la prevalencia o superioridad de los tratados y convenios internacionales en el orden interno, es necesario que se den los dos supuestos a la vez, de una parte, el reconocimiento de un derecho humano, y de la otra que sea de aquellos cuya limitación se prohíba durante los estados de excepción”¹⁵, caso en el cual se trata de principios y reglas de verdadero valor constitucional que deben ser respetados por el legislador¹⁶.

En relación con la concordancia necesaria entre el texto de artículo 8.º anotado y el artículo 29 C. N.¹⁷, la Corte resalta que en la norma superior se contienen todos y cada uno de los principios establecidos en los artículos 8.º y 9.º de la Convención

10 Sentencias C-600A de 1995, C-287 de 1997 y C-337 de 1993.

11 Sentencias C-179 de 1994 y C-578 de 1995.

12 Sentencia C-358 de 1997, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

13 Al respecto puede consultarse las sentencias C-195 de 1993 y C-179 de 1994, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

14 Cfr. Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-225 de 1995, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABELLERO.

15 Cfr. Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-295 de 1993, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

16 Sentencia C-035 del 8 de febrero de 1993, M. P.: FABIO MORÓN DÍAZ.

17 Artículo 29: “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas./ Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio./ En materia penal,

del Derechos del Hombre y en el artículo xxvi de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, a los que habría que agregar los que enuncia el artículo 15-1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁸.

Es decir que en nuestro ordenamiento jurídico se garantiza plenamente el debido proceso en sus diferentes componentes –principio de legalidad, juez natural, derecho de defensa, presunción de inocencia, derecho a presentar y controvertir pruebas, principio de favorabilidad...– en perfecta armonía con las disposiciones internacionales sobre la materia y en particular con las normas de la Convención Americana de Derechos del Hombre a que se ha hecho referencia.

V. CORTE CONSTITUCIONAL

Esta corporación no duda en señalar que en caso de que no pueda establecerse una armonización concreta de los principios constitucionales en conflicto, debe darse preferencia al derecho fundamental al debido proceso, pues la eficacia de la administración de justicia y la seguridad jurídica no pueden alcanzarse a riesgo de sacrificar los derechos fundamentales de las personas. La justicia está al servicio de esos derechos, por lo cual en estos casos no puede aplicarse mecánicamente el principio constitucional de prevalencia del interés general (art. 1.º C. [N].) sobre el particular, pues en tales eventos la norma constitucional relevante es aquella que dispone que el Estado reconoce la primacía de los derechos inalienables de la persona (art. 5.º).

Por ello, en caso de conflicto irresoluble entre derechos constitucionales tan fundamentales, como la vida, la libertad o el debido proceso, y la persecución de objetivos estatales de interés general, como los que se logran con una justicia más eficaz, en principio debe el juez constitucional dar prevalencia a los derechos de la persona, pues es la única forma de conferir un efecto interpretativo real a la Carta de derechos.

Este criterio hermenéutico es necesario, pues no puede darse preferencia a los intereses de la mayoría y al bienestar colectivo siempre que entran en

o desfavorable./ Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho./ Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

18 Artículo 15: “1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.

to con un derecho constitucional de una persona, con el deleznable argumento de que el derecho individual es particular, y el interés general prima siempre sobre el particular. *En efecto, conviene recordar que los derechos constitucionales son precisamente limitaciones al principio de mayoría y a las políticas destinadas a satisfacer el bienestar colectivo. Esto significa que, como lo reconoce la doctrina, los derechos fundamentales son verdaderas cartas de triunfo contra el bienestar colectivo, pues “condicionar la validez de un derecho constitucional a los criterios de las mayorías es quitarle toda su eficacia específica puesto que, en una gran medida, los derechos constitucionales fundamentales son las promesas que formulan las mayorías a las minorías –y a esas minorías radicales que son las personas– de que su dignidad e igualdad serán siempre respetadas”*. Por ello debe entenderse que el respeto de esos derechos es un componente integrante del interés general, tal y como esta corporación lo había señalado (cursiva fuera de texto). Sentencia T-669 de 1996, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO¹⁹.

Es entonces el contenido o núcleo esencial de los derechos fundamentales en juego el criterio a partir del cual se deben establecer los límites de lo que le es dable jurídicamente al juez ponderar. En efecto, tales derechos son el fundamento del sistema constitucional en su conjunto e integran, en su forma objetiva, el concepto de interés general que se pretende servir mediante la prestación de un adecuado servicio de administración de justicia²⁰.

Conforme a la sentencia de la Corte Constitucional T-444 de 1992, se ponen límites a las autoridades judiciales y administrativas en labores investigativas:

“En consecuencia estimamos que no es meramente potestativo del fiscal que está a cargo del averiguatorio dar el aviso correspondiente al imputado, puesto que desde el primer momento en que se le endilgue la presunta comisión del delito y se ordenen pruebas que confirmen o desvirtúen su autoría y participación, es elemental que se produzca la notificación, para que una vez sea escuchado en versión libre y espontánea, haga parte del debate probatorio que se origina, garantizándosele de manera efectiva el principio fundamental del contradictorio, que según lo dispone la Corte Constitucional”.

19 Corte Constitucional. Sentencia C-131 de 2002, M. P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, salvamento de voto: “En este punto recuérdese que la Corte ha sido reiterada en sostener que las leyes deben interpretarse de una manera *conforme a la Constitución*. Así, resulta necesario que los textos legales se ajusten a los mandatos fundamentales de la Carta, como lo son los derechos fundamentales de las personas. Postulados que priman sobre consideraciones fácticas como la agilidad o prontitud en la aplicación de la justicia, o el hecho de presumir que por el conocimiento técnico que se tenga sobre una rama se puede dotar de una real y correcta defensa jurídica”.

De acuerdo con la sentencia C-412 del 28 de septiembre de 1993:

“se anticipa en esta etapa, pues frente al interés que anima la función investigativa y sancionadora del Estado, surge el interés concreto, digno de tutela del imputado, de resultar favorecido con una resolución inhibitoria que descarte la existencia de hecho, su tipicidad, su procedibilidad de la acción o en fin que establezca en su caso una causal de antijuridicidad o inculpabilidad”.

VI. CÓDIGO PROCESAL PENAL. LEY 906 DE 2004

Parafraseando a FRANCISCO RAMOS debemos sostener que, “[c]entrado así el juicio oral como el único escenario posible de la prueba en el proceso penal, conviene recalcar algunas consecuencias obvias que paulatinamente han sido puestas de relieve por el Tribunal Constitucional. La primera de todas es insistir en que las diligencias sumariales no tienen carácter de prueba, aunque hoy en día gocen de contradicción o publicidad. Su única finalidad como ya se ha dicho, es rastrear las huellas y vestigios del delito para poder tomar una decisión sobre la apertura a juicio o el sobreseimiento”²¹.

Ese presunto responsable es un sujeto pasivo del poder del Estado y objeto del mismo desde la indagación, por lo que cualquier actividad o acto objetivo de “indicación” medida que se ejerza contra ese “sospechoso” debe tener como correlativo la garantía del ejercicio de defensa. Ese señalamiento no formal que acontece en una indagación puede limitar derechos fundamentales.

Nuestra legislación procesal penal (Ley 906 de 2004), distinguió claramente dos condiciones de los sujetos presuntamente responsables que podemos señalar como “indiciado” e “imputado”, generando una distinción basada en un acto procesal denominado “formulación de imputación”, que no es otra cosa que la comunicación del fiscal ante el juez de control de garantías de su calidad de imputado, según el artículo 286.

Por antonomasia los que son objeto de “indicación” o de sospecha o de señalamiento no formal serán considerados “indiciados o no imputados”.

Desde esa misma consideración legal debemos aseverar que en la Ley 906 se hacen dos consideraciones particulares:

21 FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ. *El proceso penal*, Barcelona, J. M. Bosch, 2000, p. 221.

22 Mediante sentencia C-591 de 2005, M. P.: CLARA I. VARGAS HERNÁNDEZ, la Corte se declaró inhibida para pronunciarse de fondo sobre la expresión “quien sea informado” del artículo 267 de la Ley 906 de 2004 por ineptitud de demanda.

ción en su contra podrá asesorarse de abogado”. Pudiendo desde ese momento buscar los elementos materiales probatorios, y hacerlos examinar por peritos particulares a su costa, o solicitar a la policía judicial que lo haga. Tales elementos, el informe sobre ellos y las entrevistas que hayan realizado con el fin de descubrir información útil *podrá utilizarlos en su defensa ante las autoridades judiciales. Igualmente podrá solicitar al juez de control de garantías que lo ejerza sobre las actuaciones que consideren hayan afectado o afecten sus derechos fundamentales.*

a. Si interpretamos de manera sistemática el Código podemos sostener que “no es imputado” a quien no se le ha formulado la imputación, y por lo tanto si este es el momento procesal escogido para determinar la investigación, tenemos que señalar que los derechos consagrados están dados para la etapa de *indagación*, es decir, antes de la formulación de la imputación, por lo que el sujeto todavía no es imputado y, obviamente, también para la etapa de investigación, una vez cumplida la audiencia de formulación de imputación.

b. Desde la etapa de *indagación* el defensor podrá solicitar ante el juez de garantías que ejerza el control sobre actuaciones que hayan afectado o afecten sus derechos.

2. La segunda consideración obedece a lo dispuesto en el libro II de la Ley 906 de 2004 que establece las técnicas de indagación de la prueba y sistema probatorio.

a. El artículo 200 prevé que “Corresponde a la Fiscalía General de la Nación realizar la indagación e investigación”. Como corolario se podrán realizar una serie de actos e imponer una serie de medidas.

Las medidas restrictivas que se pueden tomar por el juez, la fiscalía y/o la policía se pueden realizar en los “indiciados” y en los imputados.

Lo reseñado con antelación nos evidencia que el “no imputado” o “indiciado” o “sospechoso” puede ser objeto de estos actos y que por lo tanto las disposiciones hacen evidente que estos sujetos pueden tener limitaciones y/o restricciones de derechos a los que pueden ser sometidos.

Es así como encontramos el artículo 233 sobre “Retención de correspondencia”; el artículo 235 sobre “La interceptación de comunicaciones telefónicas y similares; el artículo 236 sobre “Recuperación de información dejada al navegar por internet u otros medios tecnológicos que produzcan efectos equivalentes”; el artículo 239 sobre “Vigilancia y seguimiento de personas”; la vigilancia de cosas en el artículo 240; los exámenes de ADN que involucren al indiciado o imputado del artículo 245, “Cuando la policía judicial requiera la realización de exámenes de ADN, en virtud de la presencia de fluidos corporales, cabellos, vello púbico [...] Si requiere cotejo de los exámenes de ADN con la información genética del indiciado o imputado, mediante el acceso a bancos de esperma y de sangre [...] deberá adelantarse la revisión de legalidad

dentro de las 36 horas siguientes a la terminación del examen respectivo”; la inspección corporal del artículo 247 y el registro personal del artículo 248, para poner algunos ejemplos.

Revisada la Ley 906 encontramos verbigracia lo dispuesto en el artículo 231: “Interés para reclamar la violación de la expectativa razonable de intimidad en relación con los registros o allanamientos”. Únicamente podrá alegar la violación del debido proceso ante el juez de control de garantías o ante el juez de conocimiento, según sea el caso, con el fin de la exclusión de la evidencia ilegalmente obtenida durante el procedimiento de registro y allanamiento, quien haya sido considerado como indiciado o imputado o sea titular de un derecho de dominio, posesión o mera tenencia del objeto”.

El artículo 252 dispone: “*Reconocimiento por medio de fotografías o vídeos.* Cuando no exista un indiciado relacionado con el delito, o *existiendo no estuviere disponible para la realización de reconocimiento en fila de personas*, o se negare a participar en él, la policía judicial, para proceder a la respectiva identificación podrá utilizar cualquier medio técnico disponible que permita mostrar imágenes reales, en fotografías...”.

Si el indiciado se presenta al reconocimiento en fila previsto en el artículo 253: “En los casos en que se impute la comisión de un delito a una persona cuyo nombre se ignore, fuere común a varias o resulte necesaria la verificación de su identidad, la policía judicial, previa autorización del fiscal que dirija la investigación, efectuará el reconocimiento en fila de personas”, debemos manifestar:

- a. En primer lugar es claro que en este evento –“duda de la identidad”– no existe posibilidad de haber realizado el acto de “formulación de imputación”, pues esta requiere identidad plena. Es un evento en donde nos encontramos claramente en una etapa previa, preeliminar o de indagación, y, por ende, se “sospecha” de alguien.
- b. La persona indiciada puede concurrir al reconocimiento en fila de personas y el Estado tiene el deber de notificarle que está siendo investigada, porque creemos que no puede ser un acto engañoso.
- c. Si el Estado no le informa que está siendo investigada, ella puede inferirlo y nombrar un defensor.

Observemos que el artículo, a pesar de su propia definición, amplía el reconocimiento en fila en el inciso final cuando se supone que tenemos una “individualización concreta”, según el artículo 288 CPP, porque se refiere a eventos en donde se ha realizado la formulación de imputación.

En el inciso final del 253 se dispone: “Lo previsto en este artículo tendrá aplicación,

en lo que corresponda, a los reconocimientos que tengan lugar después de formulada la imputación. En este evento se requerirá la presencia del defensor del imputado. De lo actuado se dejará constancia”.

Este inciso que, reiteramos, no tendría sentido en razón a la finalidad de la diligencia en fila de personas, debe entenderse no como excluyente de la presencia del defensor en caso de “indiciados” sino de reafirmación de la presencia del defensor en caso de haberse realizado “formulación de imputación”.

Por esta razón creemos que se le deberá informar al indiciado que tiene derecho a nombrar un defensor, quien consideramos debe estar presente para controlar el acto y eventualmente para ir levantando sus propias evidencias.

Si bien es cierto que se prevé en el artículo 303 que la designación del defensor deberá hacerse desde la captura, o desde la formulación de la imputación (art. 287), no es menos cierto que no haya posibilidad de nombramiento de defensor antes de la imputación o de la captura.

Es claro cómo el derecho de defensa se ejerce entonces en la indagación y en la investigación²³, en esta última tal y como lo prevé el artículo 290: “con la formulación de la imputación la defensa podrá preparar de modo eficaz su actividad procesal”.

Siempre hemos considerado que el artículo 8.º de la Ley 906 restringe el derecho de igualdad de manera indebida. Pues se consagran derechos que no pueden ser restringidos ni condicionados dependiendo de la etapa procesal. Son derechos que se tienen por la condición de ser humano y son postulados constitucionales, como por ejemplo el de “No ser obligado a declarar en contra de sí mismo ni en contra de su cónyuge, compañero permanente”. O “no autoincriminarse ni autoincriminar a su cónyuge, compañero permanente”. O tener comunicación privada con su defensor antes de comparecer frente a la autoridades.

VII. CONCLUSIONES

1. El derecho de defensa es una consecuencia de un Estado de derecho, pero además el proceso debe ser un instrumento para investigar las conductas delictivas y también un instrumento para tutelar la libertad, la vida, el honor y los demás derechos fundamentales de la persona humana.

23 El artículo 268 dispone que “el imputado o su defensor durante la investigación, podrán buscar [...] materiales probatorios y evidencia física. Con la solicitud para que sean examinados y la constancia de la fiscalía de que es imputado o defensor de éste”. Además podrán entrevistar y obtener declaración jurada.

2. El derecho de defensa es un derecho fundamental “y corresponde universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados de *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar”²⁴.

3. El derecho de defensa integra el principio del debido proceso.

4. En La Ley 906 de 2004 está garantizado el derecho de defensa en la fase de indagación, investigación y juzgamiento.

5. El artículo 267 faculta al “no imputado” para asesorarse de un abogado quien podrá:

- Recoger evidencia.
- Solicitar a la policía judicial que realice exámenes sobre el material.
- Solicitar al juez de control de garantías que ejerza su función sobre los derechos que afecten o hayan afectado los derechos fundamentales.

6. El bloque de constitucionalidad y las decisiones de Corte Constitucional garantizan el derecho de defensa en la fase preliminar o de indagación.

7. La Ley 906 de 2004 faculta a ejercer el derecho de defensa en la etapa de indagación ante las autoridades correspondientes.

24 LUIGI FERRAJOLI. *Derechos y garantías*, 3.^a ed., Madrid, Edit. Trotta, 2002, p. 37.