

Ministerio Público y Sistema Acusatorio en Colombia

Carlos Andrés Guzmán Díaz



PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACIÓN



IEMP

Instituto de Estudios
del Ministerio Público



**PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACIÓN**



Instituto de Estudios
del Ministerio Público

MINISTERIO PÚBLICO Y SISTEMA ACUSATORIO EN COLOMBIA

© Instituto de Estudios del Ministerio Público–IEMP, 2023.

Carrera 5 No. 15-80, piso 16, Bogotá, D. C., Colombia.

pbx: (1) 587 8750 - Ext. 11621

Tel: 283 27 21 - Ext. 115

<http://iemp.procuraduria.gov.co>

© Procuraduría General de la Nación, 2023.

Carrera 5 No. 15-80,

Bogotá, D. C., Colombia

pbx: (1) 5878750 - Exts. 13101 - 13102

www.procuraduria.gov.co

Director del Instituto de Estudios del Ministerio Público

Carlos José González Hernández

Jefe de División

Carlos Andrés Guzmán Díaz

Coordinador editorial-IEMP

Luis Felipe Núñez Mestre

Conceptualización y diseño

William Botía Suárez

Corrección de estilo

Raúl Felipe Ospina

Impresión

Imprenta Nacional de Colombia

Colombia



**PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION**

Margarita Cabello Blanco

PROCURADORA GENERAL DE LA NACIÓN

Silvano Gómez Strauch

VICEPROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

Carlos José González Hernández

DIRECTOR DEL INSTITUTO DE ESTUDIOS
DEL MINISTERIO PÚBLICO

Esiquio Manuel Sánchez Herrera

PRESIDENTE DE LA SALA
DISCIPLINARIA DE JUZGAMIENTO

Presentación

“Ministerio Público y Sistema Acusatorio en Colombia”

La Constitución Política de 1991 transformó al Ministerio Público colombiano en un órgano único en el mundo. Al diseñar la estructura orgánica del Estado, los constituyentes le otorgaron al Ministerio Público el carácter de un órgano de control autónomo e independiente, ubicado al mismo nivel de las ramas del poder público. Con esto, adquirió este órgano una serie de funciones y prerrogativas fundamentales orientadas a la defensa y garantía de los derechos humanos, a la vigilancia del ejercicio eficiente de la función pública y a la protección de los intereses de la sociedad.

Aunado a ello, la Constitución Política, en su artículo 277, le asignó a la Procuraduría General de la Nación, entidad rectora del Ministerio Público, la función de intervenir ante los procesos y las autoridades judiciales y administrativas. Con esto, este órgano hace presencia en dichos procesos cuando sea necesario defender el orden jurídico, el patrimonio público o los derechos y garantías fundamentales. En ese sentido, el Ministerio Público interviene, entre otros, en los procesos penales, cuando es necesario.

En Colombia, los procesos penales están caracterizados por ser adversariales, siguiendo el sistema acusatorio. Sin embargo, estos cuentan con una singularidad, y es la participación del Ministerio Público como un interviniente especial, para vigilar el cumplimiento de las leyes, los intereses de la sociedad y colectivos, y defender el ordenamiento jurídico y constitucional, el patrimonio público, y los derechos y garantías otorgadas por la Carta Política.

Esta particular facultad ha sido motivo de discusiones y debates alrededor del papel del Ministerio Público en el mantenimiento de la igualdad entre las partes en el proceso penal; es decir, la Fiscalía General de la Nación y la defensa del acusado. En este libro que tengo el placer de presentar, el autor exhibe el

trasfondo constitucional de la intervención ejercida por este órgano de control en los procesos penales. Asimismo, defiende la importancia de dicha intervención en el sistema acusatorio colombiano, bajo el entendido de que esta implica, en realidad, un reforzamiento de las garantías individuales y la presencia de un representante de los intereses de la sociedad en el procedimiento penal.

Así, en este libro queda plasmado que el Ministerio Público, más que ser una tercera parte con intereses propios en el proceso penal, es en realidad un amigo del orden jurídico y de las leyes. Lo anterior dota a dicho proceso de un componente democrático y legitimante, al permitir y asegurar que los administradores de justicia tomen en consideración los intereses colectivos.

En ese sentido, como se verá a lo largo de esta publicación, la intervención del Ministerio Público en los procesos penales no solo es un mandato constitucional, sino que es una herramienta para salvaguardar las garantías fundamentales de los acusados y proteger el Estado de derecho.

Estoy convencida de que este libro contribuirá grandemente al estudio científico del derecho y al desarrollo del pensamiento jurídico colombiano. Asimismo, espero que sea un material de consulta para aquellos interesados en el derecho penal, especialmente para los estudiantes de las facultades de derecho del país. Con esto, la intervención del Ministerio Público será fortalecida, y se logrará una mayor comprensión sobre su papel en la salvaguarda del bien común y del ordenamiento jurídico colombiano.

Margarita Cabello Blanco
PROCURADORA GENERAL DE LA NACIÓN

Índice

INTRODUCCIÓN	10
CAPÍTULO I	13
¿TIENE CABIDA EL MINISTERIO PÚBLICO EN EL PROCESO PENAL?	
1. FUNDAMENTOS DE LA INTERVENCIÓN JUDICIAL DEL MINISTERIO PÚBLICO	15
2. LA FALACIA DEL PEDIGRÍ	21
3. DEL <i>AMICUS CURIAE</i> O LA FIGURA DE <i>FRIEND OF THE COURT</i>	25
a. <i>CONCEPTUALIZACIÓN</i>	25
b. <i>FUNCIONAMIENTO EN PERSPECTIVA COMPARADA</i>	25
c. <i>JUSTIFICACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO</i>	27
d. <i>CARACTERÍSTICAS</i>	31
4. ¿EL MINISTERIO PÚBLICO ACTÚA COMO <i>AMICUS CURIAE</i> EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO?	32
5. RECAPITULACIÓN	36
CAPÍTULO II	39
¿EL MINISTERIO PÚBLICO AFECTA EL EQUILIBRIO DE OPORTUNIDADES O LO QUE SE SOLÍA LLAMAR IGUALDAD DE ARMAS?	
1. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL	41
2. CARACTERÍSTICAS Y DESARROLLO DEL EQUILIBRIO DE OPORTUNIDADES	46
i. <i>SOBRE LA POSIBILIDAD DE RECAUDAR EVIDENCIA POR PARTE DE LA DEFENSA.</i>	49
ii. <i>POSIBILIDAD DE SUMINISTRAR Y SOLICITAR EL DESCUBRIMIENTO DE LA EVIDENCIA.</i>	50
iii. <i>SOLICITUD DE PRUEBA.</i>	51
iv. <i>IGUALDAD EN LA PRÁCTICA DE PRUEBAS.</i>	52
v. <i>BALANCE EN LOS TURNOS, OPORTUNIDADES Y TIEMPOS PARA ALEGAR.</i>	52
vi. <i>EQUILIBRIO EN LA PRESENTACIÓN DE RECURSOS.</i>	52
vii. <i>CONTAR CON UN DEFENSOR EN CAPACIDAD DE COMPETIR CON LA FISCALÍA.</i>	53
3. DESBALANCES QUE SE HAN ADMITIDO	55
4. EL MINISTERIO PÚBLICO Y EL EQUILIBRIO DE OPORTUNIDADES	60
RECAPITULACIÓN	65

CAPÍTULO III

69

LA IMPORTANCIA DEL MINISTERIO PÚBLICO EN EL SISTEMA ACUSATORIO COLOMBIANO

1.	LA PARTICIPACIÓN DE LOS PROCURADORES JUDICIALES PENALES EN LOS DIFERENTES PROCESOS JURISDICCIONALES SANCIONATORIOS:	72
a.	EN EL PROCESO PENAL DE LEY 600 DE 2000 (SISTEMA MIXTO)	72
b.	EN LOS PROCESOS DE JUSTICIA TRANSICIONAL DE JUSTICIA Y PAZ Y DE DESMOVILIZADOS (LEYES 975 Y 1424)	72
c.	EN LOS PROCESOS PENALES MILITARES:	73
d.	EN EL PROCESO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO:	73
e.	EN LOS PROCESOS DISCIPLINARIOS PROMOVIDOS CONTRA ABOGADOS, JUECES Y FISCALES:	73
f.	OTROS PROCEDIMIENTOS:	73
2.	EL MINISTERIO PÚBLICO EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO	74
1.	COMO GARANTE DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES:	76
2.	COMO REPRESENTANTE DE LA SOCIEDAD:	76
i.	<i>COMO GARANTE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE TODOS LOS CIUDADANOS:</i>	77
a.	PARTICIPA EN LOS ALLANAMIENTOS Y REGISTROS	77
b.	ACOMPaña LAS DILIGENCIAS DE DESTRUCCIÓN DE ELEMENTOS DELICTIVOS	78
c.	PARTICIPA EN OTROS ACTOS DE INVESTIGACIÓN	78
d.	ASISTE A LAS AUDIENCIAS, INCLUSO, CUANDO NO SE HA ACTIVADO LA DEFENSA TÉCNICA	79
e.	PUEDE SOLICITAR QUE CIERTAS PRUEBAS NO SEAN DECRETADAS POR EL JUEZ	80
f.	ESTÁ HABILITADO PARA PEDIR MEDIDAS DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS	81
g.	ACTÚA EN LA FASE DE EJECUCIÓN DE PENAS	82
h.	DEFIENDE LA PUBLICIDAD Y EL ACCESO A LA PRENSA EN EL PROCESO PENAL	84

ii.	<i>COMO CONTROLADOR DE LA DISCRECIONALIDAD DE LA FISCALÍA Y, EN GENERAL, DE LA DISPOSICIÓN DE LA ACCIÓN PENAL</i>	85
a.	CONTROLA LOS ARCHIVOS E INADMISIONES DE DENUNCIAS	89
b.	PARTICIPA DE LAS AUDIENCIAS DE PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD	90
iii.	<i>COMO REPRESENTANTE DE LA SOCIEDAD EN LA CONSTRUCCIÓN DE LA VERDAD JUDICIAL ESTÁ FACULTADO LEGALMENTE PARA:</i>	92
a.	EJERCER CONTROL EXTERNO A LOS ACTOS DE INVESTIGACIÓN E INCLUSO SUGERIR SU VIABILIDAD	92
b.	SOLICITAR LA ACLARACIÓN DEL ESCRITO DE ACUSACIÓN	93
c.	SOLICITAR PRUEBAS EN LA AUDIENCIA PREPARATORIA	93
d.	HACER PREGUNTAS COMPLEMENTARIAS A LOS TESTIGOS DURANTE EL JUICIO	95
e.	PUEDE PRESENTAR OBJECIONES	97
f.	REALIZAR ALEGATOS DE CLAUSURA	98
g.	PUEDE PROMOVER Y CONSTRUIR EL INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL	99
h.	PUEDE PRESENTAR RECURSOS DE APELACIÓN, DE CASACIÓN Y DE REVISIÓN	99
	EPÍLOGO	103
	BIBLIOGRAFÍA	105
a.	BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO I	105
b.	BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO II	108
c.	BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO III	115

Introducción

En Colombia, el Ministerio Público está conformado por la Procuraduría General de la Nación y las personerías municipales y distritales. Dentro de sus funciones está, por mandato constitucional y legal, representar a la sociedad dentro de los diferentes procesos judiciales, con unas funciones más o menos señaladas en los diferentes cuerpos normativos.

Uno de esos procesos es, naturalmente, el proceso penal. Sin embargo, de tiempo atrás, se han escuchado algunas voces que se preguntan por la naturaleza del Ministerio Público en el actual modelo de enjuiciamiento criminal colombiano, marcadamente adversativo donde, en principio, parece que solo se trata de un enfrentamiento entre dos contendores representados por la Fiscalía (o el acusador privado) y la defensa en nombre del acusado.

Además, se cuestiona el impacto real que puede tener el Ministerio Público en el proceso penal o si, acaso, puede ser un desbalance al mismo.

Por tal motivo, con el fin de profundizar y otorgar una aproximación a tales interrogantes, en el presente texto se abordarán algunos de los puntos centrales de dicha discusión. Así, en el primer apartado, se analiza si el Ministerio Público tiene un espacio en un proceso penal acusatorio y, para tal fin, se examina la posición constitucional en nuestro medio. Posteriormente, veremos cómo fue concebido el representante de la sociedad en el proceso penal colombiano y la evaluación de esa figura en los procesos penales más modernos a nivel global.

El segundo capítulo se ocupa del interrogante sobre si la intervención de procuradores y personeros puede afectar lo que antiguamente se denominaba «igualdad de armas», y que hoy, autores más contemporáneos, han preferido acuñar como «equilibrio de oportunidades». Para tal efecto, se utilizarán pronunciamientos de tribunales nacionales e internacionales.

El tercer y último capítulo se pregunta sobre la trascendencia, importancia y necesidad del Ministerio Público en el proceso penal, para lo cual se hace un recorrido de sus funciones, esta vez, centradas en el sistema acusatorio previsto por la Ley 906 de 2004. Quedará para otra oportunidad, por exceder el objeto de este trabajo, el análisis de la actividad realizada por los representantes de la sociedad en otros ámbitos del derecho sancionatorio o próximos a él, como el penal militar, justicia y paz, extinción de dominio, comisión de disciplina judicial, o incluso en la Ley 600 de 2000, etcétera, donde también tienen una relevante participación.

Se espera con este documento que los futuros personeros y procuradores judiciales tengan mejores herramientas para la comprensión de una figura que pone a nuestro modelo dentro de los más interesantes a nivel global, en el que existe un control permanente a la función pública de administrar justicia, incluida la desempeñada por fiscales e investigadores y, además, se brindan mejores herramientas para el natural avance del derecho, esta vez, penal, procesal penal y penitenciario.

Capítulo I



¿TIENE CABIDA EL MINISTERIO PÚBLICO EN EL PROCESO PENAL?¹

¹ Este capítulo es una actualización de un artículo con el mismo nombre publicado en la revista *Rostros y Rastros* de la Procuraduría General de la Nación-LEMP (2018), 9(20), 64.

En diferentes escenarios se ha vuelto lugar común afirmar que el proceso penal está construido, actualmente, por un modelo de partes, donde el Ministerio Público parece una figura extraña, bajo el ropaje de *interviniente especial*, por lo que se desnaturaliza el sistema acusatorio. Por tal motivo, en este escrito se hará una breve descomposición de ese argumento para establecer si realmente hay alguna deslegitimidad en la participación de personeros y procuradores judiciales en el modelo de enjuiciamiento criminal colombiano.

En primer lugar, se analizará la figura del Ministerio Público desde la perspectiva constitucional. A continuación, se revisarán algunos modelos de enjuiciamiento con una tradición importante en un proceso penal de corte acusatorio, pero antes se hará una mención puntual sobre la perspectiva constitucional que sustenta la participación en los procesos penales.

1. Fundamentos de la intervención judicial del Ministerio Público

Aunque la existencia del Ministerio Público es casi tan antigua como nuestra república, el punto de partida de análisis será el artículo 277 de la Constitución Política (1991), según el cual se le han atribuido a la Procuraduría General de la Nación, entre otras, las siguientes funciones:

1. Vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos. (...)
3. Defender los intereses de la sociedad.

4. Defender los intereses colectivos, en especial el ambiente. (...)
7. Intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario, en defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales.

De tal manera, fue intención del constituyente primario que la Procuraduría tuviera un papel importante de intervención ante las diferentes autoridades, tanto administrativas como judiciales, en la vigilancia del cumplimiento de las leyes, los intereses de la sociedad y colectivos, así como defender el orden jurídico, el patrimonio público, a la vez que los derechos y garantías establecidas por la misma Constitución.

Ahora bien, la Constitución de 1991 creó la Fiscalía General de la Nación, lo que constituyó un avance hacia la consolidación de un sistema penal acusatorio, tal como aparece reflejado en el Decreto 2700 de 1991 y en la Ley 81 de 1993, normas que contienen varias características que coinciden con los modelos de esa naturaleza, como la separación funcional entre quien acusa y juzga, así como mecanismos de terminación anticipada del proceso y la colaboración con la justicia.

Justamente ello propició que, en su momento, se presentase demanda de constitucionalidad, con el criterio según el cual el Ministerio Público podría estar desbordando sus funciones al intervenir dentro de un proceso con marcada tendencia acusatoria.

Contrario a dicha postura, para la Corte Constitucional, el Ministerio Público es un órgano social de control de la función pública, como expresión del interés general prevalente, entendido este como el conjunto de los asociados interesados en la conservación de la moral pública:

En una democracia el buen manejo de la cosa pública depende de la rectitud (aspecto subjetivo) y de la eficiencia (aspecto objetivo) con que el funcionario desempeña su labor, con la garantía de que toda actuación de las autoridades públicas tiene que estar autorizada por la ley. [Por ello,] el Ministerio Público no sólo ejerce función de control, sino de defensa del interés social y de vocero del común en los aspectos trascendentes de la función pública. Toda defensa supone acción preventiva o acción impulsiva, bien contra la lesión o bien con-

tra la amenaza inminente sobre el interés común protegido por la Constitución y las leyes. (Corte Constitucional, sentencia C-479/95).

Por ello, dice la Corte, es deber del Ministerio Público tener una conducta «diligente» en propósito del cumplimiento del orden social justo en las diferentes manifestaciones de actuación estatal, por lo cual, no hay ningún obstáculo para que actúe, con el fin de defender ese orden jurídico, dentro del proceso penal. En otras palabras, «para asegurar el cumplimiento del orden jurídico, precisamente, puede intervenir ante una autoridad judicial, como vocero del interés social y en defensa siempre del bien común» (*ib.*).

Es interesante, además, que para el referido tribunal constitucional la intervención del Ministerio Público en los asuntos judiciales «no es facultativa, sino imperativa, es decir, por mandato de la Constitución» (*ib.*), en los términos del numeral 7 del artículo 277 superior. De tal manera, concluye que la intervención del Ministerio Público en el proceso penal no solo es válida, sino que se deriva de un mandato constitucional.

En otra oportunidad, ante demanda que específicamente quiso excluir como sujeto procesal al Ministerio Público en los procesos de los que trata la Ley 5.^a de 1992, la misma Corte dijo que ello resultaba contradictorio a lo señalado por el ya referido artículo 277.7, por lo cual, la expresión que restringía las funciones del procurador o sus delegados en esa clase de juicios fue retirada del ordenamiento jurídico (sentencia C-389/96).

Posteriormente, la Corte Constitucional revisó una tutela relacionada con la investigación y juzgamiento de altos funcionarios, en la cual ordenó a la Fiscalía General de la Nación no impedir la presencia del Ministerio Público para el cumplimiento de sus funciones constitucionales (sentencia T-649/96).

Otro tanto cabe anotar con respecto al proceso penal militar en el que, bajo el argumento de un fuero diferenciado, se buscó excluir al Ministerio Público, postulación que fue rechazada por la Corte Constitucional, al otorgar relevancia a los valores que aquel representa, en tanto que «contra el interés general y el bien común no hay ningún título jurídico prevalente» (sentencias C-47/96; C-196/97), ni siquiera la especialidad.

Nuevamente, dicha postura fue reiterada por el tribunal en el marco de la justicia penal militar. En esa oportunidad, explicó que esa intervención tenía fundamento constitucional, no solo en el ordinal 7.º del artículo 277, sino en los restantes (1.º, 2.º, 3.º y 4.º), para vigilar el cumplimiento de las leyes y decisiones judiciales, proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad, defender los intereses de la sociedad, así como los intereses colectivos y, en particular, el medio ambiente. Por lo cual «no hay pues duda que el Procurador, por sí o por medio de sus delegados o agentes, puede intervenir, como órgano autónomo de control, en los procesos penales» (Corte Constitucional, sentencias C-399/95; C-196/97) y, además, «fue voluntad del Constituyente facultar al Ministerio Público para que participara, con la plenitud de sus competencias» en esos procesos, y «no excluyó de tal competencia los juicios castrenses» (*ib.*)².

En sentencia proferida por la Corte Constitucional frente a demanda contra la Ley 201 de 1995, sobre la estructura de la Procuraduría General, en cuanto a la unidad de materia sobre la regulación de las funciones de intervención de los procuradores judiciales, concluyó que la participación del Ministerio Público:

(...) en calidad de sujeto procesal ante las autoridades judiciales, así como la que se cumple ante autoridades administrativas *no es facultativa sino imperativa* y cobra singular trascendencia siempre que se desarrolla en defensa de los derechos y garantías fundamentales que constituyen “el fundamento de legitimidad del orden jurídico dentro del Estado...”³ (sentencia C-568/97).

Con esta misma lógica, esta vez en defensa del orden jurídico y de los intereses colectivos, la Corte consideró que debía declararse exequible condicionadamente el artículo 392 del Código de Procedimiento Penal de 2000, en el entendido que, además de la víctima, el Ministerio Público debería tener la posibilidad de promover el control de legalidad sobre la medida de aseguramiento, no solo en las hipótesis en que se impone, sino en los casos de dilación injustificada para resolver una situación jurídica, dada su función

2 *ib.* Subrayado no hace parte del texto original.

3 Subrayado no es del texto original.

como «garante de los intereses de la sociedad» (Corte Constitucional, sentencia C-805/02).

Con ocasión de la entrada en vigencia del sistema penal acusatorio, fue demandado el acto legislativo 03 de 2002, particularmente el parágrafo al nuevo artículo 250 de la Constitución Nacional que, expresamente, dice que la Procuraduría seguiría cumpliendo las funciones establecidas por el mencionado artículo 277. Por lo tanto, el tribunal constitucional expresó que la intención del Congreso, al incluir este parágrafo, fue garantizar «en grado máximo la legitimidad del proceso penal» (sentencias C-966/03; C-591/05) y «ampliar y reforzar la gama de protección ofrecida por el juez de garantías», motivo por el cual las funciones del artículo 277 seguirían incólumes.

También esa Corporación ha expresado que el legislador puede destacar los escenarios en los que el Ministerio Público tiene mayor participación, así como aquellos en los que resulta razonable limitar su intervención. Así ocurre, por ejemplo, con la indicación del parágrafo del artículo 92 del Código de Procedimiento Penal de 2004, cuando el legislador quiso que centrarse su atención de solicitud de medidas cautelares en los menores de edad (sentencia C-210/07), o con la limitación de pedir, por sí mismo, medidas de aseguramiento en contra del procesado (sentencia T-293/13).

Finalmente, en tiempos más recientes, la Corte Constitucional colombiana ha declarado que al Ministerio Público «el Legislador se ocupó de conferirle un papel preponderante en el sistema penal de tendencia acusatoria, adoptado por la Ley 906 de 2004», pues:

(...) funge como protector de los intereses de los distintos intervinientes en el proceso penal, y concretamente frente a las víctimas, debe velar porque sus derechos sean respetados con el fin de garantizar el goce efectivo de los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación que les asiste a estas”, [de lo cual se desprende que pueda actuar durante todo el proceso penal, incluyendo la ejecución de la pena] (sentencia C-233/16).

Podríamos esquematizar la posición que ha asumido la Corte Constitucional, frente a la participación del Ministerio Público en el proceso penal, así:

Sentencia	Tema	Fundamento
C-479/95	Código de Procedimiento Penal de 1991.	Es un órgano social de control de la función pública.
C-389/96	Procesos por Ley 5. ^a de 1992.	El Ministerio Público no puede estar excluido.
T-649/96	Procesos penales contra aforados.	Tutela y ordena permitir la intervención del Ministerio Público.
C-47/96 y C-196/97	Justicia penal militar.	No puede haber fueros diferenciados, pues se trata del interés general y el bien común.
C-399/95	Justicia penal militar.	El Ministerio Público vigila el cumplimiento de las leyes y las decisiones judiciales y defiende intereses colectivos.
C-658/97	Estatuto de la Procuraduría.	La intervención del Ministerio Público no es facultativa sino imperativa en los procesos judiciales.
C-805/02	Código de Procedimiento Penal de 2000.	Como garante de los intereses de la sociedad puede pedir control a la medida de aseguramiento.
C-966/03 y C-591/05	Código de Procedimiento Penal de 2004 (sistema acusatorio).	Garantiza en grado máximo la legitimidad del proceso penal y amplía la gama de protección de derechos.
C-233/16	Código de Procedimiento Penal de 2004 (sistema acusatorio).	El Ministerio Público funge como protector de intereses y se le ha otorgado un «papel preponderante en el sistema penal de tendencia acusatoria».

De todo lo anterior se desprenden varias conclusiones. Por una parte, las funciones del Ministerio Público tienen rango constitucional, de ahí que una ley no puede suprimirlas, en ninguno de los procesos judiciales, dados los intereses superiores que representa la agencia ministerial.

Como consecuencia de esas facultades derivadas directamente de la norma superior, ha de existir una presunción de naturaleza constitucional según la cual el Ministerio Público puede ser sujeto procesal o interviniente especial, según corresponda, en cada uno de esos procesos. Excepcionalmente, un determinado ordenamiento puede resaltar o delimitar los momentos en que puede intervenir el Ministerio Público, como ocurre, por ejemplo, en el proceso penal, con la solitud de pruebas (art. 357) o el interrogatorio de los testigos (art. 397), facultades que aparecen definidas en estos casos específicos. En los demás eventos, se ha de confirmar la regla general de intervención del Ministerio Público, en especial, en los casos que trata el artículo 277 de la carta política.

De tal manera que cualquier interpretación restrictiva que se haga en desmedro o disminución de las facultades de intervención del Ministerio Público, en cualquiera de los procesos, que no haga parte del sentido literal del respectivo texto normativo, será una exégesis contraria a la Constitución.

2. La falacia del pedigrí

Se suele afirmar reiterada y peyorativamente que nuestro modelo de enjuiciamiento penal no es en realidad un proceso «acusatorio puro». Sin embargo, ¿en realidad existe alguna forma de medir la pureza de este modelo? ¿Existe alguna carta que otorgue la certificación de *pedigrí procesal*?

Debemos empezar por señalar cómo esa dicotomía facilista que suele hacerse entre «inquisitivo/adversativo»⁴ tiene, así lo señala Vogler (2005, p. 186), el especial

4 En lo sucesivo se utilizarán como sinónimos los conceptos de «acusatorio» y «adversativo», aunque se debe reconocer que hay autores que trazan sutiles pinceladas de distinción entre ambas nociones, como que el primero es un modelo que desahoga un juicio precedido de una acusación, mientras que el segundo da cuenta de un sistema de enjuiciamiento donde las partes tienen un papel protagónico en el aporte de elementos de convicción para la decisión judicial. Por cierto, también se utiliza la expresión «adversativo», al ser la traducción correcta, a pesar de la clara difusión del falso cognado «adversarial», yerro común que se hace evidente, tanto al comparar la expresión «*inquisitorial system*» con sistema inquisitivo, como con la inexistencia en castellano de la palabra «adversarial».

defecto de constituir una «sobresimplificación» o «pura falsificación» cuando se trata de etiquetar jurisdicciones enteras en alguna de esas categorías, pues en realidad se pueden identificar una serie de amalgamas en punto de influencias o tendencias adversativas o inquisitivas dentro de un determinado contexto normativo.

Este aspecto es fácilmente demostrable al revisar el modelo de enjuiciamiento francés, catalogado aún como de naturaleza inquisitiva. En él, aparecen figuras tales como la conformidad a los cargos, que equivaldría al *plea bargaining* norteamericano o a los preacuerdos en nuestro medio. Eso fue entendido (Vogler, 2008, p. 179) como una «americanización» del proceso galo, pero no como una desnaturalización del proceso inquisitivo de ese país.

Por el contrario, para Ferrajoli, «[l]a separación de juez y acusación es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, como presupuesto estructural y lógico de todos los demás». (2002, p. 567).

A pesar de esa sencilla explicación, se suele pensar que existe alguna suerte de pureza de un modelo procesal, partiendo de la aparente influencia que en nuestro medio ha tenido el norteamericano,⁵ pero se olvida que este es solo uno de los posibles sistemas de esa naturaleza que se derivan de lo que, en la literatura anglosajona, se denomina modelo del *common law* y que se opone a otro sistema conocido como continental europeo o *civil law* (por todos, ver Armenta Deu, 2008, p. 114). Pero aquel modelo no es, como se ha reconocido por la doctrina (Vogler, 2005, p. 202), un patrimonio exclusivo de los Estados Unidos, sino que es producto del apogeo de la Ilustración en Europa y con fuerte arraigo en Inglaterra y los países donde el imperio británico tuvo influencia, como Australia, Nueva Zelanda, Canadá, Sudáfrica, China, etc.

Es más, como bien lo destaca Muñoz Neira, con apoyo en la doctrina de Estados Unidos, en ese país perfectamente conviven 52 tipos de procesos penales diferentes, dado que cada Estado, más el sistema federal, tienen características que lo singularizan (2006, p. 123).

5 Dice un exmagistrado del Tribunal Superior de Bogotá: «mienten quienes sostienen que el nuestro es una copia (bien o mal calcada) del proceso penal de los Estados Unidos, o de Puerto Rico» (Cfr. Muñoz Neira, 2015, p. 337).

A su vez, el profesor Ambos prefiere hablar de un proceso «coordinado», para caracterizar el modelo del *common law*, el cual, según afirma, tiene muchos matices, aún en Gran Bretaña, donde se pueden observar diferencias procesales entre Inglaterra, Escocia o Irlanda del Norte (2003, 1-37).

Todo esto sin perder de vista que los tribunales penales internacionales, como el de Núremberg, Tokio, Sierra Leona, la antigua Yugoslavia y la Corte Penal Internacional han asumido su propia forma de modelo acusatorio, y en ellas también hay características propias que –teóricamente– deberían responder a lo *universalmente* aceptado.⁶

Por ello, cuando queremos encontrar el pedigrí de un sistema acusatorio «puro», ¿de cuál de estos sistemas estamos hablando?

Así, hay países y Estados que consideran adecuado que la fiscalía haga parte del ejecutivo e, incluso, que la elección del fiscal general sea por votación popular; otros que prefieren que siga haciendo parte de la rama judicial o que sea un órgano independiente. En otros lugares no existe algo denominado «principio de oportunidad», elemento que es frecuente hallar en varios países latinoamericanos que han adoptado el modelo acusatorio.⁷ La intervención de la víctima, la conformación de los jueces, la naturaleza de los recursos, las características y la dirección de la etapa intermedia,⁸ las facultades oficiosas del juez⁹ y la existencia del recurso extraordinario de casación, son algunos de los elementos que diferencian cada uno de los modelos que se autoproclaman acusatorios.

Esas características individualizantes que tienen los diferentes modelos adversativos fueron rápidamente entendidas por la Corte Constitucional, pues

6 La ubicación de las partes en la sala, la ausencia de jurado, los recursos, la presencia de víctimas y de *amicus curiae*, ya marcan diferencias notables.

7 El Código Nacional de Procedimientos Penales, adoptado en México, lo denomina «criterio de oportunidad».

8 En varios de los países que han adoptado el modelo acusatorio, como Chile y Costa Rica, el juez de garantías es quien dirige la etapa intermedia y decreta las pruebas que serían practicadas a instancias del juez que dictará la sentencia.

9 En Perú se puede decretar prueba de oficio y en México se puede imponer oficiosamente la prisión preventiva (medida de aseguramiento de detención en establecimiento carcelario) en casos de crimen organizado.

encontró que al sistema colombiano se le han incorporado algunos elementos que «le imprimen su identidad variada y compleja, adecuada a las necesidades y al entorno social e institucional colombianos» (sentencia C-144/10). Por ello, advierte que:

A la hora de estudiar las disposiciones de la ley procesal penal, no puede el intérprete partir del supuesto de que su contenido debe, a toda costa, adecuarse a un arquetipo determinado. El estudio de la ordenación dispuesta por el legislador sobre la materia y su valoración a la luz de la Constitución, en su propia especificidad y en su forma de participar en los fines del Estado. (*ib.*)

Por ese motivo, concluyó la Corte, la participación del Ministerio Público «es uno de los elementos estructurales del sistema procesal penal colombiano y, en ese sentido, implica que el carácter acusatorio» no sea el que el demandante quería, esto es, un «sistema puro que, a decir verdad, parece inexistente» (*ib.*).¹⁰ Entonces, cuando se quiere catalogar el linaje de un modelo, entre acusatorio o inquisitivo, podríamos estar ante una discusión anacrónica y, francamente, en desuso entre la doctrina especializada.

De acuerdo con lo expuesto en precedencia, no es posible hablar de *un* solo modelo de sistema acusatorio, sino de un grupo de procesos *de corte acusatorio*, esto es, que reúnen ciertos elementos compatibles con el *principio* acusatorio, es decir, con un juez independiente y una acusación que active su competencia para decidir. Lo demás son características que se han adoptado según las necesidades de cada país, su historia y su cultura, tal como oportunamente lo comprendió la Corte Constitucional para nuestro país.

Es más, esa misma Corporación, posteriormente, explicó que la participación del Ministerio Público, en el proceso penal de naturaleza acusatoria, «es una particularidad de nuestro sistema, garantizada por la Carta Política» (sentencia T-503/11).

Pero, ¿en realidad es de nuestra cosecha?, ¿o acaso puede aparecer en diferentes modelos acusatorios, pero con otra denominación? De eso se ocupa el siguiente apartado.

10 Subrayado no hace parte del texto original.

3. Del *amicus curiae* o la figura de *friend of the court*

a. Conceptualización

En un ejercicio de arqueología jurídica, todo parece indicar que la figura del *amicus curie* o «amigo de la corte» se remonta a la época de auge del derecho romano en el siglo IX, cuando los jueces acudían a ciertos abogados para encontrar en ellos algún concepto para decidir mejor un caso. Con la expansión del imperio romano, la idea se mantuvo entre los ingleses y, en general, en el derecho del *common law*, de manera tal, que fue alcanzando diferentes matices e importancia según las distintas regiones donde recibió influencia directa esa concepción jurídica.

Así, la actual figura tiene su hito en el derecho consuetudinario inglés desde el mandato del rey Eduardo III en el año 1300, cuando la función del *amicus* era proporcionar a la corte información legal imparcial que podría estar fuera de su alcance o experiencia. Hoy en día esa intervención se mantiene, con algunos rasgos diferenciadores, por lo cual se le suele denominar «*advocate to the court*».¹¹

En el derecho norteamericano el *amicus curiae* se define, conforme el comúnmente citado diccionario jurídico *Black Law Dictionary*, como aquel que da información a los tribunales sobre algún aspecto de la ley que esté en duda. La función de un *amicus curiae* es llamar la atención de las cortes en algún sentido que de otra forma escaparía de su atención (Gifis, 2003, p. 25).

b. Funcionamiento en perspectiva comparada

La Suprema Corte de Justicia de EE. UU. (2013, p. 53) declara, expresamente, conforme a la regla 37, que un *amicus curiae* puede llamar la atención de la Corte sobre algún asunto relevante que aún no ha sido traído para su discusión por las partes y que puede ser de considerable ayuda para la Corte.

Además, la función del *amicus curiae* puede variar según el Estado. Así, en Michigan se le ha entregado, además, la función de protección de menores de edad en determinados litigios (Condado de Oakland, Michigan, 2018). La Corte Suprema de Dakota del Sur (sentencia Ohlhausen v. Branaugh, 1960) ha indicado que la in-

11 Para un recuento detallado sobre el origen de la figura en Inglaterra, puede verse Chandra Mohan (2010, p. 352–374), quien halló registros de la figura en el derecho inglés desde 1353.

tervención de esta figura se hace a manera de consejo sobre un aspecto legal que ha escapado o podría escapar de la consideración del tribunal.

En Nueva Zelanda (Ministerio de Justicia, 2018), por ejemplo, se explica que el *amicus curiae* o «amigo de la corte» brinda apoyo a los tribunales, pero no como parte, sino ofreciendo información sobre un área particular de la ley o presentando argumentos legales en nombre de una parte no representada en juicio, y su presencia no requiere del consentimiento de las partes en el procedimiento.

En Sudáfrica, país con fuerte raigambre del *common law*, tal como señala Bric-khill (2006, p. 391), la Corte Constitucional de ese país ha establecido la participación de un *amicus curiae* en todos los asuntos, incluyendo los penales. Además, allí se ha considerado (Spies, 2016, p. 247) que la figura del *amicus curiae* añade legitimidad a la decisión judicial y mayor receptividad en el proceso democrático, del cual la justicia hace parte.

Mientras tanto, en Australia el papel tradicional del *amicus curiae* ha sido simplemente ayudar de manera independiente, mediante la presentación de argumentos orales, en la decisión del tribunal (Re, 1984, p. 522).¹² Lo mismo se ha dicho respecto de Canadá (por ejemplo, puede verse la regla 92 de las *Rules of the Supreme Court of Canada*).

En nuestra región, poco a poco los países que ya cuentan con sistemas acusatorios se han dado cuenta de la importancia de permitir la participación de la sociedad en los procesos penales, no solo por los intereses que trascienden a simples conflictos individuales, sino porque es una forma de garantizar la democratización de los procesos lo que, al final, genera mayor confianza en la administración de justicia.

En Paraguay, la Sala de Acuerdos de la Corte Suprema de Justicia resolvió admitir la participación del *amicus curiae*, «a fin de resguardar el más amplio debate como garantía esencial del sistema republicano democrático».¹³

12 En el mismo sentido puede verse en el caso contra ABC de 1997, <https://jade.io/article/67991>.

13 Corte Suprema de Justicia del Paraguay, Sala de Acuerdos, Acta n.º 479 del 9 de octubre de 2007.

En Argentina la situación ha sido análoga. Recientemente la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires reglamentó la Ley 14736, por medio de la cual se habilita la participación del *amigo del tribunal*, quien no tiene la calidad de parte, pero puede intervenir en el proceso, tanto si es una persona natural o jurídica, de derecho privado o de carácter público.¹⁴ En la ciudad autónoma de Buenos Aires la situación es equivalente, tal como se lee en la Ley 402 de 2000, artículo 22.¹⁵

A su vez, en los tribunales penales especiales, transitorios y permanentes, los cuales, en principio, deberían reflejar el consenso global sobre los principios básicos para la correcta administración de justicia, se ha visto una relevante participación del *amicus curiae*. Así, por ejemplo, en la Corte Penal Internacional (CPI), la regla 103 de las Reglas de Procedimiento y Prueba autorizan su intervención en diferentes modalidades.¹⁶ Lo propio puede verse en el Tribunal Internacional para Yugoslavia (regla 74), el Tribunal Especial para Sierra Leona (regla 74), el Tribunal para Ruanda (regla 74) y en la Corte Extraordinaria para Camboya (regla 33).

Ekaterina Kopylova sugiere que es posible que la CPI permita que un *amicus curiae* en casos específicos tenga facultades propias de una de las partes, como la posibilidad de investigar y ofrecer prueba sobre ciertos comportamientos.¹⁷

c. *Justificación en el derecho comparado*

Pero, ¿qué es lo que ha motivado a que los diferentes tribunales del mundo, regidos por el modelo adversativo, propio del *common law*, decidieran admitir la figura del *amicus curiae*?

14 Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires. Acuerdo n.º 00397, del 3 de junio de 2020.

15 También puede revisarse el Acuerdo n.º 28 de 2004 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, en Argentina, señaló que la figura del *amicus curiae* resguarda «el más amplio debate como garantía del sistema republicano democrático».

16 Un valioso ejemplo en ese tribunal puede verse en la participación de la Iniciativa de las Mujeres para la Justicia de Género, en el caso contra Jean Pierre Bemba Gombo, tal como se permitió en la decisión del 31 de julio de 2009.

17 Kopylova, E. (12 mayo de 2016). «Everybody has friends, why not the ICC: on the court's power to appoint *amicus Curiae* prosecutors». En *Opinio Juris*. <http://opiniojuris.org/2016/05/12/everybody-has-friends-why-not-the-icc-on-the-courts-power-to-appoint-amicus-curiae-prosecutors/>.

La respuesta puede verse, entre otros, en Brodie (2002), quien relata cómo en Canadá la figura *amicus* estaba disponible siempre que la estricta adherencia al formato de juicio adversativo condujera a una injusticia. Por ejemplo, ya en 1736, un juez se enfrentó a un caso en que podía privar a un tercero de sus derechos, por lo que necesitaba una forma de escuchar una intervención diferente a la de las partes. Así, permitió que el tercero interviniera como *amicus curiae*. A partir de allí, se desarrolló como «un instrumento altamente adaptable para tratar muchos de los problemas que surgen en los procedimientos adversativos».

Es que, tal como describe Bachmaier Winter (2008, p, 46), aun un proceso estrictamente de partes no es un proceso perfecto y sobre él deben también recaer ciertas críticas; de ahí que el modelo adversativo «no merece ser idealizado».

McLauchlan (2005) explicó, a propósito del sistema procesal estadounidense, que «los escritos del *amicus* responden a una deficiencia en el sistema adversativo: los casos específicos plantean preguntas generales que las partes no siempre tienen en cuenta».

La razón frecuente para explicar la presencia del «amigo de la corte» en el *common law* es que ha servido «como una herramienta útil y conveniente para superar las deficiencias del sistema de confrontación, que es esencialmente ‘partidario’ o ‘bipolar’» (Chandra Mohan, 2010).

Su participación en los procesos rituados bajo la naturaleza adversativa obedece a diferentes criterios, por ejemplo, grupos de interés, casos de complejidad alta, e incluso cuando en el juicio existe un interés público que podría ser representado por dicha figura.

Una comprensión tradicional del proceso acusatorio hace hincapié en los intereses individuales de los litigantes, y excluye correspondientemente la consideración de aquellos que no son partes y del público en general. Una alternativa a la jurisprudencia tradicional, dice Daly (1990, p. 389), basada en el individuo liberal (y su escepticismo hacia los argumentos de interés público) es un reconocimiento de la necesidad de integrar los intereses individuales y públicos, para encontrar coherencia entre ellos.

El *amigo de la función judicial*, si se le da un acceso amplio, agrega, puede servir como una herramienta de la pluralidad inclusiva, que reconoce una diversidad de puntos de vista sobre el interés público y el impacto de las decisiones legales sobre la sociedad (*ib.*). Con esta perspectiva, se ha observado la no tan reciente inclusión, como *amicus curiae*, de ciertos representantes del gobierno y agencias gubernamentales, como ocurre en Estados Unidos (*ib.*).

Allí pueden existir *amicus curiae* de naturaleza privada o pública. Uno de los casos más relevantes, dice la literatura, fue el conocido por la Suprema Corte de Estados Unidos en 1972, donde se debatía, en el fondo, aspectos relacionados con la libertad de credos. Allí, el Comité Nacional para la Libertad Religiosa Amish (NCARF, por sus siglas en inglés) impugnó una decisión que determinaba ciertas restricciones a sus creencias, obteniendo decisión favorable. Incluso, pueden defender posiciones de involucrados en casos donde se discuten derechos fundamentales, porque procuran «un movimiento importante a favor del cambio social», por lo que «además, al exponer las causas ante los tribunales, ellos [cumplen] con la importante función de atraer la atención hacia las dificultades» de ciertos grupos, por ejemplo, de los afrodescendientes.¹⁸ Es decir, se trata de realzar, en casos específicos, los intereses de la sociedad.

Por otra parte, «a diferencia de los grupos de interés privados, todos los niveles del gobierno pueden presentar informes de *amicus* sin pedir permiso». En todo caso, «a veces esos informes van encaminados a fortalecer la posición de una de las partes en litigio»; otras veces no se usan con ese fin, «sino para sugerir al tribunal la forma en que el caso debería ser resuelto»¹⁹, según el punto de vista del *amicus*.

Además, estudios de la misma Suprema Corte revelaron, según se afirma, que la participación del *amicus curiae* incrementó «en forma significativa las posibilidades de que la Corte accediera a conceder toda su atención a una causa»,²⁰ de lo que se desprende que el *amicus* es un valioso apoyo en el acceso a la

18 Oficina de Programas de información internacional del Departamento de Justicia de Estados Unidos. (2004). *Semblanza del sistema jurídico de EE.U.U.* Congressional Quarty Inc., p. 88.

19 *Ib.* p. 89.

20 *Ib.*

administración de justicia y un facilitador para el mejor control de instancias superiores de las decisiones del sistema judicial.

Ahora bien, las facultades otorgadas al amigo de la corte pueden diferir considerablemente entre los modelos implementados en cada país o Estado. La más difundida forma de intervención se relaciona con la emisión de conceptos. Sin embargo, en algunos tribunales se ha permitido que el *amicus* presente argumentos orales, examine testigos, presente pruebas e, incluso, haga cumplir las órdenes judiciales anteriores (Chandra Mohan, 2010).

Además, se ha dicho también que, cuando el amigo de la corte interviene en defensa del interés público, las facultades para debatir deben ser tan amplias como sean posibles, «en orden a incluir todos los elementos que pudieran conducir a un argumento razonado» (Daly, 1990).

Por ello, la figura del amigo de la corte tiene la potencialidad de otorgar un grado más alto de transparencia a la función judicial en los temas de interés público, por lo que puede convertirse en una herramienta «para fortalecer, transparentar y democratizar el debate judicial y, por extensión, asegurar el principio del debido proceso» (Ferrer McGregor, Martínez y Figueroa, 2014, p. 55).

Otros autores señalan que su participación «amplía el debate y eleva el nivel de discusión sobre el conflicto al incorporar argumentos que de otro modo no hubieran sido objeto de consideración por los jueces o las partes». ²¹ Tal ventaja, agrega el profesor Verbic, «puede considerarse valiosa en sí misma en el marco de cualquier república democrática» y, a su vez, «influye directamente sobre la calidad de la decisión porque enriquece la mirada de los jueces y permite descubrir nuevas perspectivas de análisis para el caso». ²²

El subcoordinador de la Defensoría del Pueblo en Argentina y profesor de la Universidad de Buenos Aires, Facundo Roitman, agrega del amigo del tribunal que «su funcionamiento se encuentra vinculado a los países de tradición anglosajona como elemento característico del *common law*» y, por tanto, «en el ámbito del derecho comparado, numerosos países han adoptado el Amigo del

21 Verbic, F. (2009). «Propuesta para regular la figura el *amicus curiae* en la Provincia de Buenos Aires». En *La Ley Buenos Aires*, 2009-14 / *La Ley Suplemento Actualidad*, Buenos Aires.

22 *Ibidem*.

Tribunal a sus sistemas jurídicos como una manera de fortalecer la legitimación de las decisiones que adopta el Poder Judicial en cuestiones de trascendencia institucional y pública».²³

Entre tanto, se suele preguntar si la posición del *amicus* debe ser totalmente imparcial, de tal forma que no pueda tomar partido. En ese sentido, el profesor Bazán (2005) señala que la exigencia de pureza e imparcialidad absoluta podría afectar la efectividad de esa figura, lo que la volvería totalmente inocua y sin ningún tipo de incidencia real en el caso, por lo que «en el fondo, lo más relevante es que dichas presentaciones pudieran añadir sustancia al debate público y enriquecer la situación y las condiciones en que el órgano de justicia interviniente se encuentre para pronunciar su sentencia».

d. Características

De acuerdo con lo expuesto, diferentes Estados que han incorporado el modelo acusatorio han permitido la participación de la figura del *amicus curiae* o amigo de la corte, quien se ha encargado de brindar información y argumentos al tribunal para una mejor decisión, a partir de su propia experiencia sobre los inconvenientes de un proceso radicalmente de partes, en especial, cuando hay intereses públicos que deben ser tenidos en cuenta al momento de decidir. Esto ha conducido, no solo a enriquecer el debate al interior de los respectivos procesos, sino que ha otorgado mayor legitimidad a la decisión final, gracias a la amplitud que ofrece la figura, como una vía adecuada para maximizar la intervención de la sociedad, como elemento necesario en una democracia participativa.

Sobre esta figura, el profesor de la Universidad de Alcalá, Francisco Pascual, luego de mostrar sus orígenes en el contexto del *common law*, reconoce que hay tres elementos básicos que la caracterizan: discrecionalidad para su participación, interés diferente del de las partes y, finalmente, que su participación puede ser escrita o verbal. Según se explica, la flexibilidad de la figura la ha caracterizado en los diferentes escenarios donde participa (litigios internacionales ante la OMC, cortes de derechos humanos, tribunales penales, etc.), incluso, se le ha confundido con la coadyuvancia. Pero lo más importante es que entrega información jurídica al tribunal,

23 Roitman Facundo, J. (31 de enero de 2021). «Cómo es la figura del "amigo del tribunal" en el sistema jurídico argentino». En *Palabras del Derecho*. <http://palabrasdelderecho.com.ar/articulo/2215/%EF%BF%BDComo-es-la-figura-del-Amigo-del-Tribunal-en-el-sistema-juridico-argentino>

no por un interés particular, sino «con el objeto de asegurar la correcta administración de justicia»,²⁴ al punto de que en ciertos ámbitos se le autoriza impugnar.²⁵

Entonces, es importante identificar las características generales que han permitido la participación del «amigo de la corte» en los diferentes procesos, desde los que se ventilan en algunos Estados de EE. UU., hasta los que se llevan en la CPI.²⁶ El profesor argentino Víctor Bazán (2014, p. 3) entrega algunos lineamientos generales sobre el *amicus curiae*, a saber:

- Pueden comparecer personas naturales o jurídicas;
- el *amicus curiae* no reviste carácter de parte ni mediatiza, desplaza o reemplaza a estas;
- su intervención no debe confundirse con la de un perito o de un consultor técnico;
- su actividad se ciñe a expresar una opinión fundada en defensa de un interés público o de una cuestión institucional relevante; y, por último,
- su intervención no vincula al tribunal actuante ni genera costas u honorarios.

4. ¿El Ministerio Público actúa como *amicus curiae* en el proceso penal colombiano?

En principio, pareciera que estas características no solo coinciden con la figura del Ministerio Público dentro del proceso penal en Colombia. Esto debería conjugarse con el análisis jurisprudencial realizado en precedencia, en el entendido que su presencia en el proceso está tanto legitimada, como que se constituye en un innegable imperativo constitucional.

En Colombia, además, el Ministerio Público es un organismo de control sobre la función pública, lo que incluye, naturalmente, la de administrar justicia. De esta

24 Pascual Vives, F. J. (2011). «El desarrollo de la institución del *amicus curiae* en la jurisprudencia internacional». En *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, p. 7.

25 Fiscalía c. Fulgence Kayishema (Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Caso n.º ICTR-2001-67-T, Decisión de 1-7-2008, párs. 15-17).

26 Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional. Particularmente la regla 103 señala la intervención del *amicus curiae* ante ese tribunal penal.

forma, se permite darle un poco de coherencia al ordenamiento jurídico al habilitar la revisión de las decisiones en instancias superiores a través de los recursos.²⁷

Esa participación ciudadana, y a la vez de control en el proceso penal, fue objeto de análisis cuando se pensaba en la implementación del proceso penal colombiano. Así, en la Comisión Preparatoria de la redacción del acto legislativo 03 de 2002 se propuso modificar directamente la Constitución Política, en lo que tiene que ver con las facultades del Ministerio Público, así:

Agréguese un párrafo al artículo 277 del siguiente tenor:

Parágrafo: la intervención que trata el numeral 7, en los eventos de procesos de naturaleza penal, tendrá lugar únicamente en la etapa de juzgamiento y en calidad de *amicus curiae*.²⁸

La idea, dijo en ese momento Jaime Granados Peña, era permitir su intervención en la «etapa de juzgamiento y en calidad de ‘amigo de la curia’», para lo cual trajo como ejemplo expreso lo sucedido en el juicio de Milosevic en el Tribunal para Yugoslavia, quienes tenían «la facultad de pedir pruebas y hacer exposiciones sobre las alegaciones finales dentro del proceso. Es decir, tiene todas las características de sujeto procesal».²⁹ Esa fue la visión que del Ministerio Público se tenía en la reforma constitucional que introdujo el sistema acusatorio.

En aquel entonces se dijo que no era conveniente que actuara en la etapa de indagación, por lo que Felipe Pinzón sostuvo: «no creo que dentro del sistema se desvirtúe la participación de la fiscalía; la vigilancia de la Procuraduría en la Fiscalía se fortalece y, con mayor sustento, si en el 116 la Fiscalía pertenece a la Rama».³⁰

En la siguiente oportunidad, concluyó Fernando Arboleda Ripoll, «la gente cree en el Ministerio Público *como control*. La función judicial no se excluye de la constitución», y agregó, «la procuraduría es una pieza fundamental y

27 CSJ SP, 15 jul 2020, rad. 52046.

28 Corporación Excelencia en la Justicia. (2002). *Reforma constitucional de la justicia penal. Actas de la comisión preparatoria y documentos de trámite legislativo*. Legis Editores. 1.ª edición, p. 145. Corresponde al Acta n.º 7, reunión Comisión Preparatoria, marzo 6 de 2002.

29 *Ib.*

30 *Ib.* P. 146

por las funciones que tiene constitucionalmente debe conservar el poder de intervenir en el proceso penal». ³¹

Al final, se prefirió mantener la redacción de aquel entonces y aún vigente, que permite la participación del Ministerio Público en todos los procesos judiciales, incluyendo el penal, a partir de los tres criterios establecidos en la Constitución: defensa del orden jurídico, la protección del patrimonio público y el respeto por las garantías y derechos fundamentales, de todos, no solo del procesado, sino de víctimas y testigos. Incluso, en la propuesta se dijo, luego de interesantes debates, que sería la ley la que establecería los casos en que regularía su participación dentro de este proceso. Por ello, prácticamente ninguna demanda de inconstitucionalidad planteada en contra de la participación el Ministerio Público dentro de un proceso marcadamente adversativo ha tenido prosperidad, ni tampoco en otros procesos de naturaleza penal. ³²

Por ello, en nuestro medio estamos ante un interviniente que tiene mayores facultades, pues no es solo un consejero del juez, sino un verdadero apoyo al orden jurídico nacional, un amigo de ese orden jurídico.

De hecho, esa condición, de ser algo más que un simple amigo de un tribunal, para ser un representante de la sociedad en salvaguarda de todo el ordenamiento jurídico, le faculta a disentir del respectivo juez o tribunal y, de esta manera, interponer recursos y acudir a instancias superiores.

Esto se hace obvio, tanto desde la doctrina constitucional, cuando el fiscal decide archivar la actuación y el Ministerio Público puede acudir al juez en revisión de esa determinación (Corte Constitucional, Sentencia C-1154/05), hasta en términos del Código de Procedimiento Penal, con la opción de acudir en casación o ser escuchado como no recurrente en esa clase de recursos ante la Corte Suprema de Justicia. Es decir, en todas las instancias del proceso se encuentra jurisprudencial y legalmente habilitado para actuar.

31 *Reforma constitucional de la justicia penal*, op. cit. p. 163. Acta n.º 8, reunión Comisión Preparatoria, marzo 14 de 2002.

32 Al respecto, pueden verse las sentencias C-399/95, C-479/95, C-047/96, C-389/96, C-196/97, T-649/96, C-568/97, C-805/02, C-966/03, C-591/05, C-210/07, T-293/13 y C-233/16 de la Corte Constitucional.

Ahora bien, este *amicus del orden jurídico* que representa intereses colectivos, y revestido de mayores facultades desde la Constitución, debe obrar de manera independiente, de tal manera que posiblemente en algunos casos sus opiniones puedan coincidir con una u otra de las partes. Pero no puede inclinarse de manera permanente y en todos los casos hacia una de ellas, por ejemplo, la Fiscalía, pues esto –ahí sí– desquiciaría el proceso de partes en desmedro de las garantías de cualquier procesado.

Por el contrario, serán las pruebas y el ordenamiento jurídico –sin ningún tipo de injerencias externas– las que deberán orientar el criterio del agente del Ministerio Público. Su labor está ceñida por los derechos humanos, la Constitución, las respectivas leyes, los intereses sociales, el patrimonio público, expresiones todas que se reflejan en el artículo 277 de la carta, pero que se pueden resumir válidamente en la defensa del orden jurídico, representado, principal, pero no exclusivamente, en la Constitución.

De hecho, es a partir de esa norma superior que se puede evaluar la pertinencia de los intereses de la sociedad en un caso concreto. Así, el preámbulo es el parámetro de hermenéutica inicial³³ para valorar los intereses de la sociedad colombiana, en el entendido que se debe asegurar la convivencia, la justicia, la igualdad y la paz, «dentro de un marco jurídico, democrático y participativo».

Además, el Estado debe garantizar esa participación de los miembros de la comunidad «en las decisiones que los afecten», de tal manera que se salvaguarde «la vigencia de un orden justo», tal como determina con claridad el artículo 2 de la Constitución Política. No es solo con la publicidad de los procedimientos que se garantiza la participación de la comunidad en el proceso penal, sino, además, con la intervención prevalente del Ministerio Público en las diferentes etapas de la actuación, como representante de esa sociedad.

Así, por ejemplo, acompañar las diligencias de allanamiento y registro en horas de la noche supone un reforzamiento a las garantías individuales de dignidad humana, inviolabilidad del domicilio e intimidad. Pero también es una

33 Para la Corte Constitucional, «el preámbulo goza de poder vinculante en cuanto sustento del orden que la Carta instaura y, por tanto, toda norma – sea de índole legislativa o de otro nivel – que desconozca o quebrante cualquiera de los fines señalados, lesiona la Constitución porque traiciona sus principios». (Sentencia C- 479/92).

garantía que refleja el interés colectivo de la sociedad, en que no se realizarán abusos en los procedimientos que resultan altamente invasivos, materializados en un horario sensible para cualquier habitante del territorio nacional.

Esa misma lógica se ha de aplicar en todos los escenarios. Por ejemplo, al definir la imposición de la medida de aseguramiento, el procurador debe actuar conforme a los elementos de convicción, no al sonar de los medios de comunicación o los intereses populares. El verdadero interés de la sociedad recae en la idea según la cual cualquier ciudadano pueda confiar en que el día que sea señalado de haber incurrido en una conducta penalmente reprochable, encontrará que la opinión del personero o del procurador se ceñirá estrictamente a los elementos de prueba y la ley.

Es esta es la mejor forma de hacer valer los derechos humanos y garantizar su papel como *amigo de la vigencia de un orden justo*.

5. Recapitulación

De lo expuesto hasta ahora se tiene que la labor del Ministerio Público ha encontrado fundamento de raigambre constitucional, independientemente del proceso judicial del que se trate, pues, sus labores implican un reforzamiento de las garantías individuales, así como la presencia e intervención de un representante de los intereses de la sociedad en los respectivos trámites. Esto también es predicable en el proceso acusatorio. Estados (como Dakota del Sur), miembros de mancomunidades (*commonwealth*), países y tribunales internacionales han admitido la presencia del *amicus* de forma expresa, a partir de las dificultades que han observado en un estricto y poco fiable proceso de partes o «bipolar».

Esta figura usualmente había sido entendida como un consejero, cuyas intervenciones servirían de guía para la mejor decisión del tribunal; sin embargo, en algunas legislaciones se les ha concedido más herramientas, dado que representan no solo intereses sectoriales, sino también intereses públicos, de la sociedad en la cual la decisión respectiva se adscribe.

Precisamente, la participación de un amigo del orden jurídico hace que las decisiones tengan un mayor componente democrático, con la participación de quien

representa los intereses colectivos y permite una mayor sensación de legitimidad en la administración de justicia.

Este último aspecto resulta de la mayor relevancia en los procesos penales colombianos, donde la frecuente deslegitimación política y el afán noticioso de ciertos medios de comunicación, sin perjuicio de aislados actos de corrupción judicial, han desdibujado la respetabilidad que los jueces tienen y deben tener, por lo que la participación e intervención del Ministerio Público, como amigo del orden jurídico, permite la consolidación de un modelo de enjuiciamiento que debería ofrecer mayores garantías a los ciudadanos.

Por eso, a partir del modelo de Estado social de derecho, la intervención del Ministerio Público no solo es admisible para entregar mejores herramientas a los jueces, sino que es lo más recomendable, en tanto que se convierte en el mejor canal para salvaguardar las garantías individuales y balancearlas adecuadamente con los intereses colectivos, cuando se hace necesaria la construcción de verdades procesales que permitan el afianzamiento de la paz social.

Este último apartado se ha hecho latente en escenarios tales como la aplicación del principio de oportunidad en casos donde los intereses de las víctimas colectivas (por ejemplo, en detrimento del patrimonio público) se han venido dejando de lado. O cuando se discuten mecanismos de aceptación de cargos, donde las rebajas otorgadas no solo son incompatibles con los lineamientos de política criminal diseñados desde la Ley 906 de 2004, sino que no coinciden con el restante ordenamiento jurídico, reconociendo atenuantes por la ira en delitos patrimoniales o marginalidad en delitos de cuello blanco. En ambos casos, en términos generales, operaría el principio dispositivo de justicia consensuada por las partes. Pero es allí donde, entre otras hipótesis, el Ministerio Público debe intervenir para conceptuar o impugnar, como el mejor aliado del ordenamiento jurídico. El papel del Ministerio Público de esta forma puede ser, según la sentencia C-233/16 de la Corte Constitucional, *realmente preponderante* en un sistema que interesa, no solo a las partes, sino a la sociedad en general.

Cualquier interpretación que restrinja esa calidad de interviniente especial y preponderante, de participación imperativa (según lo analizado), resulta contraria a la carta política, y se le estaría negando a la sociedad –representada por el Ministerio Público– el acceso a la administración de justicia, en oposición al

preámbulo y al artículo 2 de la Constitución, en tanto no se le permitiría a aquella participar en las decisiones que le afectan.

En este orden de ideas, el interés público y la salvaguarda del orden jurídico, incluyendo los derechos de los procesados, hacen sumamente relevante la participación del Ministerio Público dentro del proceso penal de corte acusatorio, como una forma de democratizar el debate, robustecer los argumentos, otorgar una mayor legitimidad a las decisiones judiciales y, en últimas, hacer más transparente el sistema de justicia. Por ello, ese Ministerio Público es el *amigo del orden jurídico* y, especialmente, de un proceso penal que sea consecuente con los mandatos contenidos en el preámbulo y el restante articulado de la Constitución Política.

Capítulo II



¿EL MINISTERIO PÚBLICO AFECTA EL EQUILIBRIO DE OPORTUNIDADES O LO QUE SE SOLÍA LLAMAR IGUALDAD DE ARMAS?³⁴

34 Este capítulo es una versión resumida del artículo «A propósito de la idea de "igualdad de armas" en el proceso penal», publicado en Nuevo Foro Penal (enero – junio 2021), 17(96). Medellín: Universidad Eafit, p. 13 y ss. <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/6868/5191>

En diferentes escenarios del ámbito penal se suele invocar irreflexivamente la expresión *igualdad de armas*; sin embargo, pocas veces se le ha dado un verdadero contenido a esa idea, con precisión, acerca de sus alcances y repercusiones en un modelo con marcada tendencia adversativa como el que existe en Colombia. De ahí que su uso se haga más bien como parte de discursos ambiguos o para justificar determinadas convicciones personales.

Por tanto, en el presente apartado se busca identificar realmente a qué concepto deberíamos acudir para referirnos a la idea subyacente en la igualdad de armas, cuáles son los balances razonables y cuáles desigualdades procesales resultan proporcionadas en el sistema penal. Se intentará abandonar esa premoderna idea y buscar un concepto un poco más preciso que comprenda los equilibrios exigidos en función de las garantías individuales y sociales. Además, se mostrará de qué forma la intervención de otras voces en el sistema de justicia podrían o no incidir en dichos balances. Igualmente, se mostrará por qué la idea de igualdad, en su mayor exégesis, implicaría someter a una serie de injustificadas cargas al imputado que resultarían ilógicas y antigarantistas.

1. Aproximación conceptual

Cierta tarde, alguien lanzaba estas palabras: «Escuchen esto, ustedes jueces, que en este día ni he comido, bebido, ni sobre mí ni piedra caliza ni hierba, ni ningún encantamiento, hechicería o brujería».³⁵

35 Sterling Silver, J. (1990). «Equality of arms and the adversarial process». En *Wisconsin Law Review*. 1007, p. 44.

De esta forma comenzaban las ordalías como antigua forma de buscar la verdad a través de combates a finales de la edad antigua. Se afirma que esta forma de resolución de disputas nació en la época de Gundebaldo Candiaco, hijo de Chilperico I, rey de los burgundios en tierras francesas, por allá en el año 501 d. C.,³⁶ según la cual el «tribunal» estaría dispuesto en un campo abierto y las partes estarían «vestidas con una armadura, con sandalias rojas, de las piernas desnudas rodilla hacia abajo, con la cabeza descubierta y con los brazos desnudos hasta los codos».³⁷

La idea, entonces, era que las partes en este juicio por combate³⁸ tuviesen la misma protección y armamentos.³⁹ El concepto de igualdad de armas nació allí, aunque con ciertas objeciones por la literatura especializada.⁴⁰ Era una

36 Sin embargo, se sostiene que la explicación puede verse en el derecho romano (imperante por aquel entonces en esa parte de Europa), con una fuerte conexión con los duelos entre gladiadores. También se ha difundido la teoría según la cual el César, cuando vio que dos de sus centuriones no lograban resolver una disputa, dispuso que se ubicaran en las filas enemigas para probar su valor. Incluso, se afirma que sus orígenes se remontan a las Sagradas Escrituras, al identificar duelos en Caín y Abel, o entre David y Goliat. Se agrega que tales combates tenían la misma lógica de las guerras, en las que las espadas serían guiadas por Dios quien, en este caso, protegería a los inocentes. Es más, los duelos también podrían cobijar a los testigos, «ya que cada hombre debe estar listo para defender con su espada la verdad que atestigua y someterse al juicio del Cielo». Cfr. Millingen, J. G. (1841). *The history of duelling. Vol. 1.* Samuel Bentley Print., Londres, p. 23 y s.s. Otros autores suelen ubicarlo como parte del principio *audi alteram partem*, atribuido a San Agustín de Hipona, en el siglo IV d. C. Así, Cole, Rowland JV. (2012). En «Validating the normative value and legal recognition of the principle of equality of arms in criminal proceedings in Botswana». En *Journal of African Law*, 56(1), 68.

37 Federova, M. I. (2012). «*The principle of equality of arms in international criminal proceedings.* Utrecht: Utrecht University, p. 15. Otras prácticas posteriores incluían el poner un centavo en cada uno de los dedos de los guantes de los combatientes y jurar que no habían acudido a encantamientos o hechicería. Al respecto ver Leeson, P. T. (2011), «Trial by battle», en *Journal of Legal Analysis*, Harvard Law School, primavera de 2011, 3(1), Boston, p. 341.

38 Que en su tiempo fue denominado por Montesquieu (1845) como una «monstruosidad». Así, *El Espíritu de las leyes*, traducida por don Narciso Buenaventura. Madrid: Imprenta Don Marcos Bueno, p. 258.

39 Esta idea de juicios por combate se mantuvo durante toda la Edad Media. Es más, el concepto de «igualdad» en las armas llegó al extremo de imponer que los duelos tuviesen lugar a medio día, para que ninguno de los contendientes pudiese aprovechar de mejor forma el sol. Así puede verse maravillosamente dibujado en el *Sachsenspiegel* (espejo sajón, podría ser su traducción literal), un código escrito en Dresden en 1220, disponible en <https://dl.wdl.org/11620/service/11620.pdf>, p. 47.

40 En efecto, con el tiempo se incorporó la idea del «campeón» de las partes: un contendiente contratado por los involucrados en el conflicto que pelearía en nombre de cada uno de ellos. Sin embargo, esta iniciativa siempre favoreció a los señores feudales, quienes tendrían mejores posibilidades económicas de contratar al más aventajado de los luchadores de la región, por lo cual, la idea de igualdad también resultaría en aquel tiempo bastante relativa. Así puede verse en Leeson, P. T. *Op. cit.* p. 346.

garantía para la resolución de conflictos, particularmente de naturaleza civil, entre dos contendientes; por lo que serían las deidades quienes otorgarían la razón a aquel que lograra vencer al oponente. Desde entonces es común (y válido) acudir a la idea de igualdad de armas en los casos de litigio entre particulares.

Por cierto, no es común encontrar la expresión *igualdad de armas* en los textos del proceso penal inspirado en el *common law*, como Estados Unidos.⁴¹ Más bien, dicho concepto hace parte de los modelos de Europa continental y se puede ver en algunos tribunales penales internacionales, dados los miembros que vienen de esos sistemas de juzgamiento (*civil law*).⁴² Por tanto, en las páginas que siguen será frecuente acudir a las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de cortes *ad hoc*, que se han ocupado del tema.

Sin embargo, desde ahora hay que reconocer que podría ser incorrecto hablar de igualdad de armas en el proceso penal y, menos, luego de las garantías alcanzadas a favor de los imputados después que Gundebaldo dejó de revisar rodillas y sandalias. Por ejemplo, en el derecho sancionador no existe esa igualdad (ni debe existir) cuando la carga de la prueba sobre la responsabilidad lo debe asumir, por mandato constitucional, una de las partes, cuya natural consecuencia es la presunción de falsedad de su tesis, representada en la contrapartida de inocencia con la que se ha de partir en un proceso penal a favor del imputado.

41 De alguna forma el concepto de *equality of arms* se menciona en ciertos textos británicos, dada la influencia que en su momento recibió del Tribunal de Estrasburgo, cuya competencia había reconocido, hasta hace poco. Así puede verse con facilidad en Richardson P.J. (2014), *Archbold*, Thomson Reuters / Sweet & Maxwell, Londres, p. 1827. Pero algo similar rara vez se puede encontrar entre la doctrina norteamericana. En algunos artículos (Cfr. Santos Ramos, M. (enero-junio 2017). «La participación de la víctima y el principio de igualdad de armas». En *Cuadernos de derecho penal*, Universidad Sergio Arboleda, p. 68) se trata de buscar tal noción en la jurisprudencia norteamericana, como en las decisiones como *Brady c. Maryland* (1963), *Roviaro c. Estados Unidos* (1957) o *Kyles c. Whitley* (1995), pero lo cierto es que en ellas jamás se usa dicha expresión; a lo sumo la expresión *fair trial*, que simplemente se traduce como *juicio justo*.

42 El fundamento de este enfoque explica Taruffo, es que en la teoría del proceso civil se busca, de forma preferente, resolver el conflicto, pero no establecer la verdad. En los sistemas de *civil law*, agrega, «el acento se pone frecuentemente en los intereses de los particulares (...) más que en el interés general de la sociedad en su conjunto», de esta forma, las pruebas se conciben como «un mecanismo que las partes pueden usar en la defensa de su propia causa individual, o simplemente como una manera de cumplir con las cargas procesales». Taruffo, M. (2008). *La prueba*. Madrid: Editorial Marcial Pons, p. 22.

Igualmente, no habría plena igualdad cuando se nota la diferencia de recursos económicos de alguno de los dos contendientes: el fiscal ante la Corte contra un defensor público; o el defensor con suficiente capacidad económica y elevados honorarios, que le permiten contratar a los peritos más destacados,⁴³ frente a un fiscal en un pequeño poblado apartado sin policía judicial asignada. O numéricamente: la cantidad de defensores según los procesados que comparecen ante el juez, 10, 15 o 20, frente a uno o, acaso, dos fiscales. De la misma forma, la disposición a declarar de los testigos que, en el caso concreto, respalden una u otra tesis.⁴⁴ Igualmente, la imposibilidad de condenar únicamente con prueba de referencia, pero sí de obtener una sentencia de absolución con ella, entre otros,⁴⁵ son factores que determinan que el concepto de igualdad de armas en el proceso penal no solamente puede ser inadecuado, sino que, en ciertos casos, puede resultar contraproducente predicarlo en relación con una persona que es señalada de haber cometido un delito, si tenemos en cuenta que la ley permite situaciones desiguales que favorecen (y deben favorecer) al procesado, como parte de las garantías judiciales, bastante aceptadas hasta nuestros días. De ahí que Maier sostenga que las facultades de ambas partes sean «jurídicamente imposible de equiparar».⁴⁶

43 Rondón, Y. (julio de 2012). «Unmasking equality of arms», en *The student appeal*, explica que es muy común, incluso, ante los tribunales internacionales, que aparezcan «equipos de superdefensa», como sucedió en los casos de Saddam Hussein y Uros Karadzic.

44 La experiencia judicial enseña que es más complejo contar con la disposición a declarar de un testigo de cargo, que uno de descargo. Pero, en todo caso, el orden de presentación de los testigos es también relevante.

45 Laudan, en el contexto del sistema federal estadounidense (que algunos impropriamente denominan puro), identifica, solo en tema de pruebas, al menos 16 reglas que favorecen el camino de la absolución. Por ello, sostiene que «los entusiastas de este eslogan [de igualdad de las partes] pretenden hacernos creer que, si no formulamos reglas probatorias y procedimentales a favor del acusado, el acusado inicia 'el juego' con grandes desventajas. El juego – adoptando esta engañosa metáfora por un momento – (continúa Laudan) ya se inicia con una fuerte inclinación a favor del acusado dado el estándar de prueba (...) sin importar si es culpable o inocente». *Cursiva es del texto original*. Laudan, L. (2013). *Verdad, error y proceso penal, un ensayo sobre epistemología jurídica*. Madrid: Ediciones Marcial Pons, p. 2017. En un texto posterior identifica «más de 30 reglas de uso cotidiano» que generan asimetrías en las cargas probatorias, en beneficio del procesado. Cfr. Laudan, L. (2016). «Por qué las reglas procesales asimétricas hacen imposible calcular un estándar de prueba racionalmente justificado». En *Debatiendo con Taruffo*. Ferrer Beltrán y Vásquez Carmen (coeds.). Madrid: Marcial Pons, p. 344.

46 Maier, Julio B. J. (1999). *Derecho procesal penal*. Tomo I. Fundamentos. 2.ª edición. Buenos Aires: Ediciones del Puerto, p. 578.

Por ello, cierto sector de la doctrina, aunque siga utilizando al rótulo tradicional (igualdad de armas), comprende adecuadamente que el sentido es realmente otro, como se explicará en el siguiente apartado. Así, por ejemplo, se precisa que las partes «estén provistas de las mismas facultades y de las mismas oportunidades», por lo que el juzgador está en el deber de oírlos de igual manera.⁴⁷ De ahí que, se ha señalado, «no se puede hablar de igualdad de armas en sentido absoluto, sino por el contrario de *igualdad de oportunidades*».⁴⁸ En otras palabras, es una garantía según la cual «el acusado no debe ser privado de sus derechos procesales fundamentales en relación con el fiscal»⁴⁹ o, como señala la Corte Constitucional, lo que se debe promover es una «igualdad de oportunidades e instrumentos procesales».⁵⁰

De esta forma, Roxin y Schünemann concluyen que el concepto de igualdad de armas es «confuso»⁵¹ y agregan que, por un lado, es ilusorio y, por otro, es inadecuado afirmar que debe dársele trato igual a la acusación respecto de la defensa.⁵² Es un yerro común. Por eso Baumann dice que «hoy ya no se puede hablar de igualdad de armas», sino más bien, «de una relación equilibrada entre derechos y deberes» entre fiscalía y defensa.⁵³

47 Morales Marín, G. (2005). Sistema Penal Acusatorio. Reflexiones jurídicas, económicas y sociales de la reforma. Bogotá: Fiscalía General de la Nación - Pontificia Universidad Javeriana, p. 33.

48 Oré Guarda, A. (2011). Manual de derecho procesal penal, Tomo I. Lima: Editorial Reforma, p. 151. En igual sentido, Neyra Flores, J. A. (2015). Tratado de derecho procesal penal. Lima: Idemsa, p. 259, al manifestar que se trata de «equiparar las posibilidades del imputado respecto de aquellos que poseen los órganos de persecución penal del Estado en el proceso».

49 Marin, M. «Adversarial principle, the equality of arms and confrontational right – European Court of Human Rights recent». En European Union and comparative law issues and challenges. <https://hrcaj.srce.hr/ojs/index.php/eclj/article/download/6519/3428>

50 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-127/11.

51 Roxin, C. y Schünemann, B. (2017). Strafverfahrensrecht. C.H. Beck. Múnich, p. 71. Para los autores, no es posible hablar de esa igualdad, cuando carece el «imputado, por ejemplo, en el caso de un testigo de descargo, el derecho a realizar por sí mismo una investigación» que sea consecuente con el Código Procesal penal alemán.

52 También sugieren que la posición de la defensa pueda ser más favorable «de carácter compensador» en el juicio oral frente a la fiscalía. Roxin y Schünemann, op. cit. p. 71.

53 Baumann, J. (1986). Derecho Procesal penal. Conceptos fundamentales y principios procesales. Buenos Aires: Ediciones de Palma, p. 36. Un planteamiento adicional, a propósito del equilibrio de posibilidades, hace viable el hallazgo de la verdad y, por tanto, dice Baumann, «es mejor que el proceso angloamericano».

En consecuencia, parece que la denominación más adecuada es la propuesta por los profesores de la universidad de Múnich, por lo que en lo sucesivo se acogerán otros conceptos, como el de **balance procesal** (*Verfahrensbalance*), que los autores mencionados con precisión utilizan,⁵⁴ pues permite representar mejor la idea de un proceso con **equilibrio de oportunidades** ya mencionadas.

¿En qué consiste concretamente ese equilibrio? A continuación, algunas ideas básicas.

2. Características y desarrollo del equilibrio de oportunidades

Así como ha sido difícil lograr un consenso sobre el real contenido de lo que se había denominado como «igualdad de armas», también ha resultado complejo determinar cuáles son sus alcances. Por ejemplo, para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a propósito de un caso civil, la predicada igualdad se traduce en la posibilidad del *demandado* de tener «una oportunidad razonable de presentar su caso ante la corte bajo condiciones que no lo ubica en una *desventaja sustancial, vis a vis*, frente a su oponente».⁵⁵

Por su parte, si se toma en cuenta lo dicho por la Corte Constitucional, con apoyo en jurisprudencia española, el concepto analizado implica la oportunidad que tienen las partes de actuar con «las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación».⁵⁶ El problema de esta cita es que toma en cuenta un precedente ibérico dictado en un proceso que no es de naturaleza penal. Esto es crucial al analizar la relevancia de lo que es objeto de discusión, pues no será lo mismo

54 Dicha expresión también es acogida por varios autores, por ejemplo, Maier, Julio B., op. cit. p. 579, aunque en otros apartes usa la noción de «igualdad de posiciones». Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos utiliza reiteradamente la expresión «equilibrio procesal», tal como puede verse en las sentencias Escué Zapata c. Colombia, Atala Riffo y niñas c. Chile, Mohamed c. Argentina, Norín Catrimán y otros c. Chile, Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) c. Ecuador, Granier y otros (Radio Caracas Televisión) c. Venezuela, Nadege Dorzema y otros c. República Dominicana, Masacre de El Mozote y lugares aledaños c. El Salvador, Radilla Pacheco c. Estados Unidos Mexicanos, Mémoli c. Argentina, Guidel Álvarez y otros (Diario Militar) c. Guatemala, Furlán y Familiares c. Argentina, entre otros.

55 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Kaufman c. Bélgica, decisión de 9 de diciembre de 1986. En igual sentido, Comisión Interamericana de Derechos Humanos (7 de septiembre de 2007), «El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos».

56 Corte Constitucional, sentencia C-591/05. Se hace expresa mención a la sentencia STC 90/1994 del Tribunal Constitucional español.

presentar un caso que involucre intereses particulares, a uno donde las preocupaciones sociales en la solución adecuada del caso trascienden tales intereses.

Por tanto, afirmar que en el sistema penal acusatorio —como lo sugiere el tribunal constitucional— deben existir las mismas cargas de prueba, resulta impreciso. En efecto, tal como se insinuó previamente, el deber de fundamentar los hechos constitutivos de la infracción penal corresponde al órgano de acusación, es decir, a la Fiscalía General de la Nación o, en cuanto corresponda, al acusador particular. Por ello, las cargas de las partes en el proceso penal no son equivalentes, como se verá en el apartado siguiente. Bastaría anticipar con que la defensa puede hacer consistir su estrategia en no probar nada.

En cambio, según Ferrajoli, tras reconocer desequilibrios institucionales en el proceso penal, ha de buscarse la paridad, para lo cual se precisan de dos condiciones. Por una parte, que el imputado esté asistido por un defensor en situación de competir con la fiscalía. Por otro lado, es necesaria la presencia del imputado y su defensor «en todas las actividades probatorias».⁵⁷

Por otra parte, para Andrade Castro y Córdoba Angulo, ese equilibrio descansa en dos presupuestos: la igualdad de oportunidades para recoger evidencia y la similitud de potestades atribuidas a las partes. Es decir, que no existan «privilegios o prebendas para alguna de las partes».⁵⁸

Este criterio ha sido entendido también como una manifestación del derecho a la contradicción, de tal suerte que permite realizar recaudo probatorio, que facilite la controversia de los medios de conocimiento que presente la Fiscalía «en lo que dentro de la dogmática procesal se conoce como *igualdad de oportunidades*».⁵⁹

57 Ferrajoli, L. Derecho y razón. Teoría del garantismo Penal. Madrid: Editorial Trotta, p. 614.

58 Andrade Castro, J. y Córdoba Angulo, M. (2007). Estructura básica del sistema procesal colombiano. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 25. Sin embargo, señalan que «deben tener igual valor la evidencia recogida por el ente investigador y la que recaude la defensa o la víctima». De esta reflexión, tal como se señala a lo largo de este escrito, la igualdad de oportunidades debe ser para aquellos que participan del proceso, incluida la víctima. Pero que el peso de lo recogido sea igual no es muy preciso. En efecto, ese ejercicio debe pasar por análisis de admisibilidad, práctica y, posteriormente, valoración. Es el último eslabón. La valoración de esa evidencia, en términos epistémicos, puede tener un peso diferente, según las circunstancias del caso, eso sí, con independencia de quien la haya presentado.

59 Cabezas Martínez, C. y Velasco Muñoz, J. (2018). Principios rectores del sistema procesal penal con tendencia acusatoria. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, p. 51.

Bernal Cuellar y Montelaegre Lynett sostienen que los modelos adversativos exigen que las partes se «presenten y actúen en el proceso en condiciones de *igualdad relativa*»⁶⁰. Particularmente, destacan dos características: igualdad de oportunidades para recoger evidencia y «potestades *similares*».

En el primer punto, advierten que en ciertos casos posiblemente la defensa no tendrá los mismos medios de los que dispone el Estado, para lo cual es necesario que puedan aprovechar «de alguna manera» la infraestructura investigativa del Estado a favor suyo. Además, esa igualdad relativa hace que «no todas las potestades que se reconocen a una de las partes son trasladables a la otra», por lo que, para superar esos problemas, se habilita a la defensa para que acuda al juez de garantías. Es decir, no existe una plena igualdad, pero que tal distinción, agregan, resultaría válida dado que de esta forma se armoniza ese fin pretendido con «el deber estatal de proteger derechos fundamentales».⁶¹

Por eso Chaia dice, con gran razón, que la expresión *igualdad de armas* resulta engañosa, pues no se le otorga al imputado, por ejemplo, el derecho de conducir los actos de la investigación o utilizar la fuerza pública, ni otros medios que sí tiene a su alcance la fiscalía.⁶² Estas facultades, al menos en Colombia, se basan en temas de urgencia y de la ubicación de la Fiscalía dentro de la rama judicial (C.N., art. 116), así como en las obligaciones de ejercer la acción penal y evitar la impunidad de comportamientos altamente lesivos para los intereses constitucionalmente relevantes.

Para Cafferatta Nores la igualdad mencionada se expresa de la mejor forma como respeto al «principio contradictorio», lo que habilita a refutar la tesis de la parte opuesta, para lo cual se requiere el reconocimiento de «iguales atribuciones» a las partes en la posibilidad de producir pruebas, controlar las de la contraparte, argumentar ante los jueces su fuerza de convicción y de contar con las mismas posibilidades de intentar lograr el acogimiento por la jurisdicción del interés defendido por dicha parte.⁶³

60 Bernal Cuéllar, J. y Montealegre Lynett, E. (2004). El Proceso penal. Fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio. Tomo I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 126.

61 *Ib.*, p. 127. Más adelante sostienen que «de autorizarse a la defensa la afectación de derechos fundamentales, se introduce en el sistema constitucional un factor que restringe de manera grave la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, pues se legitimaría a un particular que, sin que existan mecanismos específicos de control, afectara derechos fundamentales» (p. 301).

62 Chaia, R. (2010). La prueba en el proceso penal. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, p. 334.

63 Cafferatta Nores, J. I. (2000). Proceso penal y derechos humanos. Buenos Aires: Ediciones del Puerto, p. 13.

En suma, podríamos decir que en nuestro medio dicho equilibrio de oportunidades o balance procesal en el derecho penal se podría fundamentar, principalmente, en los siguientes *siete criterios*:

- i. posibilidades relativamente simétricas de recaudar evidencia;
- ii. oportunidad para suministrar y solicitar el descubrimiento de pruebas que se pretendan usar en juicio;
- iii. solicitar, con las cargas argumentativas paritarias, las pruebas que se pretendan hacer valer y de oponerse a la presentación de las de la parte opuesta;
- iv. analogía en el trato hacia los testigos de las partes durante su práctica;
- v. capacidad de presentar alegatos en tiempos y oportunidades simétricas;
- vi. equivalencia de facultades para impugnar las decisiones adversas;
- vii. contar con un defensor con capacidad de refutar la tesis de la Fiscalía.

Ahora, veamos cuál es el panorama vigente de estos siete criterios en la legislación colombiana.

- i. *Sobre la posibilidad de recaudar evidencia por parte de la defensa.* A diferencia de lo que ocurre en algunos modelos latinoamericanos, en Colombia aparece expresamente señalado en el artículo 125 del Código de Procedimiento Penal, la facultad que tienen los defensores de recoger elementos probatorios por iniciativa propia y sin tener que acudir a la Fiscalía.⁶⁴ De hecho, la exigencia que allí se imponía al defensor, en relación con la certificación expedida por la Fiscalía para tal fin, fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-536/08. Adicionalmente, para ejercer la facultad de recoger evidencia no hace falta que se haya vinculado formalmente al imputado a la investigación, sino que ello puede ocurrir también durante la indagación preliminar,⁶⁵ contando, incluso, con la posibilidad de acudir para tal fin al juez de control de garantías.⁶⁶

64 Corte Suprema de Justicia: CSJ AP, 1 de dic 2010, rad. 35342; CSJ AP, 6 de ago 2019, rad. 52161; CSJ AP, 5 dic 2018, rad. 53611; entre otras.

65 Corte Constitucional, sentencia C-799/05. En igual sentido, sentencia C-210/07. En tiempos más recientes se ha reconocido la posibilidad de conocer durante la indagación, por ejemplo, los hechos de la denuncia (CSJ STP, 14 ag. 2018, rad. T99851; CSJ STP, 7 de jun 2018, rad. T98746; CSJ STP, 1 mar 2018, rad. T96859;

66 Vgr. Corte Suprema de Justicia, CSJ STP, 3 may 2017, rad. T91096, CSJ AP, Dic. 1 de 2010, Rad.

En lo que se refiere al aprovechamiento *relativo* de la infraestructura del Estado, bien puede cotejarse, no solo con la misma norma, sino con el artículo 204 de ese código, al precisar que el imputado o su defensor pueden solicitar el «auxilio y apoyo técnico-científico» al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.⁶⁷

Esa misma relatividad, esta vez, en los actos de investigación, la destacan los profesores Bernal Cuellar y Montealegre Lynett. En efecto, la Constitución autoriza que ciertos actos de investigación con incidencia en derechos fundamentales puedan ser desplegados directamente por la Fiscalía, sin necesidad de autorización previa de un juez de garantías.⁶⁸ Ha de referirse, por ejemplo, a diligencias de allanamiento, registro, búsqueda de información producto de la transmisión de datos e incautación o interceptación de comunicaciones. La facultad de realizar los mencionados actos de investigación, sin necesidad de autorización previa, no está conferida a la defensa, como tampoco al acusador privado, a las víctimas o al Ministerio Público. En cambio, la defensa está plenamente facultada para realizar otros actos de investigación cuando no tienen incidencia alguna en derechos fundamentales, sin que para ello se precise intervención del juez de garantías.

- ii. *Posibilidad de suministrar y solicitar el descubrimiento de la evidencia.* Salvo lo que se indicará en el apartado siguiente, el equilibrio procesal también se manifiesta en el descubrimiento probatorio. Las partes han de conocer oportunamente lo que utilizará el oponente, lo que garantiza que ambos lleguen en paridad de condiciones al juicio.⁶⁹ Esto, por demás, toma distancia de algunos modelos del *common law* en los que la fiscalía puede conocer las evidencias de la defensa antes del juicio oral o, en otros casos, solo podrá conocer lo que ella presentará cuando la fiscalía ha con-

35432; CSJ AP, feb. 23 2011, Rad. 35870; y CSJ AP, 12 Sep. 2012, Rad 39602.

67 Pero sí hay que reconocer las múltiples dificultades que en ocasiones padece la defensa para acudir directamente a Medicina Legal. Por ello, sin que sea legalmente obligatorio, se ha optado por la orden del juez de garantías para tal fin.

68 Al respecto, sentencia C-336/07 de la Corte Constitucional.

69 Por ejemplo, la posibilidad de conocer el informe que será la base de la opinión pericial. Cfr. CSJ SP, 17 sept 2008, rad. 30214.

cluido la presentación de su caso (*chief in case*),⁷⁰ lo que justifica que en esos contextos tenga mayor relevancia la prueba de refutación.⁷¹

- iii. *Solicitud de prueba*. Igualmente, ha de existir un equilibrio en cuanto a las posibilidades de ofrecimiento de prueba. En el proceso penal no hay un límite máximo, de rango legal, respecto del número de testigos que las partes puedan convocar, ni sobre el tipo de prueba que, según el rol, puedan proponer.⁷² Lo único que se les exige a ambas partes es que lo hagan en el momento oportuno⁷³ y que entreguen una carga argumentativa suficiente sobre su pertinencia, en los términos del artículo 375 del Código de Procedimiento Penal⁷⁴ y, en algunos casos, de admisibilidad o de utilidad.

Además, ambas partes tienen la posibilidad de oponerse, en pleno equilibrio, de la solicitud de pruebas que ha hecho la contraparte, a través de la petición de exclusión, rechazo o inadmisión de medios de conocimiento que, por ejemplo, hayan sido obtenidos con violación de garantías fundamentales o que no hayan sido descubiertos, o que no se haya argu-

70 Las diferentes prácticas entre estados en los Estados Unidos, así como las subreglas sobre descubrimiento de la defensa pueden verse en Whitebread C. y Slobogin C. (2008). *Criminal Procedure an analysis of cases and concepts*. Foundation Press, 5.ª Edición. Nueva York, p. 682. Igualmente, en Bergman P. y Berman S. (2009). *Criminal Law Handbook*. 11.ª Edición. Berkeley: Nolo editores, p. 338. También hay que precisar que en el procedimiento inglés no existe obligación para la fiscalía de descubrir ningún tipo de información mientras la investigación avanza. Al respecto, Jackson J. D. (2005). «The effect of human rights on criminal evidentiary processes: towards convergence, divergence or realignment?» En *The Modern Law Review*. Oxford: Blackwell publishing, p. 737. En sentido contrario, en nuestro medio, la sentencia C- 559/19 prácticamente permite el descubrimiento desde la fase de indagación.

71 Sobre el tema, Guzmán Díaz, C. A. (2022) «La prueba sobre la prueba». En Libro Homenaje a Jorge Arenas Salazar. Universidad Nacional de Colombia.

72 Así, la Corte Suprema de Justicia ha explicado que la defensa no tiene que depender de las solicitudes probatorias de la Fiscalía: Cfr. CSJ AP, 26 jun 2019, rad. 50678; CSJ AP, 26 abr 2017, rad. 46965; y CSJ AP, 11 dic 2013, rad. 39449. También ha explicado que la defensa puede solicitar, incluso, en interrogatorio directo los mismos testigos de la Fiscalía: CSJ AP, 31 ago 2016, rad. 47803; y CSJ AP, 5 abr 2017, rad. 49280.

73 Para la Corte Suprema de Justicia habría violación a la igualdad de oportunidades cuando se autoriza la solicitud de pruebas en un momento procesal no previsto para ello. Cfr. CSJ SP, 27 ene 2016, rad. 45790.

74 De acuerdo con la Corte Suprema, hay afectación al principio referido cuando se practica una prueba que no fue decretada por el juez (aun si fue solicitada), dado que no hubo la posibilidad de controvertir dicho decreto. Ocurrirá lo propio cuando el juez omite pronunciarse sobre una prueba solicitada, pues viola, además, el derecho a la prueba. Cfr. CSJ STP, 16 jul 2015, rad. T80354.

mentado adecuadamente su pertinencia con lo que es tema de debate, respectivamente, entre otras posibilidades.

A propósito, se anticipa que, tal como enseña la jurisprudencia comparada, se puede romper ese equilibrio si a la defensa le resulta admisible una prueba de referencia que, en iguales circunstancias, no le es posible presentarla a la Fiscalía,⁷⁵ o viceversa.

- iv. *Igualdad en la práctica de pruebas.* Defensa y Fiscalía se someten a las mismas reglas de interrogatorio y contrainterrogatorio. La técnica del examen cruzado no debe cambiar según el rol. Claro, la forma de las preguntas puede variar, pero conforme a que estemos ante un testigo convocado por la parte o por la contraparte. En la jurisprudencia internacional, podría haber una afectación al equilibrio procesal cuando, por ejemplo, se le da un tratamiento diferenciado *ex ante* al perito de la defensa, en relación con el experto que es citado por la Fiscalía.⁷⁶ En nuestro medio, ocurriría al autorizar que, cuando se ha permitido la presentación de peritos a ambas partes, uno de los dos expertos sea eximido de aparición en juicio, en contravía del artículo 415 del Código Procesal.
- v. *Balance en los turnos, oportunidades y tiempos para alegar.* Al respecto, legalmente no existe mayor distinción. Los tiempos para alegar pueden ser análogos, aunque la práctica enseña que, dada la menor actividad probatoria de la defensa o del copioso número de procesados que acuden al juicio, algunos jueces, a partir del concepto de dirección de audiencia, suelen conceder un plazo menor a los defensores para ese propósito. El turno inicial, al menos durante el juicio, corresponde a la Fiscalía, en una oportunidad equivalente para todos: una vez finalizada la práctica de pruebas.
- vi. *Equilibrio en la presentación de recursos.* En primer lugar, las partes conocen de forma coetánea el sentido de la decisión, por lo que la oportunidad para impugnarla se hace simétrica. Ahora bien, en cuanto a los turnos, sustentará en primer término quien esté en desacuerdo con la determinación

75 Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia. Caso fiscal c. Zlatko Aleksovski, decisión del 16 de enero de 1999.

76 Como refleja el caso *Bönisch c. Austria*, de la Comisión Europea de Derechos Humanos.

adoptada y, enseguida, la réplica para las demás partes o intervinientes. Los tiempos, en ese caso, pueden ser análogos, a tal punto que cuando se trata de una sentencia, y la apelación se hace por escrito, el plazo es exactamente igual para unos y otros.⁷⁷

También existen similares posibilidades para acudir en casación, sin que para tal fin se imponga un número máximo de páginas para la presentación de la demanda.⁷⁸ En cambio, la Corte Suprema sí ha establecido un tiempo máximo de sustentación del recurso, con independencia del rol que se asuma.

vii. *Contar con un defensor en capacidad de competir con la Fiscalía.* Este específico asunto, en abstracto, puede generar alguna preocupación. Así, en Colombia para ser fiscal se requiere, al menos, dos años de experiencia profesional, es decir, después del grado en derecho. Sin embargo, para defender a un ciudadano basta simplemente con ser abogado, por lo que no es relevante la experiencia.⁷⁹ Es más, si nos atenemos a lo señalado en el artículo 30 de la Ley 196 de 1971, modificada por la Ley 583 de 2000,⁸⁰ incluso hasta estudiantes de derecho pueden asumir la defensa «técnica» de una persona en determinados juicios criminales. En consecuencia, tal aspecto debería ser objeto de un

77 Este es un claro ejemplo de cómo el concepto del derecho a última palabra se le ha pretendido dar un significado que, consideramos, es equivocado. No se refiere, como se suele pensar, al derecho que tiene el defensor de hablar de último. En ese sentido, se suele citar el «Proyecto de reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia penal» que, en el artículo 31, señala que «el acusado tiene el derecho a la última palabra»; sin embargo, en su contexto, se entiende como la posibilidad que tiene el procesado, una vez concluida la fase probatoria y de alegaciones en el juicio, de hacer algún tipo de manifestación al tribunal. Basta con revisar el artículo 739 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal español para ver su real naturaleza y compararlo con el artículo 443 del CPP en Colombia. Pero no significa que, en todos los momentos procesales, ni allí, ni en otros sistemas jurídicos, siempre sea el procesado (y tampoco su defensor) el último en hablar. Dependerán de las circunstancias en que el recurso, alegato o solicitud se haya promovido. Al respecto, puede verse la decisión CSJ SP, 12 ago 2020, rad. 54150, donde explica las imprecisiones comunes en relación con el derecho a la última palabra.

78 A diferencia en lo que ocurre en la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, donde la solicitud no debe exceder de 50 páginas para las partes, mientras que para quien actúe como *amicus curiae* o *friend of the court*, debería ser un poco menos. Al respecto, puede verse la página oficial de ese tribunal: <https://www.uscourts.gov/about-federal-courts/educational-resources/about-educational-outreach/activity-resources/supreme-1>

79 Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia ha explicado que el defensor, en los casos penales, debe tener las destrezas básicas en el sistema adversativo. Cfr. CSJ AP, 30 abr 2019, rad. 50261; CSJ SP, 27 ene 2016, rad. 45790.

80 Cfr. Sentencia C-744/98, Corte Constitucional.

análisis de *lege ferenda*, para garantizar un adecuado balance procesal: todo defensor principal en causas penales debería contar, al menos, con dos años de experiencia profesional, dados los altos costos de una condena injusta.

Por lo pronto, diremos que la presencia del abogado defensor, libremente designado por el acusado o, en su defecto, por el Estado, cuya representación el procesado no puede renunciar,⁸¹ incluso, si tuviese la calidad de abogado,⁸² es una garantía de que se realizará una oposición realmente jurídica a la tesis planteada por la Fiscalía.⁸³

De lo expuesto, se puede evidenciar que hay un elemento común en buena parte de los fundamentos mencionados: el equilibrio se mide en escenarios verdaderamente contenciosos. Es decir, la igualdad de oportunidades se evalúa a partir de las condiciones en que las partes se presentan y participan ante el juez.⁸⁴ Esto tendrá relevancia, como se dirá más adelante, pues no es cierto que todo el sistema de justicia se deba medir por la actuación frente a los jueces. Hay mucho más que audiencias en nuestro modelo.

Entre tanto, y para culminar este apartado, se puede afirmar que en Colombia existe, al menos en principio y desde un punto de vista estrictamente teórico, salvo lo relacionado con las condiciones profesionales del defensor, un adecuado *balance procesal* en aquellos aspectos que, según la doctrina, merecen mayor atención. Pero también es cierto que, como se había anticipado, no es correcto decir

81 Artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

82 Aunque inicialmente la Corte Constitucional (C-152/04), en el marco de la Ley 600 de 2000 había sostenido que el procesado podía asumir directamente su defensa, luego, en sentencia C-210/07 precisó que ello podría resultar incompatible en los casos, por ejemplo, en los que el acusado podría estar privado de la libertad, por lo cual la asistencia obligatoria de un defensor era un presupuesto ineludible, sin perjuicio de la opción que tiene el acusado de ejercer su defensa material.

83 El Tribunal Constitucional del Perú ha señalado que «reconocer el ejercicio del derecho de defensa en forma integral, a un procesado que no ostenta la calidad de abogado implicaría someterlo a un estado de indefensión por ausencia de una asistencia letrada, versada en el conocimiento del Derecho y de la técnica de los procedimientos legales, situación que, además, quebranta el principio de igualdad de armas o de igualdad procesal de las partes». Cfr. Exp n.º 2028-2004, caso Clavo Peralta.

84 Por eso Maier sostiene que «concluida la instrucción en cambio, aparece en toda su magnitud el ideal de otorgar posibilidades parejas al acusado respecto de su acusador. El juicio o procedimiento principal es, idealmente, el momento o periodo procesal en el cual acusador y el acusado se enfrentan, a la manera de un proceso de partes, en presencia de un equilibrio procesal manifiesto». Ver. Maier, J. B., op. cit. p. 579. En nuestro medio ese equilibrio debería procurarse, además, en las audiencias preliminares.

que se debería aplicar una plena y estricta «igualdad de armas» en el proceso penal, pues eso podría perjudicar las garantías alcanzadas a favor de los procesados. A continuación, se desarrollará esta idea.

3. Desbalances que se han admitido

El derecho a la igualdad en el proceso, según Pico i Junoy, no impide que el legislador establezca diferencias de trato, siempre que encuentren una «justificación objetiva y razonable, valorada en atención a las finalidades que se persiguen por la ley».⁸⁵ Es esto precisamente lo que ocurre en el proceso penal. No es posible hablar, al menos en el marco del proceso penal, de una absoluta igualdad de las partes. Defender tal idea es realmente perjudicial, principalmente, para los derechos del investigado.

Al contrario, debería asumirse un plano de desigualdad presunto: dado que en la mayoría de los casos el procesado parte materialmente de una situación asimétrica frente a la Fiscalía,⁸⁶ es el legislador o la jurisprudencia quienes han establecido ciertos desbalances a favor de aquel. Se trata de un desequilibrio en el «campo de juego», como parte de un juicio justo, en favor del procesado.⁸⁷ Conviene de todas formas preguntarse, ¿es legítimo que, en ciertas circunstancias, se permita tal desbalance?

En efecto, El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que la igualdad pregonada y la confrontación están estrechamente vinculadas con el concepto de audiencia imparcial, según el artículo 6.1 de su convención, por lo tanto, se requiere de un «*equilibrio justo* entre las partes: cada parte debe tener una oportunidad razonable de presentar su caso en condiciones que no lo coloquen en una *desventaja sustancial* frente a su oponente *u oponentes*».⁸⁸ No obstante, a conti-

85 Pico i Junoy, J. (1997). Las garantías constitucionales del proceso. Barcelona: J.M. Bosch editor, p. 132 y 133.

86 Este desbalance, se suele pensar, es por la mayor cantidad de medios de los que dispone la Fiscalía. Sin embargo, para Mier, la compensación se justifica por la prevalencia de actuación por la Fiscalía en la fase de investigación, sin mayor participación de la defensa. Cfr. Maier, J. B., op. cit. p. 578.

87 Federova, M. I. (2012). The principle of equality of arms in international criminal proceedings. Utrecht: Utrecht University, p. 460.

88 TEDH, sentencia del 19 de septiembre de 2017, Regner contra la República Checa. En igual sentido, TEDH, sentencia del 5 de febrero de 2003, Wynen contra Bélgica. Se trató de un caso donde a una de las partes le dieron mayor plazo para presentar sus alegatos, incluso, con la posibilidad de adicionarlos posteriormente.

nuación, ese tribunal advierte que «sin embargo, los derechos derivados de estos principios no son absolutos (...) los Estados contratantes disfrutaban de un cierto margen de apreciación en esta área».⁸⁹

De esta manera, en la legislación nacional, el descubrimiento no es simétrico. Mientras la Fiscalía tiene que hacer la enunciación, exhibición y puesta a disposición de las evidencias a la defensa de la forma más completa posible,⁹⁰ incluyendo aquellos elementos de conocimiento que puedan serle favorables al procesado,⁹¹ no encontrará en ello reciprocidad; es decir, la defensa no tiene que descubrir aquello que sea benéfico para la Fiscalía.⁹²

Como se anticipó, en la carga de la prueba también hay tratamientos diferenciados. Con precisión afirma Baumann: el defensor «no está facultado –por no decir obligado– para contribuir con la prueba del hecho punible, tampoco si está al corriente de la autoría del imputado»⁹³ En consecuencia, si la Fiscalía no solicita pruebas, lógicamente no conseguirá su pretensión, la defensa, sin hacerlo, puede lograr que su pretensión sea acogida. Bastaría con que el defensor muestre los errores de la Fiscalía en la presentación de su caso. Incluso, el juez, sin solicitud de la defensa, puede reconocerlos y absolver.

Además, la defensa tampoco está obligada a presentar su teoría del caso en el alegato de apertura, es decir, no habría razón para imponerle anticipar su estrategia defensiva. En cambio, el fiscal sí debe dar cuenta de su teoría del caso, incluso, la ha debido exponer al imputar y al acusar. Muchísimo antes que su contraparte.

89 *Ibidem*.

90 Cfr. CSJ AP, 17 oct 2018, rad. 53985; y CSJ AP, 18 ene 2017, rad. 48216.

91 Esta regla viene dada desde el caso *Brady contra Maryland*, 373 US 83 (1963), de la Suprema Corte de Justicia de EE. UU. Al respecto, el magistrado Douglas escribió en ese fallo: «La sociedad gana, no solo cuando los culpables son condenados, sino cuando los juicios penales son justos».

92 La Corte Constitucional, en sentencia C-1194/05, manifestó que esa igualdad se traduce «en la necesidad de que la defensa y la Fiscalía tengan acceso al mismo material de evidencia requerido para sustentar el debate en juicio». Sin embargo, esa afirmación puede resultar, con la misma lógica expuesta en este documento, bastante imprecisa, pues no es lo esperado que tengan acceso mutuo a todo lo que el oponente tenga (al menos no así para lo que la defensa conserve), sino solo de aquellos medios de conocimiento que las partes van a presentar en el juicio. Esa lectura de la Corte no es más que otra simplificación errática del concepto de igualdad en el proceso penal.

93 Baumann, J. Op. cit. p. 22.

Por otra parte, aunque sin tener una posición uniforme, para la Corte Suprema de Justicia resulta válido que el defensor presente como testigo al acusado en su propio juicio, aun si no ha sido solicitado como tal en la audiencia preparatoria, con tal que no haya concluido la fase probatoria del juicio oral.⁹⁴

Otro aspecto que constituye un desequilibrio razonable está constituido por la posibilidad que tiene el juez de reconocer, sin que alguna de las partes lo solicite, un tipo penal más benigno, un atenuante o una circunstancia de menor punibilidad. De la misma forma, cuando el defensor o su representado son únicos apelantes, el superior no puede desmejorar su situación. En cambio, si quien apela es la Fiscalía u otro interviniente, el tribunal o la Corte, pueden emitir una sentencia más favorable que la impuesta en primer nivel. Hoy en día, además, existe la posibilidad de invocar doble conformidad en la condena, es decir que, ante una sentencia de condena, con ocasión de una apelación, el defensor puede presentar un nuevo recurso, diferente al de casación, que se ha denominado impugnación especial. Esto no ocurre cuando la derrotada fue la tesis de la Fiscalía.

En consecuencia, existen varias ventajas reconocidas a favor del procesado en nuestro sistema de enjuiciamiento, por lo que resulta impreciso e inconveniente para las garantías del procesado demandar una igualdad plena.

Sin embargo, se ha subrayado, tanto en el anterior apartado, como en este, el concepto de *desventaja sustancial*. Esa noción no ha sido suficientemente definida, ni en los organismos de supervisión y control de derechos humanos,⁹⁵ ni en los tribunales penales internacionales. Usualmente se refiere a temas relacionados con la posibilidad que tienen de acceder a la evidencia de la contraparte o al tiempo concedido para presentar cada uno de los casos. De cualquier forma, hay eventos que, por sí mismos, no generan esa desventaja sustancial. De esta manera fue ana-

94 CSJ AP, 12 nov 2015, rad. 41198. Al contrario, no escucharlo en la etapa de indagación no afecta la garantía comentada, pues, para la Corte Suprema, no es el escenario para ello. Cfr. CSJ STP, 7 abr 2015, rad. T782683.

95 TEDH, sentencia del 29 de mayo de 1986, Feldbrugge c. Holanda. Se trata de un caso donde se pretendía cuestionar la opinión de un perito adscrito al juzgado de instancia. La Corte Europea consideró que el demandante tuvo la oportunidad de cuestionar al interior del proceso, incluso por escrito, tal opinión desfavorable. Igualmente, puede verse, TEDH, sentencia del 27 de octubre de 1993, caso Dombo Beheer BV c. Holanda, donde se analizó la posibilidad que tiene la contraparte de presentar evidencia, siempre que no ubiquen a la parte en desventaja sustancial.

lizado con detención en el caso Kalimanzira del Tribunal de Ruanda,⁹⁶ como se indica a continuación.

Ocurrió así que, ante el reproche del descubrimiento tardío que la fiscalía hizo de material que posiblemente servía a la defensa, la sala de apelaciones explicó que debía acreditarse, por una parte, que la defensa «había sido perjudicada» por esa posible falla, y, por otra, que se dieran razones por las cuales realmente esa prueba era «*prima facie* o potencialmente exculpatoria». De todas formas, agrega el tribunal, el descubrimiento se hizo, aunque extemporáneo, al menos tan pronto le fue posible, sin que pudiera predicarse mala fe con ese comportamiento. Agrega, por otro lado, que tampoco se demostró que esa información no descubierta hubiese sido relevante para el caso.

Por otro lado, el Tribunal de Ruanda desestimó una moción de la defensa orientada a reprochar que la fiscalía no le había ayudado a obtener una información, dado que contaba con «instalaciones superiores» (*superior facilities*) para tal fin. El tribunal concluyó que la «fiscalía no tenía la obligación de ayudar a la defensa a obtener estos documentos».

La participación del abogado suplente y la no suspensión de la audiencia mientras el titular se recuperaba de un padecimiento de salud fue otro de los reproches. El Tribunal de Ruanda razonó que la función del abogado suplente «no es solo ayudar al abogado principal, sino que, de hecho, ayuda a conducir el caso para permitir que el procedimiento continúe en caso de una imprevisible ausencia del abogado principal», por lo cual no habría lugar a la censura.

También se cuestionó que por la fiscalía actuaron tres fiscales, que es un número mayor que el de defensores. A lo cual replicó el Tribunal «el principio de

96 Tribunal Penal Internacional para Ruanda – Naciones Unidas, Cámara de Apelaciones, sentencia del 20 de octubre de 2010, Fiscalía contra Callixte Kalimanzira. <https://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ictr-05-88/appeals-chamber-judgements/en/101020.pdf>. Por la trascendencia de sus afirmaciones, conviene mencionar que ese tribunal estuvo compuesto por el profesor de la Universidad de Nueva York, el estadounidense Theodor Meron (presidente); Mehmet Güney, profesor en Turquía; Fausto Pocar, profesor emérito de la Universidad de Milán; la juez senegalesa Andréia Vaz, egresada de la Centre National d'Etudes juridiques y miembro permanente de la Comisión Internacional de Juristas, y el doctor en derecho por la Universidad de Malta y exmiembro de la oficina de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Carmel Agius. Esto para resaltar que, como ocurre en otros tribunales internacionales, las personas que los componen vienen de diferentes modelos de enjuiciamiento y cuentan con amplia trayectoria en temas jurídicos a nivel mundial.

igualdad de armas requiere un órgano judicial para garantizar que ninguna de las partes sea puesta en desventaja al presentar su caso. Este principio *no requiere, sin embargo, igualdad material* entre las partes en términos de recursos financieros o humanos»⁹⁷.

Frente a la objeción del tiempo y personal destinado a la defensa, se sostuvo que mientras la fiscalía tuvo un equipo de 35 investigadores que indagó los hechos entre 1998 y 2009, la defensa tuvo solo dos, para hacer su trabajo durante dos meses. La respuesta del tribunal fue análoga a la anterior: la igualdad no se mide en términos financieros o humanos. En consecuencia, no se atendió tal consideración.

A igual conclusión llegó el Tribunal Penal para Yugoslavia, cuando al resolver una apelación sostuvo que corresponde a la autoridad judicial «garantizar que ninguna de las partes se encuentre en desventaja al presentar su caso, ciertamente en términos de *equidad procesal*».⁹⁸ A continuación, advirtió:

Sin embargo, esto no quiere decir que un acusado tenga necesariamente derecho a la misma cantidad de tiempo o al mismo número de testigos que el procesamiento. La Fiscalía tiene la carga de contar una historia completa, de armar una narración coherente y probar todos los elementos necesarios de los crímenes acusados más allá de una duda razonable. La estrategia de defensa, por el contrario, a menudo se enfoca en hacer agujeros específicamente dirigidos en el caso de la Fiscalía, un esfuerzo que puede requerir menos tiempo y menos testigos. Esta es una razón suficiente para explicar por qué un principio de proporcionalidad básica, en lugar de un principio estricto de igualdad matemática, generalmente gobierna la relación entre el tiempo y los testigos asignados a las dos partes.⁹⁹

En el contexto del sistema de protección de derechos en Europa, en el caso *Bulut contra Austria*, la defensa también argumentó que se violó tal igualdad cuando el juez investigador en los procedimientos preliminares (aquí lo podríamos llamar *juez de garantías*) también presidió el juicio. El Tribunal Europeo de

97 Tribunal Penal Internacional para Ruanda, op cit.

98 Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia. Cámara de apelaciones. Fiscal c. Nasic Oric, decisión del 20 de julio de 2005.

99 *Ibidem*. En el mismo sentido, de ese tribunal, Fiscal c. Jadranko Prlic, decisión del 11 de mayo de 2007.

Derechos Humanos no encontró violación porque ambas partes renunciaron al derecho de reclamar la nulidad antes del juicio y no hubo preocupación por «prejuicios o parcialidad».¹⁰⁰

Estas ideas pueden parecer inquietantes en nuestro medio y, adviértase, no se sugiere que ello constituya un actuar deontológico en el proceso colombiano. Por el contrario, solo se describe el margen de apreciación con que cuentan las autoridades para evaluar cuánto desbalance es admisible.¹⁰¹

En consecuencia, en la ley, o en su aplicación por la autoridad judicial, es posible encontrar ciertas asimetrías y desequilibrios que resultan admisibles, siempre que se tenga en cuenta los sacrificios que ello implica en términos de proporcionalidad. Es más frecuente —y es lo recomendable— que esas asimetrías se configuren a favor del procesado, en términos de posibilidad de presentar pruebas o de balancear criterios de valoración probatoria. Pero resulta irrelevante, para evaluar dicho equilibrio, los recursos financieros o humanos, como se ve en la jurisprudencia comparada. Tampoco debería ser relevante el número de voces cuya participación se permite en los procesos penales, como se ve a continuación.

4. El Ministerio Público y el equilibrio de oportunidades

Uno de los más frecuentes argumentos que se emplean para decir que nuestro sistema procesal no es el adecuado, por contravenir aquel criterio de la «igualdad de armas», se fundamenta en la posibilidad que tiene el juez de escuchar otras voces en ciertas etapas, como de las víctimas, de terceros incidentales o del Ministerio Público. Para efectos del presente trabajo, se centrará la atención únicamente en este último interviniente.¹⁰²

Como se ha visto hasta ahora, procuradores judiciales y personeros tienen facultades de intervención dentro de las diferentes actuaciones judiciales, incluida la penal, por imperativo mandato del artículo 277 de la Constitución Política.

100 TEDH, sentencia del 22 de febrero de 1996, caso Bulut contra Austria.

101 Este mismo desbalance es explicado también, según la etapa procesal, por Armenta Deu, T. (2004). *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. 2.ª edición. Madrid: Editorial Marcial Pons, p. 44.

102 Si se quiere revisar la situación de la víctima y el equilibrio de oportunidades, se puede ver el trabajo «A propósito de la idea de “igualdad de armas” en el proceso penal», op. cit., p. 34.

En el capítulo anterior se planteaba el interrogante sobre si el Ministerio Público podría tener cabida en los modelos adversativos en los que el sistema del *common law* está realmente arraigado y, luego de una revisión general, se encontró que, en efecto, dada la desconfianza en un proceso estrictamente bipolar, allí se ha permitido la presencia de otras voces, a la manera de un *amicus curiae* o *friend of the court* y, más exactamente, como un *amigo del orden jurídico*. Ahora es necesario plantear la pregunta de si su presencia afecta el equilibrio de oportunidades.

A pesar de que en otros contextos existen figuras análogas es escasa la literatura que se ocupe de analizar si su presencia afecta derechos de las partes en los procesos penales. Una de las hipótesis al respecto consiste en que se da por descontado que la sociedad debe tener derecho a participar en las decisiones que le conciernen, incluso con figuras más complejas, como el acusador popular o la acusación adhesiva.

Uno de los pocos casos en los que se ha cuestionado al respecto fue llevado al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso de Delcourt contra Bélgica.¹⁰³ Allí se analizó la presencia de un delegado del procurador, como *ministère public*, en el proceso penal y, particularmente, en sede de casación. En ese contexto, el procurador ante la Corte Suprema no solamente conceptúa, sino que participa en las deliberaciones de ese Tribunal. En principio, la Corte Europea concluyó que no había violación a la garantía de «igualdad de armas», en tanto la presencia del procurador «consiste, ordinariamente, en no más que prestar asistencia técnica y objetiva a la Corte para garantizar la observancia de la ley y la coherencia en el precedente judicial». Además, dice, es una institución con más de siglo y medio de vigencia y, el parlamento de ese país, expresamente, ha decidido mantener la legislación que habilita la presencia del Ministerio Público allí, por lo que esas «circunstancias plantean algo así como una presunción a favor de la compatibilidad de la legislación en cuestión» con la Convención Europea. En ese sentido, agrega, se parece al *avocat général* del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.¹⁰⁴

103 TEDH, sentencia del 17 de enero de 1970, Delcourt contra Bélgica. El Tribunal Europeo, en posterior oportunidad, manifestó que dichas consideraciones se mantienen «enteramente válidas». Cfr. Sentencia del 20 de febrero de 1996, caso Vermeulen c. Bélgica.

104 *Ibidem*.

Por otra parte, señaló que, aunque el interés del procurador en sede de casación penal no es buscar la culpabilidad o inocencia de una persona, sino la observancia de la ley, sí manifestó su preocupación por la presencia del Ministerio Público en las deliberaciones. De todas formas, consideró que no habría afectación a la Convención Europea, pues se trataba solamente de un *adviser of the court*.¹⁰⁵

Sin embargo, con posterioridad manifestó que esa participación en las deliberaciones sí podría significar la introducción de nuevos argumentos de los cuales no podría defenderse oportunamente el acusado, incluyendo la posibilidad de desestimar el recurso de quien acude en casación,¹⁰⁶ pero de todas formas mantuvo incólume la presencia del *ministère public* en los demás momentos del proceso penal, pues no se afectaban las posibilidades de las partes de postular prueba, impugnar o alegar.

En Colombia, algunos autores han expresado que el Ministerio Público «controla la rectitud de los funcionarios, la eficiencia de su labor y la defensa de la legalidad del proceso tanto en aspectos sustanciales como formales»,¹⁰⁷ por lo que «jamás podrá ser considerado contraparte de cualquier otra parte en el proceso penal», pues al contrario, se constituye en «una base garantizadora del equilibrio en la investigación y en el juzgamiento», por lo que tiene una «legitimación y obligación jurídico-política para actuar en el proceso penal, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución, sin ninguna clase de limitación».¹⁰⁸

Entre tanto, la Corte Suprema, en un buen número de decisiones, ha dado ciertos contornos a las facultades y eventuales límites. Por ejemplo, en un caso donde el Ministerio Público apeló una sentencia, precisamente, se alegó violación al principio a la referida igualdad, ese tribunal sostuvo que «resulta inapropiado impedir que el Ministerio Público cumpla su gestión, cuando su actividad se dirige a la

105 *Ibidem*.

106 TEDH, sentencia del 30 de octubre de 1991, caso *Borgers c. Bélgica*. En esa ocasión, los jueces Cremona, Thór Vilhjálmsson, Pinheiro Farinha, Martens y Storme salvaron su voto. Esa preocupación fue reiterada en *Vermeulen c. Bélgica*, ya citada.

107 Cadavid Botero, M. N. (1996). Régimen Penal Colombiano. Bogotá: Editorial Leyer, pp. 98 y 99. Allí agrega que «no basta su presencia pasiva» pues, por ejemplo, la interposición de los recursos debe entenderse «ante todo como una defensa del interés social individualmente representado en el procesado o en el perjudicado sino en cuanto se pronuncie sobre la legalidad y constitucionalidad de la actuación».

108 *Ibidem*.

interposición de los recursos que la ley habilita, en camino a impugnar las decisiones que, en su criterio, transgreden el orden jurídico, como ocurre frente a una absolución indebida, acorde con lo que razonablemente sugieren las pruebas practicadas en el juicio oral».¹⁰⁹

Por otra parte, ese mismo tribunal ha destacado que el Ministerio Público «además de solicitar la exclusión o rechazo de medios de convicción»¹¹⁰ cuando resulten impertinentes o inadmisibles, puede también solicitar esas pruebas «que las partes hayan inadvertido o pasado por alto» e, igualmente, cuenta con la facultad para formular preguntas complementarias. Sin embargo, corresponderá al juez rechazar aquellos interrogantes «que excedan el propósito de complementariedad fijado en la ley y se aproximen a un interrogatorio o un contrainterrogatorio vedado por el ordenamiento, por tratarse de hechos o circunstancias que no han sido materia de postulación».¹¹¹

Posteriormente sostuvo que «cuando la actuación judicial que el funcionario debe vigilar desconoce el ordenamiento jurídico, o afecta el patrimonio público, o vulnera los derechos o garantías fundamentales de las partes, *su intervención se torna necesaria*, porque la normatividad le defiere la salvaguarda de estos bienes».¹¹² Es decir, pasamos de una intervención simplemente facultativa, a señalar que no constituye un desbalance procesal y que es *necesaria* la participación del Ministerio Público en el proceso penal.¹¹³

En conclusión, con las facultades constitucionales otorgadas al Ministerio Público, han sido la ley y la jurisprudencia las encargadas de dar específicos alcances a

109 CSJ SP, 3 abr 2019, rad. 44230.

110 CSJ SP, 22 mar 2017, rad. 43665. En el mismo sentido, CSJ SP, 5 oct 2011, rad. 30592. En ese caso, el demandante había planteado que la presencia del procurador y la actividad del juez habían perjudicado la «igualdad de armas», por lo que la Corte Suprema señaló que el demandante no había explicado de qué forma «el juez o el representante de la Procuraduría asumieron la posición de acusadores rompiendo así el equilibrio de las partes, una revisión del diligenciamiento permite advertir que en manera alguna se afectó la igualdad de oportunidades y prerrogativas del acusado frente al acusador, pues no refulge una situación que haya privilegiado a la Fiscalía con su teoría del caso o que hubiera generado obstáculos que dificultaran gravemente la intervención de la defensa en el debate probatorio».

111 *Ibidem*.

112 CSJ SP, 20 jun 2018, rad. 45098.

113 Al respecto, CSJ AP, 13 feb 2019, rad. 54466. En igual sentido, CSJ STP, 22 abr 2021, rad. 114535.

tales prerrogativas, en particular cuando los intereses sociales, los derechos fundamentales o la vigencia del orden jurídico estén en discusión.

Ello, por cierto, no implica una desventaja *sustancial* hacia alguna de las partes,¹¹⁴ pues las facultades de la defensa o de la Fiscalía para realizar actos de investigación, solicitar el descubrimiento, presentar pruebas en juicio, alegar o impugnar alguna determinación, en modo alguno se ve afectada con la participación de quien presenta una opinión a la judicatura sobre cuál podría ser la forma de resolver jurídicamente el caso propuesto o, acaso, solicita la revisión de alguna determinación, como forma de control formalizado del ejercicio público de administrar justicia.¹¹⁵

Al contrario, como se explicó previamente, el fundamento del equilibrio procesal encuentra su mayor trascendencia en los escenarios contenciosos, por ejemplo, durante el juicio oral. Por eso, cuando se pretende cuestionar el papel del Ministerio Público, *se suele perder de vista que su participación en el proceso penal va notoriamente más allá de dicha fase procesal.*

Por ejemplo, en el control de la ejecución de ciertos actos de investigación, como la participación directa y en tiempo real en los allanamientos a morada hechos en la noche; al conceptuar o impugnar ante el juez de garantías ciertas determinaciones donde aún no hay activación plena del derecho a la defensa,¹¹⁶ de la disposición de la acción penal, al verificar los presupuestos que la Fiscalía tuvo para archivar; o durante la fase de ejecución de penas, donde no hay participación ni de víctimas

114 Como se ha dicho, por ejemplo, en CSJ STP, 22 abr 2021, rad. 114535.

115 Dicho esto, también es cierto que sus intervenciones puedan estar más próximas a las de la víctima o la defensa, que a las de la Fiscalía. Así, no puede formular imputación o radicar escrito de acusación, pero sí puede hacerle observaciones a la Fiscalía frente a dichos actos procesales. Tampoco puede convocar a una audiencia de imposición de medida de aseguramiento o realizar actos de investigación que incidan en derechos fundamentales sin autorización previa, como sí lo puede hacer la Fiscalía. Al igual que la defensa, no puede invocar la aplicación del principio de oportunidad, ni tampoco la preclusión durante la investigación. En cambio, sí puede solicitarle a la Fiscalía el archivo de las diligencias o reprochar la inactividad investigativa para adoptar tal decisión (Cfr. Sentencia C-1154/05), etcétera.

116 Por ejemplo, cuando no hay aún una persona determinada, pero las garantías fundamentales se pueden ver afectadas con interceptación de comunicaciones u otros actos de investigación invasivos. Un reciente caso de un hallazgo de cianuro con motivo de un allanamiento a una vivienda, sin control oportuno, ilustra el punto. Con ocasión de la intervención del Ministerio Público, el acto de investigación fue declarado ilícito por el juez de garantías.

ni de Fiscalía,¹¹⁷ entre otros supuestos, hace que las facultades otorgadas al Ministerio Público *tengan un mayor sentido constitucional y su presencia en el modelo procesal vigente sea necesaria y considerablemente importante.*

El Ministerio Público *actúa más allá de las audiencias tradicionales ante jueces. Puede hacerlo, tanto en fases preliminares, como con posterioridad a la emisión del fallo, tal cual sucede para solicitar la revisión de condenas injustas, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia.*¹¹⁸ Pero, aun así, en las audiencias también juega un papel que va más allá de conceptualizar sobre una de las dos tesis enfrentadas: ha de velar por valores sociales muy relevantes, como la defensa del ordenamiento jurídico, la justicia y la verdad. De hecho, «al Ministerio Público le corresponde actuar para proteger la libertad de prensa y el derecho a la información, y más específicamente, para velar el conocimiento de la verdad como uno de los resultados del proceso», tal como lo ha reconocido la propia Corte Constitucional colombiana.¹¹⁹ Una verdad que, seguramente, también interesa a todos los ciudadanos.

En consecuencia, la participación de otras voces dentro de un proceso penal como el nuestro, tal como también ha sido reconocido en el derecho comparado, no afecta el *equilibrio de oportunidades* que tienen las partes de presentarse ante un juez, ni sus derechos a un adecuado (y relativo, según se explicó) balance procesal.

Recapitulación

Con lo analizado hasta ahora, la idea de una «igualdad de armas» es un concepto que, tomado en sentido literal, puede ser arcaico y contrario a los postulados del proceso penal. En efecto, sus orígenes, que pueden hallarse en Francia hacia finales de la edad antigua, dan cuenta de intereses entre partes, por eso su mayor rendimiento ocurre dentro del proceso civil, donde los contendientes se deberían presentar en igualdad de condiciones, tal como lo ilustra la jurisprudencia europea.

Pero no es cierto que el proceso penal deba estar sometido a una igualdad absoluta. Esto resquebraja las garantías que doce siglos después iniciaron su proceso de consolidación, como la presunción de inocencia, el *in dubio pro reo* o la no reforma en perjuicio. Con tales fundamentos, el modelo de enjuiciamiento actual concede

117 Corte Constitucional, sentencia C-233/16.

118 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, CSJ SP, 17 jul 2013, rad. 39050.

119 Sentencia C-429/20.

cierto desbalance a favor del procesado en aspectos tan puntuales como el descubrimiento probatorio o los efectos de los recursos disponibles en su beneficio. De ahí que la literatura especializada empiece a destacar que es preferible hablar de un *balance procesal* o de un *equilibrio de oportunidades*.

Este importante postulado está orientado a permitir una paridad relativa en la consecución de evidencia, descubrimiento usualmente simétrico, solicitud paritaria de pruebas, participación igualitaria en su práctica, igual posibilidad de alegación y, en principio, de impugnación. Para tal fin, en el escrito se han identificado siete criterios relevantes para evaluar el respeto por tal equilibrio.

Además, el proceso penal tiene otra característica muy importante: no solo involucra intereses particulares e individuales. No se trata solo de dos contendientes, sino de un diálogo entre diferentes actores del conflicto social generado con un comportamiento lesivo a intereses constitucionalmente relevantes. En ese diálogo tienen toda la legitimidad de participar la víctima y la sociedad.

Esta última, a través de un órgano concebido inicialmente a la manera de un *amicus curiae*, pero que hoy día, gracias a las precisiones jurisprudenciales, permite controlar la actividad judicial, no solo de los jueces, sino de la Fiscalía en instancias donde posiblemente el papel de las partes no tiene esa naturaleza contenciosa o, simplemente, la decisión adoptada va en desmedro del ordenamiento jurídico. Además, democratiza y legitima el funcionamiento de la judicatura.

El proceso penal no es un trozo de pastel. Que las voces de la víctima, de quienes representan a la sociedad o de terceros sean escuchadas, en nada afecta las posibilidades que las partes tienen de recaudar evidencia, presentarla, proponer valoración o impugnar las decisiones adversas. Que alguien sea oído no resta que otra voz pueda ser atentamente escuchada. Todos los que de una u otra forma tienen interés en el resultado de la definición del conflicto penal deberían tener derecho al acceso a la justicia, pues, tal como dice Taruffo —con razón—, aquel proceso donde solo prima el interés de las partes, «imagina el mundo como un universo empobrecido desde un punto de vista sociológico».¹²⁰

120 Taruffo, M. Op. cit. p. 21. El mismo profesor italiano destaca ciertas lecturas de los procesos adversativos como si se tratase de una «suerte de mecanismo teatral» que son análogas «a las representaciones sacras medievales», en Taruffo, M. (2011). La prueba de los hechos. Madrid: Editorial Trotta, p. 81.

Pero estamos tan impregnados de un lenguaje beligerante, donde las armas, los ataques a los testigos, los entrapamientos o la destrucción, hacen olvidar que nos hallamos ante una sociedad un poco más civilizada que la que teníamos hace quince siglos. El nuevo derecho penal es dialogal, constructivo y de mesa redonda.¹²¹ A menos que queramos ir a las salas de audiencias con un par de hachas iguales, con las piernas desnudas de las rodillas hacia abajo y usando sandalias rojas, a ver cuál deidad nos dirá, prescindiendo de la fuerza de los argumentos y acaso por un golpe de suerte, cuál es la decisión justa, como ocurría en tiempos que se aspiran ya superados.

Como se ve, la participación del Ministerio Público en nada afecta las posibilidades de postulación probatoria y su desahogo, de alegación o de impugnación que tienen las partes. Sin embargo, hay voces en contra,¹²² pero también a favor¹²³ de la participación de este interviniente en el proceso penal. Por lo cual, el siguiente capítulo se dedicará a evaluar cuál ha sido el papel que, en concreto, se le ha asignado a personeros y procuradores en el derecho sancionatorio y, además, se mencionarán algunos casos que permiten dar una idea de la trascendencia de su intervención.

121 Bustos Ramírez, J. y Larrauri Pijoan, E. (1993). *Victimología: presente y futuro*. Barcelona: PPU Editores.

122 Crisancho Ariza, M. (19 de octubre de 2020). «¿Es indispensable el Ministerio Público en el proceso penal?». En *Ámbito jurídico*.

123 García García, J. N. (30 de enero de 2021). «¿La figura del Ministerio Público afecta el proceso penal colombiano con tendencia acusatoria?». En *Derecho, Debates y Personas*. <https://www.revistaderecho.com.co/2021/01/30/la-figura-del-ministerio-publico-afecta-el-proceso-penal-colombiano-con-tendencia-acusatoria/>

Capítulo III



LA IMPORTANCIA DEL MINISTERIO PÚBLICO EN EL SISTEMA ACUSATORIO COLOMBIANO ¹²⁴

124 El autor agradece las observaciones que a este capítulo han hecho el prof. Dr (c). Ricardo Ramírez Lemus, de la Personería de Medellín, y el prof. de la U. de San Buenaventura – Cali, Fernando Tribín, procurador judicial penal de Bogotá.

Como ya hemos visto, en los países con amplia tradición en el *common law* existe una figura que le entrega conceptos a los jueces y participa en procesos judiciales, especialmente, en representación de determinados intereses. En ellos, se denomina *amicus curiae* o *friend of the court*.¹²⁵

También se ha explicado que desde la comisión constitucional redactora se estimó necesaria la participación del *amicus curiae*. La doctrina enseña que su importancia radica en la desconfianza en procesos bipolares que dejan de lado otros intereses, democratiza el debate judicial y permite la participación de la sociedad en temas que, como el derecho penal, trascienden a los intereses que a ella le afectan.

También la literatura reseñada explica que la figura analizada tiene, entre otras características, la función de brindar una opinión fundada en defensa de un interés público.

Pero, en Colombia, el Ministerio Público tiene, por mandato constitucional, la labor de ser órgano de control de la función pública, dentro de la cual se incluye, naturalmente, a la administración de justicia. Por eso sus facultades van más allá de dar un concepto sobre un aspecto de derecho y puede cuestionar válidamente la labor de la Fiscalía o de los jueces, a través de mecanismos procesales establecidos por el legislador para tal fin.

125 Puede verse, por ejemplo, el artículo 37 del Estatuto de la Suprema Corte de Justicia de EE. UU. o el artículo 103 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional.

En consecuencia, la figura que en Colombia hemos denominado Ministerio Público, no solo es compatible con los modelos adversativos, sino que ubica a nuestro país a la vanguardia de un instituto que ha venido a tomar cada vez mayor relevancia en procesos donde la colectividad tiene interés en su resolución. De esta forma, se avanza en la garantía de participación ciudadana en las decisiones judiciales que le atañen, en cumplimiento del artículo 2 de la Constitución Política. Así se ha entendido, como se explicó en su momento.

Es necesario recordar que el Ministerio Público, especialmente los procuradores judiciales penales, no solo intervienen, como se suele creer de forma errada, en el proceso penal acusatorio. Por el contrario, tienen diferentes ámbitos de intervención, tal como se explica en el siguiente apartado.

1. La participación de los procuradores judiciales penales en los diferentes procesos jurisdiccionales sancionatorios:¹²⁶

a. En el proceso penal de Ley 600 de 2000 (sistema mixto)

Es sujeto procesal y está facultado para participar en todas las etapas procesales, pedir pruebas, solicitar control de legalidad a la medida de aseguramiento, presentar recursos, etc. En los procesos por graves violaciones a los derechos humanos que aún están activos, esa labor es muy trascendente.

b. En los procesos de justicia transicional de justicia y paz y de desmovilizados (Leyes 975 y 1424):

i. Acompaña la totalidad del proceso de justicia y paz, verificando el cumplimiento de estándares en verdad, justicia y reparación, en temas de versiones libres, imputación, sentencias, recuperación de bienes, etc.

ii. Analiza y evalúa, por expreso mandato legal, el daño colectivo causado por el actuar de macrocriminalidad.

126 Para este apartado nos hemos apoyado, de manera parcial, en el texto El papel del Ministerio Público en el proceso penal, de Acosta Aristizábal, J. Documento inédito.

c. En los procesos penales militares:

Por mandato legal es sujeto procesal y está facultado para participar en todas las etapas procesales. En especial, su intervención se realiza en este proceso por virtud de los derechos de las víctimas y, con énfasis, en los casos que pueden constituir graves violaciones a los derechos humanos o infracciones al derecho internacional humanitario (crímenes de guerra). En general, actúa de conformidad con las Leyes 1407 de 2010 y 1765 de 2015.

d. En el proceso de extinción de dominio:

Actualmente el Código de Extinción de Dominio le entregó el papel que antes desempeñaba el curador *ad litem*, esto es, defender los derechos de los terceros indeterminados que pudieran ser afectados con la medida extintiva de dominio. Por tal motivo, el Ministerio Público está facultado para presentar observaciones a la declaratoria de procedencia, pedir pruebas, solicitar nulidades, alegar e interponer los recursos necesarios para el esclarecimiento de la verdad, la efectividad de la acción extintiva y la garantía de los derechos de los intervinientes y de los no intervinientes.

e. En los procesos disciplinarios promovidos contra abogados, jueces y fiscales:

Dado que se trata de procesos, tanto en la Ley 1123/11 como en la Ley 734/02, de naturaleza eminentemente inquisitiva, realiza labor de verificación de derechos de las personas investigadas y juzgadas, aún en ausencia. Pero también sirve de vocero para los derechos de las víctimas, quienes en este trámite no tienen forma de participación directa. De esta manera, asisten a las audiencias, interrogan testigos, conceptúan e interponen recursos, incluso, frente a las decisiones de terminación anticipada, en casos que pueden ser por faltas a la ética profesional, pero también de corrupción judicial.

f. Otros procedimientos:

Actualmente, el Ministerio Público también actúa en otro tipo de procesos de pérdida de investidura, en juicios ante el Congreso, en

trámites de hábeas corpus, así como en los casos de mecanismo de búsqueda urgente, etcétera.

En este último trámite, por ejemplo, pueden solicitar su activación, participar en las diligencias, interponer recursos contra la decisión que declara infundado el mecanismo y participar en la liberación de la persona que esté retenida, entre otras facultades, en los términos de la Ley 971 de 2005.

2. El Ministerio Público en el proceso penal acusatorio

Como un desarrollo del artículo 277 constitucional, el artículo 109 establece que el Ministerio Público intervendrá en el proceso penal *cuando sea necesario*, en defensa i) del orden jurídico, ii) del patrimonio público o iii) de los derechos y garantías fundamentales.

De la norma citada se desprende que no es obligatorio que el Ministerio Público participe del procedimiento previsto en la Ley 906 de 2004.¹²⁷ Sin embargo, tiene la facultad de hacerlo, de conformidad con los criterios mencionados.

Sobre el orden jurídico podemos rememorar las clásicas ideas de unidad y coherencia estructural kelsenianas, fortalecidas por una *grundnorm* como regla de reconocimiento que legitima las que de allí se deriven. Por eso Riofrío lo ha entendido como «el conjunto ordenado de relaciones jurídicas de una sociedad, causadas por unas fuentes comunes de derecho».¹²⁸ Schild lo entiende como la «urdimbre de relaciones de producción de todo deber definido como derecho, que se infiere de la teoría del conocimiento y la teoría de la ciencia», a través de un sistema escalonado y gradual, «entre la Constitución, la ley, el decreto, el

127 Para establecer los casos en los que se hace trascendente su intervención, la Procuraduría General de la Nación ha expedido la Resolución n.º 070 del 19 de febrero de 2021, por medio de la cual se definen los criterios de intervención penal para procuradores y personeros. Por la importancia del documento, se incluye al final de este trabajo. También se recomienda la lectura de la Resolución 213 de julio 13 de 2021, de la Procuradora General de la Nación, por medio de la cual se crea la Coordinación Nacional de Intervención Penal en Defensa de los Derechos de las Mujeres. Igualmente, la Resolución 00073 del 4 de marzo de 2021, de la procuradora delegada para el Ministerio Público en asuntos penales, por medio de la cual se crea la coordinación nacional de procuradurías judiciales penales de lucha contra masacres y delitos contra líderes y reincorporados.

128 Riofrío Martínez-Villalba, J. C. (2014). «Unidad y orden metafísicos del ordenamiento jurídico» En Dikaion, 23. Bogotá: Universidad de La Sabana, p. 299.

fallo/providencia, el negocio jurídico y la sanción». ¹²⁹ Por tal motivo, siguiendo esta idea, correspondería al Ministerio Público buscar que el fallo y la sanción fuesen coherentes con las normas superiores.

Por otra parte, Vilajosana entiende al orden jurídico como una secuencia del conjunto de normas que tienen determinadas propiedades, como la obligatoriedad, vigencia o aplicabilidad, en un cierto tiempo. ¹³⁰ Ossorio es un poco más extenso, al afirmar que ese ordenamiento es un:

Conjunto de normas positivas vigentes relacionadas entre sí y escalonadas o jerarquizadas, que rigen en cada momento la vida y las instituciones de toda clase dentro de una nación determinada. Esas normas, en opinión de muchos jusfilósofos, han de tomarse en un sentido amplio, ya que están formadas no solo por la Constitución y por las leyes, sino también por los reglamentos, por las disposiciones de las autoridades administrativas, por las sentencias judiciales, por las costumbres y hasta por los contratos en cuanto regulan las relaciones entre las partes contratantes. La importancia de cada una de esas normas es diferente y va de mayor a menor, por lo cual las inferiores toman su fundamento de las inmediatamente superiores. A esa jerarquización o escalonamiento es a lo que Merkl y Kelsen denominaron ‘pirámide jurídica’. El orden jurídico es tan esencial para la existencia de un país que sin él no se concibe la vida social. ¹³¹

Pero hay que reconocer que esa relación y jerarquía puede ser bastante ambigua, como anfibológico es, en general, el sistema normativo colombiano, lleno de antinomias, lagunas y recurrentes problemas hermenéuticos derivados de una exagerada producción normativa y con dificultades como consecuencia de un lenguaje críptico o equívoco. ¹³²

129 Schild, W. (1983). *Las teorías puras del derecho, reflexiones sobre Hans Kelsen y Robert Walter*. Bogotá: Editorial Temis, p. 30.

130 Vilajosana, J. M. (s.f.). «¿Cuándo cambian los órdenes jurídicos?» En *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 1. Universidad de Valencia.

131 Ossorio, M. (1991). *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, p. 517.

132 Muestra de ello es el Estatuto de Seguridad Ciudadana expedido con la Ley 2197 de 2022, que contiene expresiones confusas o conceptualmente desacertadas, por ejemplo, al aludir a las «armas convencionales». ¿Se refiere a las armas permitidas por las convenciones de Ginebra para que regulan los conflictos armados?, ¿o se trata de armas diseñadas convencionalmente para producir disparo?

Por eso, para el desarrollo de la misión de defensa del orden jurídico encomendada al Ministerio Público, el artículo 111 del Código de Procedimiento Penal, le indicó que tiene, por ejemplo, las siguientes funciones en la indagación, la investigación y el juzgamiento:

1. Como garante de los derechos humanos y de los derechos fundamentales:
 - a. Ejercer vigilancia sobre las actuaciones de la policía judicial que puedan afectar garantías fundamentales.
 - b. Participar en aquellas diligencias o actuaciones realizadas por la Fiscalía General de la Nación y los jueces de la República que impliquen afectación o menoscabo de un derecho fundamental.
 - c. Procurar que las decisiones judiciales cumplan con los cometidos de lograr la verdad y la justicia.
 - d. Procurar que las condiciones de privación de la libertad como medida cautelar y como pena o medida de seguridad se cumplan de conformidad con los Tratados Internacionales, la Carta Política y la ley.
 - e. Procurar que de manera temprana y definitiva se defina la competencia entre diferentes jurisdicciones en procesos por graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario.
 - f. Procurar el cumplimiento del debido proceso y el derecho de defensa.
 - g. Participar cuando lo considere necesario, en las audiencias conforme a lo previsto en este código.
2. Como representante de la sociedad:
 - a. Solicitar condena o absolución de los acusados e intervenir en la audiencia de control judicial de la preclusión.
 - b. Procurar la indemnización de perjuicios, el restablecimiento y la restauración del derecho en los eventos de agravio a los intereses colectivos, solicitar las pruebas que a ello conduzcan y las medidas cautelares que procedan.

- c. Velar porque se respeten los derechos de las víctimas, testigos, jurados y demás intervinientes en el proceso, así como verificar su efectiva protección por el Estado.
- d. Participar en aquellas diligencias o actuaciones donde proceda la disponibilidad del derecho por parte de la víctima individual o colectiva y en las que exista disponibilidad oficial de la acción penal, procurando que la voluntad otorgada sea real y que no se afecten los derechos de los perjudicados, así como los principios de verdad y justicia, en los eventos de aplicación del principio de oportunidad.
- e. Denunciar los fraudes y colusiones procesales.

Si quisiéramos esquematizar estas ideas generales y articular la teleología del Ministerio Público, tanto como *amicus curiae*, al igual que como organismo de control dentro del proceso penal, podríamos señalar tres grandes grupos de mandatos:

- i. *Como garante de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos:*
 - a. Participa en los allanamientos y registros

De conformidad con el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, las diligencias de registro y allanamiento que se realicen entre las 6:00 p. m. y las 6:00 a. m., deben ser comunicadas al Ministerio Público, para que considere, dentro de sus criterios institucionales, si amerita la presencia en el procedimiento de ingreso al inmueble, nave o aeronave.

El sentido de la norma apunta a un estándar más alto de garantías a sabiendas de la mayor vulnerabilidad que hay frente a la expectativa razonable de intimidad en los ciudadanos. Es natural que las personas sean, por regla general, más inermes en la noche, mientras duermen, que durante el día. Por eso el legislador las rodeó de una garantía adicional, esto es, contar eventualmente con la presencia del Ministerio Público.

Dentro de los criterios que podría desarrollar la Procuraduría General de la Nación, como rector de la labor ministerial, estaría la de definir los casos en los cua-

les se podría priorizar la presencia de procuradores y personeros, por ejemplo, en eventos donde haya personas de especial protección constitucional en el inmueble a registrar, o que se realice en zonas de población más vulnerable o en casos con alto impacto en la ciudadanía. Incluso, para reglamentar la participación del Ministerio Público en las diligencias a realizarse durante el día, pues nada impide que —como hasta ahora ha ocurrido— también pueda verificar la situación y afectación de garantías en los allanamientos realizados en jornada diurna.

b. Acompaña las diligencias de destrucción de elementos delictivos

De acuerdo al artículo 87 del Código Procesal Penal, el Ministerio Público *debe* acompañar las diligencias de destrucción de elementos que no sean requeridos con fines de comiso, reparación, extinción de dominio o que, simplemente, hayan perdido su capacidad demostrativa.¹³³

Así, los estupefacientes u objetos materiales de delitos relacionados con derechos de autor son usualmente destruidos siguiendo unos protocolos de bioseguridad, pero con la intención clara del legislador de evitar que ellos vuelvan al tráfico ordinario, por lo que la presencia del Ministerio Público allí sirve para tal garantía.¹³⁴ En efecto, su función consiste en comprobar que lo que es objeto de destrucción fue autorizado por el fiscal y que, por ejemplo, en el caso de sustancias alucinógenas, realmente lo destruido sea un elemento de tal naturaleza y no se produzca alguna sustitución de ella.

c. Participa en otros actos de investigación

Aunque no existe un desarrollo normativo muy detallado, la intervención del Ministerio Público en diligencias relacionadas con la ejecución de actos de investigación se deriva del mandato general de actuar en los procesos judiciales, en los términos del artículo 277 de la Constitución. Además, el artículo 111, numeral 1,

133 Al respecto, Manual del sistema de cadena de custodia (2018). Bogotá: Fiscalía General de la Nación, p. 11.

134 Recientemente, los procuradores judiciales de cierta región del país pusieron de presente su preocupación por lo ocurrido en esa zona, sobre posibles sustituciones de sustancias alucinógenas y, además, propusieron a la Fiscalía la creación de un protocolo detallado para su destrucción. Este tipo de alertas sirve para evitar que las sustancias ilícitas u otros elementos vuelvan a circular.

literal a), señala que le corresponde «ejercer vigilancia sobre actuaciones de policía judicial que puedan afectar garantías fundamentales».

En consecuencia, es recurrente que sea convocado para participar en diligencias de reconocimientos fotográficos o en fila de personas, a pesar de no ser un requisito legal.¹³⁵ Esto se hace, básicamente, por la trascendencia que tiene para el proceso el señalamiento que puede hacer un ciudadano respecto de una persona investigada. Las posibilidades de sugerir respuestas están latentes y tal acto de investigación podría tener algún peso probatorio durante la etapa del juicio.¹³⁶ Por lo cual, una salvaguarda de la indemnidad del testigo y unas garantías para quien se le investiga es un ejercicio importante que puede desempeñar el Ministerio Público. Al respecto, sin embargo, deberían existir algunos lineamientos institucionales.

Por otra parte, en ciertos casos, son los fiscales quienes convocan al Ministerio Público cuando existen preocupaciones por la situación del sujeto a entrevistar (o realizar otro acto de investigación), como cuando estamos ante personas de especial protección constitucional.

- d. Asiste a las audiencias, incluso, cuando no se ha activado la defensa técnica

Es importante tener claridad que el Ministerio Público puede asistir a las diferentes audiencias convocadas dentro del proceso penal, independiente de quién sea su solicitante. Así, puede participar de las audiencias de legalización de captura,¹³⁷ imputación,¹³⁸ medida de aseguramiento, de individualización de pena, etc. En cada una de ellas está legitimado para dar su fundada e imparcial opinión sobre

135 CSJ SP, 8 sept 2021, rad. 54693.

136 Sobre el tema, CSJ SP, 13 feb 2019, rad. 52893; CSJ SP, 8 sept 2021, rad. 54693, y CSJ SP, 1 dic 2021, rad. 58317.

137 Allí, por ejemplo, se ha promovido por parte de la Procuraduría 71 Judicial II Penal de Cali, el análisis sobre el tipo subjetivo en el tráfico de estupefacientes al momento de legalizar la captura. Incluso, se ha llevado tal debate, por parte del Ministerio Público, hasta la Corte Suprema, como se ve en CSJ STP, 14 ene 2021, rad. 114661. Aunque la Corte no ha acogido esta tesis, sí es importante ver la manera en que el representante de la sociedad abre importantes e impostergables debates.

138 Incluso, en la audiencia concentrada, si se trata de un proceso abreviado.

el tema.¹³⁹ Pero también es cierto que también habrá casos donde no será posible contar con la presencia de un defensor de confianza.

Esto ocurre, naturalmente, porque en fase de indagación, a veces no se cuenta con un investigado conocido. Es cierto, valga precisar, que el derecho a la defensa técnica existe aún durante la fase de indagación (sentencia C-799/05), pero también hay que reconocer que si no existe una persona contra quien se dirija la investigación, será poco probable que se haya designado un defensor de confianza.

Así, si durante la indagación se realizan ciertos actos de investigación y en ellos se afectan derechos fundamentales, se hace imperativa la realización de audiencias de control de garantías, tal como lo ha explicado la Corte Constitucional (sentencia C-336/07). Pero, sin indiciado conocido o sin defensa técnica de confianza, pues el ejercicio dialéctico que justifica la presencia del juez se ve bastante menguado. Es allí donde la presencia del Ministerio Público, como garante de derechos o intereses dispersos, colectivos o indeterminados (tal como ocurre en extinción de dominio), se hace relevante. Esto es un asunto del día a día.¹⁴⁰

- e. Puede solicitar que ciertas pruebas no sean decretadas por el juez

Uno de los aspectos más controversiales de nuestro sistema penal está relacionado con la competencia para desarrollar la etapa intermedia. En otros países de Latinoamérica, esta función la ejecuta un juez de garantías, es decir, uno distinto a aquel que llevará la fase del juicio. En nuestro país, la etapa preparatoria la asume el juez de conocimiento, es decir, el mismo ante quien se desahogarán las pruebas y que dictará el fallo.

139 Quienes tienen una confusión conceptual, al asimilar al Ministerio Público como una fiscalía, tal vez desconocen que es solo la Fiscalía quien tiene la facultad de solicitar capturas, convocar a audiencia de imputación o solicitar la imposición de medida de aseguramiento (junto con las víctimas). Pero ninguna de estas audiencias será promovida por procuradores judiciales o personeros.

140 Uno de los casos más sonados de esta circunstancia se dio por un allanamiento que, tal como lo sostuvo la procuradora designada a ese caso y según lo reconoció el juez, fue legalizado de manera extemporánea. Puede verse la reseña del caso en <https://www.eltiempo.com/amp/justicia/investigacion/procuraduria-no-acepta-pruebas-recogidas-por-fiscalia-en-caso-pizano-298064>. Se trata de un caso donde se hallaron muestras de cianuro en una vivienda. Por ello, no debería descartarse considerar, de lege ferenda, la participación obligatoria del Ministerio Público en las audiencias que se realizan cuando no se ha activado la defensa técnica.

El punto, para lo que aquí interesa, es que durante esa etapa intermedia el juez debe decidir sobre la inadmisión, rechazo y, especialmente, la exclusión de medios de conocimiento. Frente a este último punto, sea del caso mencionarlo, debe darse una discusión sobre la obtención de evidencias con violación de garantías fundamentales.¹⁴¹

Por tanto, el juez necesariamente va a tener que hacer un análisis de la obtención, esto es, por ejemplo, de la forma en que se produjo la diligencia de allanamiento, la interceptación de comunicaciones o la inspección corporal. Así, al final, tendría que observar el contenido de las evidencias, lo que implica una percepción fuera del juicio oral de ciertos medios de conocimiento, situación que resulta bastante compleja en términos de debido proceso probatorio.

Es allí donde el Ministerio Público, dada la posibilidad que tiene de revisar la actuación, puede servir al juez para entregarle información imparcial sobre la mejor decisión a adoptar, en función de las garantías que debe proteger. Así, el juez puede limitar su determinación a aspectos eminentemente jurídicos, sin que esto implique *contaminarse* con las evidencias.

Por lo demás, el Ministerio Público también puede ocuparse de las prohibiciones probatorias que surgen, por ejemplo, de pruebas que son inadmisibles por ser impertinentes,¹⁴² repetitivas, que recaigan sobre enunciados fácticos que no deban ser probados o que tengan alguna circunstancia de inadmisibilidad específica.¹⁴³

f. Está habilitado para pedir medidas de restablecimiento de derechos

141 Sobre las circunstancias que dan lugar a la exclusión de prueba directa o de prueba derivada de una prueba ilícita, puede verse nuestro trabajo «Reglas de exclusión en materia civil y penal» (2020), en Vivares Porras (comp.), Estudios de derecho probatorio (19), p. 201. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana.

142 En audiencias preparatorias se suele escuchar la palabra «conducencia», pero esta expresión es, por regla general, impropia en un sistema penal regido por la libertad probatoria.

143 Así, la Procuraduría 168 Judicial II Penal de Sucre tuvo que acudir a la acción de tutela para poder discutir la legalidad de un reconocimiento realizado por un informante anónimo. La Corte Suprema, en CSJ STP, 22 abr 2021, rad. 114535, tuvo que tutelar su derecho al debido proceso y ordenar al juez de instancia se permitiera el debate promovido por el Ministerio Público.

Las medidas orientadas a la reparación y de restablecimiento de derechos se encuentran previstas, entre otras normas, en el artículo 92 y siguientes del Código de Procedimiento Penal. Por ello, en función de las garantías de todos los ciudadanos al interior de la actuación y, en especial, de los menores de edad,¹⁴⁴ el Ministerio Público está facultado para pedir, por ejemplo, medidas de embargo y secuestro de los bienes del procesado que sean útiles a efectos de una eventual reparación de perjuicios.

Adicionalmente, de conformidad con el artículo 193, numeral 4, del Código de Infancia y la Adolescencia, el Ministerio Público puede solicitar cualquier medida cautelar orientada al pago de perjuicios e indemnizaciones.

g. Actúa en la fase de ejecución de penas

Quienes acuden al vetusto criterio de «igualdad de armas» o, en términos más actuales, *equilibrio de oportunidades*,¹⁴⁵ con el propósito de deslegitimar al Ministerio Público, usualmente tienen un sesgo limitado a etapas con carácter eminentemente litigiosas. Por eso olvidan fases como la indagación que, como ya se vio, puede aun tener déficit de defensa técnica o, incluso, con la ejecución de la pena, donde no hay participación de la Fiscalía ni de la representación de víctimas.

En efecto, la Corte Constitucional en sentencia C-233 de 2016, destacó que:

De esta forma, además de las funciones constitucionales que el artículo 277 Superior otorga al Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tales como vigilar el cumplimiento de las decisiones judiciales, defender los intereses de la sociedad, proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad, e intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales y administrativas, *el Legislador se ocupó de conferirle un papel preponderante en el sistema penal de tendencia acusatoria, adoptado por la Ley 906 de 2004*. Así, en el artículo 109 del CPP, determinó que el Ministerio Público puede intervenir en el proceso penal cuando sea necesario, en defensa del orden jurídico, del patrimonio o de los derechos fundamentales.

144 Corte Constitucional, sentencia C-210/07.

145 Al respecto, entre otros, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencias de los casos Chitay c. Guatemala, Escué c. Colombia, Atala c. Chile, Norín c. Chile, Quintana c. Ecuador, Granier c. Venezuela, Mémole c. Argentina, Radilla Pacheco c. México, entre otros.

Igualmente, el artículo 111 del CPP dispuso que el Ministerio Público en el marco de las actuaciones penales obra como garante de los derechos humanos y fundamentales, y como representante de la sociedad. En desarrollo de esas funciones, debe (i) procurar que las decisiones judiciales cumplan con los cometidos de lograr la verdad y la justicia; (ii) procurar que el cumplimiento de la pena se ajuste a lo establecido en los tratados internacionales, la Constitución y la ley; (iii) velar porque se respeten los derechos de las víctimas, testigos, jurados y demás intervinientes en el proceso, así como verificar su efectiva protección por el Estado (numeral 2, lit c), entre otras.

Lo anterior pone de presente que el Ministerio Público funge como protector de los intereses de los distintos intervinientes en el proceso penal, y concretamente frente a las víctimas, debe velar porque sus derechos sean respetados con el fin de garantizar el goce efectivo de los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación que les asiste a estas. De allí que incluso en la etapa de ejecución de las penas, por expresa habilitación del aparte final demandado del artículo 459 del CPP, pueda intervenir con miras a cumplir sus funciones constitucionales y legales.¹⁴⁶

Por ello, la incorrección de una determinación, una afectación a los derechos de las víctimas, la ausencia de un defensor, las condiciones indignas de privación de la libertad,¹⁴⁷ las circunstancias personales del condenado,¹⁴⁸ entre otros aspectos,¹⁴⁹ pueden y son motivo de frecuente preocupación por parte del Ministerio Público.

146 Corte Constitucional, sentencia C-233/16, cursiva no hace parte del texto original.

147 Como el caso que se observa en la sentencia de 21 de junio de 2021, rad. 11001-3109-043-2021-00105-01, del Tribunal Superior de Bogotá, en la que se acogió una acción de tutela interpuesta por la Procuraduría 7 Judicial II Penal de esta capital, a favor de una persona que estaba siendo tratada de forma inhumana en una estación de policía. También da cuenta de ello, la sentencia T-267/18 de la Corte Constitucional, conforme tutela interpuesta por dos Procuradurías Judiciales II Penal de Buga, a favor de las mujeres privadas de la libertad que estaban en condiciones inhumanas, en tanto no tenían lugares adecuados para su aseo personal, ni los insumos mínimos para ello.

148 Así se reconoció, por ejemplo, en la sentencia de 12 de marzo de 2020, rad. 2020-0053, emitida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en la que amparó los derechos de una persona en situación de adicción, para ser tratada de forma digna, por lo que acogió la tutela que, a favor del condenado, interpuso la Procuraduría 355 Judicial II Penal de esa municipalidad.

149 Por ejemplo, la declaratoria de cumplimiento de pena de forma irregular. Cfr. CSJ SP, 11 ene 2022, rad. 120773, donde confirma la posición de la Procuraduría 96 Judicial II Penal de Florencia. También ocurrió un caso en el que se le escondieron piezas procesales al Ministerio Público para verificar la situación de privación de la libertad del condenado. Al acoger la postura de la Procuraduría

Así lo enseñan múltiples casos en los que se han realizado intervenciones ante las autoridades judiciales. Por ejemplo, la Corte Constitucional acumuló las tutelas que se han venido presentando por procuradores judiciales penales en todo el país a favor de las personas privadas de la libertad y, en el fallo, extendió el estado de cosas inconstitucionales a quienes están reclusos en centros «transitorios» (estaciones de policía, unidades de reacción inmediata, entre otros), tal como se aprecia en la sentencia SU-122/22. Un pronunciamiento que se logró gracias a la intervención del Ministerio Público.

Pero también a través de otros mecanismos, como el incidente de corrección de la sentencia para evitar injusticias¹⁵⁰ o, incluso, por acción de revisión¹⁵¹ se hace palpable la trascendencia de la participación de procuradores judiciales y personeros en esta fase del proceso.

h. Defiende la publicidad y el acceso a la prensa en el proceso penal

Este es un punto que también fue declarado por la Corte Constitucional, tal como se aprecia en la sentencia C-429/20, al señalar que:

Ahora bien, contrario a lo que entienden los demandantes, de la imposibilidad de que los medios de comunicación y el público en general recurran la decisión del juez de limitar la publicidad del juicio, no se desprende la vulneración del derecho al debido proceso ni que el derecho a la información y la libertad de prensa se encuentren desprotegidos dentro del juicio penal. En efecto, los

163 Judicial II Penal de Santa Marta, el Tribunal Superior de esa ciudad consideró que este era un comportamiento penalmente relevante, según se ve en sentencia de 2 de septiembre de 2020, rad. 2010-2014. Igualmente, el Tribunal Superior de Pereira, en sentencia de 28 de marzo de 2019, en el proceso radicado 66001 22 04 000 2019 00044 00, declaró que la libertad condicional concedida a una persona condenada por acceso carnal abusivo había sido otorgada de forma irregular, por lo cual, acogió la acción de tutela promovida por la Procuraduría 151 Judicial II Penal de Pereira.

150 Uno de los casos más interesantes aparece reseñado en nuestro escrito «¿La corrección de la sentencia penal como herramienta para evitar consecuencias injustas?», en Murillo Granados y Tarapué Sandino (eds.), Estudios sobre derecho penal, constitucional y transicional (2020). Tomo I, p. 203. Medellín: Editorial Diké – Universidad Santiago de Cali. El hecho fue recogido por los medios nacionales, por ejemplo, en <https://www.radiosantafe.com/2018/12/08/sale-en-libertad-albanil-homonimo-de-fundador-de-los-grupos-paramilitares-en-los-llanos-purgaba-40-anos-de-carcel/>

151 Sentencia de 25 de enero de 2022, Tribunal Superior de Cundinamarca, Sala Penal, radicado, 25000 - 22 - 04 - 000 - 2019 - 00095 – 00, acción de revisión promovida por el Procurador 175 Judicial II Penal de Bogotá, que fue declarada procedente.

medios de comunicación y el público en general no son sujetos procesales dentro del juicio penal y, por tanto, no son titulares de las garantías procesales previstas por el Legislador. Sin embargo, el ordenamiento jurídico dispone de otros instrumentos para asegurar la protección de los intereses de los medios de comunicación y del público. Así, el Legislador previó la intervención del Ministerio Público en el proceso penal, con el fin de defender “[el] orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales”, por lo que dentro de sus funciones se encuentra “[p]rocurar que las decisiones judiciales cumplan con los cometidos de lograr la verdad y la justicia”. En ejercicio de sus funciones como interviniente, al Ministerio Público le corresponde actuar para proteger la libertad de prensa y el derecho a la información, y más específicamente, para velar el conocimiento de la verdad como uno de los resultados del proceso.

Por tanto, aunque la prensa no puede dirigirse directamente al juez, corresponde al Ministerio Público velar porque ella tenga suficiente acceso o se permitan los medios suficientes para que puedan realizar adecuadamente su labor, bien dirigiéndose al juez con petición formal al respecto o, incluso, a través de acciones constitucionales que así lo permitan.

ii. Como controlador de la discrecionalidad de la Fiscalía y, en general, de la disposición de la acción penal

La Fiscalía General de la Nación es el titular en el ejercicio de la acción penal. Esto es claro según los artículos 250 constitucional, como 66 del Código de Procedimiento Penal. Sin embargo, en nuestra estructura jurídica, esa facultad no le autoriza disponer libremente de esa acción penal. De hecho, existen controles institucionales y extrainstitucionales sobre el ejercicio de la misma.

Los controles institucionales surgen de la unidad de gestión y jerarquía de la propia Fiscalía, a través de directivas (algunas de ellas por mandato legal)¹⁵² o de figuras tales como los comités técnico-jurídicos.¹⁵³ Por otro lado, los ex-

152 Como ocurre con el principio de oportunidad, según el artículo 330 (exequible sentencia C-979/05), y los preacuerdos, de acuerdo al artículo 348 (exequible sentencia C-1260/05).

153 Corte Constitucional, sentencia C-232/16.

trainstitucionales hacen parte del ejercicio de pesos y contrapesos natural en nuestro Estado de derecho.

Así, tal como lo reconoció la Corte Interamericana de Derechos Humanos,¹⁵⁴ el artículo 277 de la Constitución Política establece que corresponde a la Procuraduría General de la Nación la vigilancia superior de la función pública, lo que debe incluir, naturalmente, la de administrar justicia. En ese sentido, la función de intervención del Ministerio Público se orienta a generar los necesarios controles extrainstitucionales cuando hay un exceso o defecto en la función de administrar justicia encomendada a la Fiscalía General de la Nación, en virtud de los artículos 116 y 250 constitucional.

Así, las preclusiones, el principio de oportunidad o los preacuerdos, son manifestaciones de esa discrecionalidad reglada que tiene la Fiscalía para disponer de la acción penal. Por ello, el papel del Ministerio Público allí es trascendente para no sacrificar los fundamentos del proceso penal y, de esta forma, evitar que se anule la teleología¹⁵⁵ que inspira a tales institutos.¹⁵⁶

Por ejemplo, la reciente discusión sobre los preacuerdos no puede pasar desapercibida¹⁵⁷ y las reglas vigentes¹⁵⁸ para la concesión de rebajas o adecuación de comportamientos hacen parte del ordenamiento jurídico, tal como se indicó

154 Sentencia de 8 de julio de 2020, caso Petro Urrego c. Colombia.

155 Sobre el tema, Gómez Pavaejau y otro (2019), Instituciones procesales penales por consenso, Tomo I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

156 Como cuando se pretende desatender la forma correcta de llevar a cabo una audiencia de preclusión. Por ejemplo, la Procuraduría 355 Judicial II Penal de Barranquilla interpuso recurso de apelación respecto de un fallo de tutela, que fue resuelto favorablemente por la Corte Suprema, en decisión CSJ STC, 22 abr 2022. O cuando se promueve una preclusión sin suficiente análisis, CSJ AP, 18 mar 2020, rad. 55629, donde se pretendía precluir la investigación a favor de unos generales por seguimientos irregulares y se acogió la apelación interpuesta por un agente del Ministerio Público. Sobre este punto, tesis vigente de la Corte Suprema de Justicia ha impedido que otras partes o intervinientes distintos a la Fiscalía apelen la negativa de preclusión (Cfr. CSJ AP, 15 feb 2010, rad. 31767). Habrá que estar atentos si esta visión se modifica.

157 Una de las sentencias más relevantes sobre el tema es la SU-479/19 de la Corte Constitucional, con ocasión de una tutela promovida por la Procuradora 181 Judicial II Penal de Bogotá. Se trata de un caso donde fue agredida sexualmente una mujer en situación de discapacidad. La Corte acogió los planteamientos del Ministerio Público.

158 Por todas CSJ SP, 24 jun 2020, rad. 52227; CSJ SP, 9 feb 2022, rad. 55914, y CSJ SP, 16 feb 2022, rad. 58186.

en precedencia. Por ello, el Ministerio Público debe llamar la atención sobre la observancia de dichas reglas.

Por otro lado, al igual que en el principio de oportunidad, tanto en el allanamiento (unilateral) como en los preacuerdos (consensual), debe existir, como fundamento inicial, una disposición, voluntariedad y conocimiento del imputado sobre las consecuencias de aceptar su responsabilidad.¹⁵⁹ Además, no puede quebrantar la presunción de inocencia, por lo que solo procede cuando exista prueba suficiente de la que se infiera la responsabilidad como autor o partícipe de una conducta típica, en los términos del artículo 327 del Código de Procedimiento Penal. Por tanto, frente a la liberalidad de la aceptación, como del estándar probatorio, el Ministerio Público debe ser uno de los llamados a constatar tal circunstancia.¹⁶⁰ De hecho, está en mejores condiciones que el juez para tal fin, pues, en principio, puede tener acceso a los elementos materiales probatorios que sustentarían esa inferencia o, incluso, de aquellos que podrían descartarla.

También debe constar que la aceptación de cargos respete el principio de legalidad, como elemento esencial del orden jurídico que debe hacer valer, según mandato expreso de la Constitución Política. En ese orden, tal como lo ha explicado la jurisprudencia,¹⁶¹ debe existir un *principio de verdad* en los preacuerdos y allanamientos, por lo cual el control que ejerce el Ministerio Público debe recaer sobre la correspondencia de los enunciados fácticos soportados en evidencias, frente a las conductas penalmente relevantes atribuidas y aceptadas.

De la misma forma, su papel también consiste en llamar la atención en aquellos casos en los cuales se hayan desatendido los topes punitivos previstos, las dosificaciones se hayan hecho de forma correcta, que las rebajas —cuando son proce-

159 Por ejemplo, la Procuraduría 7 Judicial II de Familia de Bogotá interpuso recurso extraordinario de casación en el que cuestionaba la forma en que se había producido la aceptación de cargos en un procedimiento abreviado. Al margen de si estamos de acuerdo con la conclusión, la Corte Suprema de Justicia le otorgó la razón al Ministerio Público y anuló. Cfr. CSJ, 16 mar 2022, rad. 60633.

160 Así, puede verse la decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, de 2 de mayo de 2022, rad. 760016000000202100264-01, en el que acoge el planteamiento hecho por la Procuraduría 62 Judicial II Penal de Cali, según el cual no existía el estándar probatorio suficiente para aprobar condenar anticipadamente a alguien.

161 CSJ SP, 24 jun 2020, rad. 52227.

dentes—¹⁶² atiendan los criterios legales y proporcionales,¹⁶³ y que no se autoricen subrogados que tengan algún tipo de restricción legal o que puedan resultar lesivos para la integridad de la víctima.

A propósito, la víctima tiene un papel importante dentro de la figura analizada. Así, tiene derecho a que sus intereses sean tenidos en cuenta dentro de la fase de negociación y a ser escuchada durante la aprobación del preacuerdo. Sin embargo, como lo explicó la Corte Constitucional, no tiene poder de veto.¹⁶⁴ Pero puede válidamente impugnar la decisión que aprueba el acuerdo o el fallo que de él se deriva.

Especialmente, cuando se trata de intereses colectivos o no hay representación de víctimas, el Ministerio Público debe prestar atención a que el preacuerdo cumpla con los cometidos de los que trata el artículo 348 del Código de Procedimiento Penal.

Un sentido elemental de justicia dictamina que el delito no puede ser fuente de riqueza.¹⁶⁵ Por eso, el reintegro del incremento del patrimonio que el procesado ha tenido es un aspecto que determinará, según la tesis jurisprudencial mayoritaria y vigente,¹⁶⁶ la viabilidad de rebaja de pena, en los casos en que ella es procedente.¹⁶⁷ En consecuencia, el Ministerio Público debe conceptuar sobre el cumplimiento del artículo 348 del Código de Procedimiento Penal.

Por todo lo anterior, el Ministerio Público puede contribuir a que las decisiones sobre terminación anticipada del proceso, aun en casos de condena, respete

162 Como se observa en la sentencia T-448/18 de la Corte Constitucional, donde se otorgaron rebajas a pesar de lo previsto en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, conforme tutela promovida por la Procuraduría 115 Judicial II Penal de Florencia.

163 Instituciones procesales penales por consenso, op. cit. Tomo I.

164 Corte Constitucional, sentencia C-516/07.

165 Corte Constitucional, sentencia C-059/10.

166 CSJSP, 9 feb 2022, rad. 55914. Así lo han reconocido varios tribunales. Así, en el rad. 2017-1733-5, el 12 de octubre de 2017 el Tribunal Superior de Antioquia acogió la petición de la Procuraduría 198 Judicial I Penal de Antioquia. En igual sentido, el Tribunal Superior de Barranquilla, en decisión de 6 de noviembre de 2020, rad. 11001-60-00000-2018-02628, al resolver una impugnación presentada por la Procuraduría 47 Judicial II Penal de esa ciudad, revocó la determinación de primera instancia, en un caso de enriquecimiento ilícito.

167 CSJ SP, 16 feb 2022, rad. 58186.

los derechos fundamentales del procesado, de la víctima y, en general, el orden jurídico. De hecho, puede impugnar la sentencia, así no haya participado de la audiencia de aceptación de cargos o de aprobación del preacuerdo.¹⁶⁸

a. Controla los archivos e inadmisiones de denuncias

Durante la indagación, la Fiscalía tiene la posibilidad de disponer de la acción penal, por ejemplo, a través del archivo de las diligencias o de la inadmisión de la denuncia. En ambos casos solo puede hacerlo, tal como lo ha explicado la jurisprudencia constitucional,¹⁶⁹ en casos de inexistencia del hecho o de atipicidad objetiva, incluso, se admite también por imposibilidad de establecer o ubicar el sujeto activo o pasivo.¹⁷⁰

Para poder controlar que esa disposición se haga dentro de los parámetros antes mencionados, debe existir algún control extrainstitucional. Por eso, la Corte Constitucional determinó¹⁷¹ que, ante tales hipótesis, la Fiscalía tiene el deber de comunicar la decisión al denunciante y, para lo que acá interesa, al Ministerio Público.

Así, cuando la Fiscalía archive las diligencias en exceso del rango al que se hizo referencia o cuando las evidencias demuestren que podría continuar con el ejercicio de la acción penal, tanto la víctima como el Ministerio Público pueden controvertir la decisión ante el mismo fiscal¹⁷² o, incluso, acudir al juez con función de control de garantías para que revise la determinación adoptada. Además, tiene la posibilidad de solicitar que se desarchiven las diligencias, por ejemplo, por aparición de prueba nueva.

168 CSJ STP, 28 abr 2020, rad. 109776, conforme tutela interpuesta por la Procuraduría 54 Judicial II Penal de Bucaramanga. Igualmente, en sentencia SU-479/19 de la Corte Constitucional, por tutela interpuesta por la Procuraduría 181 Judicial II Penal de Bogotá.

169 Corte Constitucional, sentencias C-1154/05 y C-1177/05.

170 CSJ AP, 5 jul 2007.

171 Sentencia C-1154/05, reiterada en C-233/16.

172 Uno de los casos donde la Fiscalía desatendió estos requerimientos del Ministerio Público fue descrito por la Corte Suprema, en decisión CSJ SP, 24 mar 2021, rad. 50295. Demanda de casación interpuesta por el defensor y una Procuraduría Judicial II Penal de Ibagué.

Por otra parte, también tiene la facultad de solicitar el archivo de las diligencias, sugerir la preclusión o el inicio del trámite del principio de oportunidad, como ya ha ocurrido en algunos casos.¹⁷³

b. Participa de las audiencias de principio de oportunidad

El principio de oportunidad es una facultad discrecional, pero reglada, por medio de la cual la Fiscalía General puede disponer de la acción penal, esto es, puede suspender, renunciar o, incluso, renunciar a su ejercicio.¹⁷⁴ El hecho de ser reglada implica, sin más, que está sometida a determinadas causales establecidas previamente por el legislador. Además, tal como lo ha resaltado la Corte Constitucional, esta facultad está controlada por el juez con función de control de garantías.

Dado que implica una disposición de la acción penal, es necesario traer de presente el literal d) del numeral 2 del artículo 111 del Código de Procedimiento Penal, según el cual corresponde al Ministerio Público «participar en aquellas diligencias y actuaciones (...) en las que exista disponibilidad oficial de la acción penal (...) en los eventos de aplicación del principio de oportunidad». Allí, según se desprende de la norma, es deber del Ministerio Público verificar que la voluntad de sometimiento al principio de oportunidad sea real y, además, que no se afecten los derechos de las víctimas, ni los «principios de verdad y justicia».

Esta norma tiene bastante sentido, si se considera que la aplicación del principio de oportunidad tiene su razón de ser en un sometimiento *voluntario* del procesado a tal instituto. Además, su concesión no puede comprometer su presunción de inocencia y, por tanto, solo procede cuando exista un mínimo estándar de prueba que acredite, al menos, la tipicidad del comportamiento y la autoría o la participación del investigado, tal como lo precisa el artículo 327 del Código de Procedimiento Penal.¹⁷⁵ Dicho en otros términos:

173 Así, solicitud elevada por la Procuraduría 358 Judicial II Penal, en el radicado 110016000050202008947, que fue acogida por la Fiscalía. Se trata de un caso contra una alcaldesa por violación de medida sanitaria. A partir de ese caso, la Fiscalía General de la Nación fijó directrices sobre el uso racional del poder punitivo en esa clase de delitos.

174 Sobre el tema Instituciones procesales penales por consenso, op. cit.

175 *Ibidem*. En ese sentido fue postulado por la Procuraduría 66 Judicial II Penal de Cali en el proceso radicado 76001-60-00-193-2019-01077, y así lo reconoció el Tribunal Superior de esa ciudad, en decisión de 13 de diciembre de 2021. Igualmente, en el proceso radicado 2020-

el principio de oportunidad no puede ser aplicado a personas inocentes y, hay que decirlo, esto debe ser cuidadosamente atendido por el agente del Ministerio Público.

Por otra parte, se le ha encomendado, por mandato legal, constatar que los derechos de la víctima sean considerados, aspecto que tiene relevancia en el marco de la figura analizada, no solo por mandato del artículo 330 del Código de Procedimiento Penal, sino porque así lo ha resaltado la Corte Constitucional, precisamente, al referirse al principio de oportunidad.¹⁷⁶ Es que la figura mencionada no puede ser instrumento de impunidad, en especial, cuando se trata de ciertos delitos graves, algunos de ellos, en los que se hace improcedente esta figura.¹⁷⁷

Pero el escrutinio debe ser mayor cuando se trate de intereses colectivos, como en casos de corrupción, narcotráfico, medio ambiente o seguridad pública, pues en ellos, en buena parte de los casos, no hay representación de víctimas o, simplemente, no están adecuadamente representadas en audiencia.¹⁷⁸ Allí, la atención del Ministerio Público debe estar centrada en una debida reparación, en especial, cuando se trate de causales que exijan, para su concesión, una indemnización u otra forma de justicia restaurativa, como ocurre con las causales 1, 7 y 13.

De hecho, en la primera causal del principio de oportunidad se establece que, en caso de no existir víctima conocida o individualizada, la caución que garantiza el pago de los perjuicios será fijada por el funcionario competente «una vez oído el concepto del Ministerio Público», tal como señala el artículo 324, numeral 1.

0664, el 11 de noviembre de 2020, el Tribunal Superior de Cundinamarca acogió la apelación de la Procuraduría 250 Judicial I Penal de Chocontá que solicitó invalidar un acuerdo donde se había reconocido la ira como parte del pacto, cuando en realidad se trataba de una legítima defensa de una mujer que actuó en un contexto de violencia por su pareja.

176 Sentencia C-209/07.

177 Sentencia C-936/10.

178 Hay que reconocer que en buena parte de los casos las entidades del orden público designan abogados competentes para representar sus intereses dentro del proceso penal. Sin embargo, en algunas ocasiones se ha observado que los abogados contratados no conocen las dinámicas propias de la Ley 906 de 2004 o, más grave, la entidad a la que representan aún está bajo influencia del procesado.

iii. Como representante de la sociedad en la construcción de la verdad judicial está facultado legalmente para:

- a. Ejercer control externo a los actos de investigación e incluso sugerir su viabilidad

Si nos atenemos al contenido del párrafo del artículo 109 del Código de Procedimiento Penal colombiano, según el cual, para el cumplimiento de la función encomendada al Ministerio Público, los fiscales y la policía judicial *lo enterarán* de las actuaciones de su competencia. La fórmula imperativa implica, necesariamente, que es una obligación darle a conocer sobre la existencia del proceso y su trámite. Pero, aunque suele existir discusión sobre las posibilidades de acceso que tiene el Ministerio Público a la carpeta de la Fiscalía, la fórmula de redacción establecida en el Código permite pensar que el enteramiento es, precisamente, para que pueda cumplir, en este caso, como organismo de control de la función pública de administrar justicia.¹⁷⁹

La forma adecuada de materializar ese control es, precisamente, constatando la manera en que se está ejerciendo la acción penal, lo que incluye, lógicamente, las omisiones deliberadas o descuidadas de la Fiscalía, especialmente, en la fase de indagación.¹⁸⁰ Se espera, de conformidad con el artículo 175 de la Ley 906, que esta etapa del proceso no supere los dos o tres años, según las circunstancias. Esto hace parte de la idea general de plazo razonable,¹⁸¹ garantía que también debe defender el representante de la sociedad.

Además, desatender los plazos previstos por la ley puede hacer, parafraseando al notable criminalista Edmond Lockard, que la verdad se esfume. Por tanto, corresponde al Ministerio Público controlar: i) que la indagación se haga en un pla-

179 Además, la reciente jurisprudencia de la Corte Constitucional ha habilitado que, tanto la defensa como la víctima, puedan acceder, por regla general, a la carpeta, por lo que la tesis expuesta en la sentencia T-582/14 ya deba ser replanteada. Al respecto, pueden verse las sentencias T-374/20 y C-559/19. De ahí que el Ministerio Público, en ejercicio de sus funciones de control de la función pública de la Fiscalía (C-233/16), también tiene la opción de acceder a la actuación.

180 O incluso, si no hay lugar a ejercer la acción penal, o si es otro sector de la justicia el que debe tramitarlo. Por ejemplo, puede verse la decisión de 2 de noviembre de 2021, del Tribunal Superior de Antioquia, Sala Penal, rad. 2021-01640-5, donde acoge la acción de tutela promovida por la Procuraduría Judicial I Penal de Puerto Berrío Antioquia, sobre jurisdicción competente para conocer cierto caso.

181 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Carvajal Carvajal c. Colombia.

zo razonable; ii) que no se abuse de las facultades investigativas en actividades desproporcionadas o impertinentes frente a la hipótesis planteada en el programa metodológico (art. 207); iii) que en casos de graves violaciones a los derechos humanos o infracciones al derecho internacional humanitario (DIH) el Estado, representado por la Fiscalía, cumpla con el deber de diligencia en las investigaciones, por lo que, eventualmente, podría sugerir actos de investigación que permitan esclarecer esos hechos y establecer la veracidad de los enunciados fácticos, de conformidad con el numeral 1, literal c), del art. 111 del CPP.

b. Solicitar la aclaración del escrito de acusación

En los términos del artículo 339 de la Ley 906 de 2004, el Ministerio Público puede señalar posibles nulidades, incompetencias, impedimentos o recusaciones en la persona del juez. Pero, especialmente, puede solicitar aclaraciones al escrito de acusación. Allí el papel es trascendente, pues debe verificar, entre otras circunstancias, que el escrito i) contenga hechos jurídicamente relevantes en lenguaje comprensible; ii) tenga consonancia con los enunciados fácticos imputados; iii) comprenda los delitos imputados o se explique lo que hará con los no incluidos; iv) no desborde los delitos atribuidos en imputación; v) no se trate de una acusación «inflada», etc. Esto también debe ocurrir en los casos de procedimiento penal abreviado.

c. Solicitar pruebas en la audiencia preparatoria

Al Ministerio Público se le ha facultado para solicitar pruebas en la fase preparatoria del juicio oral. Sin embargo, el artículo 357 del Código de Procedimiento Penal advierte que esta posibilidad es solo *excepcional*. Esta mención es entendible dado el propósito de mantener el equilibrio de oportunidades, en este caso, en la postulación probatoria, entre los naturales contradictores: Fiscalía y defensa. De tal naturaleza, el Ministerio Público debe ser extremadamente cuidadoso con no sustituir a alguna de las partes. Su labor, en consecuencia, debería estar orientada exclusivamente a aquellos casos donde se trate de intereses constitucionales involucrados.

Tal excepcionalidad, entonces, se trataría de casos en los que, por ejemplo, se trate de personas de especial protección constitucional, como cuando se advierta que haya una posible disfunción cognitiva que dé lugar a una incapacidad de

comprensión del injusto o de determinarse según tal comprensión, la petición de pruebas tendría lugar. Con la misma lógica, cuando se trate de casos donde la marginalidad, la pobreza extrema, el error de prohibición, la comprensión diferenciada del injusto o la ignorancia hayan influido en la ejecución de la conducta punible, deberían solicitarse pruebas que permitan establecer si hay lugar o no a tal reconocimiento. Igualmente, cuando las víctimas de delitos graves se encuentren en situación de desprotección tal que el proceso penal pueda, incluso, convertirse en un instrumento de revictimización. Esto es especialmente importante en graves violaciones a los derechos humanos (DD. HH.), infracciones al DIH u otro tipo de conductas que afecten notablemente la dignidad de las personas. En esta enunciación también deberían estar aquellos casos en los que el patrimonio público puede estar comprometido y sea necesario acreditar el curso, la cuantía o el beneficiario de los recursos del Estado.

Las pruebas solicitadas, además, deben estar precedidas por las cargas procesales y argumentativas mínimas, como se le exige a cualquiera de las partes. Así, debe existir un previo descubrimiento y para su postulación deben ofrecerse criterios claros de pertinencia y, de ser el caso, de admisibilidad y utilidad.¹⁸² Pero, además, el mismo artículo 357 establece un criterio adicional: «esencial influencia en los resultados del juicio». Esto quiere decir que no se puede tratar de prueba de corroboración, ni de prueba sobre la prueba, por ejemplo.

Se suele preguntar sobre la forma en que se evacuaría la prueba durante el juicio oral. Si el Ministerio Público decide solicitar, de forma excepcionalísima, una prueba, su práctica debe estar a cargo de la parte que, según la argumentación planteada, *ex ante* pueda resultarle favorable el resultado probatorio o acreditado el enunciado fáctico que le beneficie. Por ejemplo, una prueba sobre la existencia de algún tipo de trastorno en el imputado será presentada a través del perito que llegó a dicha conclusión y, entonces, el interrogatorio directo sería ejercido por la defensa.

Lo anterior teniendo en cuenta que, aunque el Ministerio Público tiene, por excepción, la posibilidad de postular pruebas, carece, al igual que las víctimas, de la facultad de desahogar por sí mismo medios de conocimiento, con el fin

182 CSJ AP, 7 mar 2018, rad. 51882.

de mantener el equilibrio de oportunidades, sin perjuicio de algunas preguntas que podrá hacer, como se indica a continuación.

d. Hacer preguntas complementarias a los testigos durante el juicio

Esta facultad, expresamente atribuida al Ministerio Público, implica que, una vez terminado el examen cruzado que se le hace al testigo por las partes, se le podrán hacer preguntas complementarias «para el cabal entendimiento del caso.¹⁸³ Esta opción fue analizada por la Corte Constitucional y se entendió que su finalidad «procura que la prueba testimonial revele de manera más diáfana, los hechos que se pretenden probar en el proceso, lo que a su vez representa una mejor comprensión de lo sucedido y mejores opciones para resolver con justicia». Sin embargo, el mismo tribunal hace tres precisiones importantes:

i) Sobre el objeto del interrogatorio hecho por el juez o el Ministerio público, el legislador dispuso que la intervención de éstos sería para “formular preguntas complementarias”. Esto debe significar justamente eso, dar complemento, añadir a lo que se ha preguntado de parte y parte, para hacer íntegra y completa una declaración testimonial. Por ello ocurre una vez terminados los interrogatorios de las partes, pues sólo en este momento aquéllos pueden reconocer la información y precisión que falta en la declaración rendida frente a los hechos relevantes al proceso. Adicionalmente, su interpretación debe estar articulada con lo previsto en el art. 357 C.P.P, arriba analizado. En aquel precepto se reconoce al Ministerio público la excepcional atribución de solicitar una prueba por ser de esencial influencia para las resultas del caso. Se habla allí de una prueba *ex novo*, no contemplada por las partes. En este caso, se trata sólo del complemento a los interrogatorios formulados por ellas y así debe ser comprendido, aplicado y ejercido.

ii) La habilitación bajo análisis debe ser consecuente con los principios de la prueba en el proceso penal, a modo de garantizar la coherencia en el funcionamiento del sistema de normas de la Constitución y la ley. Porque al ser parte de una actuación procesal, las preguntas complementarias del juez o del Ministerio público deben ser respetuosas de los principios rectores

183 Al respecto, Corte Constitucional, sentencia T-503/11.

y garantías procesales del C.P.P. (arts. 1-19), que a su vez reproducen derechos y principios constitucionales esenciales como son la dignidad humana, la libertad, la igualdad, el *indubio pro reo*, la legalidad, la imparcialidad, la contradicción, la lealtad y la buena fe (arts. 1º, 2º, 13, 28, 29, 6, 84 CP). En el mismo orden, como parte de los elementos probatorios del proceso, las preguntas complementarias tienen que ser pertinentes (art. 375 C.P.P.), admisibles (art. 376 C.P.P.), formuladas públicamente, en presencia de las partes (art. 377 C.P.P.), quienes pueden contradecirlas y oponerse a ellas (art. 378 C.P.P.). También deberán cumplir con las reglas sobre los interrogatorios establecidas, esto es, con la especificidad, claridad, respeto al testigo y pertinencia requeridas (art. 392 C.P.P.).

Y en lo que concierne al juez, además de enfatizar en la preservación de su imparcialidad objetiva y subjetiva como supuesto indiscutible de la administración de justicia en el Estado de Derecho (art. 13, 29, 229 CP), debe asegurar que sus preguntas complementarias sean claras y precisas y busquen que el interrogatorio sea leal y completo (art. 392, *in fine* C.P.P.).

iii). En este mismo sentido, la expresión “cabal entendimiento del caso”, no puede entenderse como un concepto jurídico indeterminado, pues tal aserto lo que busca es que se pueda completar el interrogatorio, cuando de lo dicho por el testigo se aprecien elementos fácticos que las partes no hayan considerado suficientemente; se busca también que el juez o el Ministerio Público pregunten a fin de completar, hacer más acabado el testimonio y, por tanto, más comprensible e inteligible el conocimiento del caso.¹⁸⁴

En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia sostuvo, frente a las preguntas de aclaración que hace el juez, lo siguiente:

[En] materia probatoria, y en particular en lo atinente al testimonio, la regla es que el juez debe mantenerse equidistante y ecuánime frente al desarrollo de la declaración, en actitud atenta para captar lo expuesto por el testigo y las singularidades a que se refiere el artículo 404 de la Ley 906 de 2004, interviniendo solo para controlar la legalidad y lealtad de las preguntas, así como la claridad y precisión de las respuestas, asistiéndole

184 Sentencia C-144/10.

la facultad de hacer preguntas, una vez agotados los interrogatorios de las partes, orientadas a perfeccionar o complementar el núcleo fáctico introducido por aquellas a través de los respectivos interrogantes formulados al testigo, es decir, que si las partes no construyen esa base que el juez, si la observa deficiente, puede completar, no le corresponde a este a su libre arbitrio y sin restricciones confeccionar su propio caudal fáctico.

La literalidad e interpretación que corresponde a la citada norma no deja espacio distinto al de concluir que con la misma se restringe entonces igualmente la posibilidad de intervención del juez en la prueba testimonial practicada a instancia de alguna de las partes, para preservar el principio de imparcialidad y el carácter adversarial del sistema, en el cual la incorporación de los hechos al litigio está exclusivamente en manos de aquellas, evitando de esa manera que el juicio se convierta, como ocurre en los sistemas procesales con tendencia inquisitiva, en un monólogo del juez con la prueba bajo el pretexto eufemístico de la búsqueda de la verdad real.¹⁸⁵

Estas razones son válidamente aplicables en el caso del Ministerio Público y, en especial, frente a las preguntas de aclaración. Se trata de interrogantes que complementen, no que suplan la labor de una de las partes. Incluso, dado que el Ministerio Público no es contraparte, ni de la Fiscalía, ni de la defensa, no está autorizado a hacer preguntas sugestivas, pues ellas son propias de la parte opuesta de quien propuso el testigo. Las preguntas, entonces, deberían ser abiertas y sobre los ejes temáticos ya abordados por las partes.¹⁸⁶

e. Puede presentar objeciones

Como parte de las funciones de control que se le han entregado al Ministerio Público aparece, en el artículo 395 del Código de Procedimiento Penal, la de presentar oposiciones, es decir, manifestaciones de inconformidad hacia las

185 CSJ SP, 4 feb 2009, rad. 29415. En igual sentido, CSJ SP, 27 abr 2022, rad. 58446.

186 Como ocurrió en el caso de que trata la sentencia T-503 de 2011 de la Corte Constitucional. Igualmente, tuvo lugar en el proceso radicado 66-045-31-89-001-2.018-00033-01, tal como lo relata la sentencia de 22 de mayo de 2020 del Tribunal Superior de Pereira. Allí, el procurador 231 judicial I penal de esa ciudad hizo preguntas de aclaración al testigo sobre la razón de un temor que había mencionado al rendir declaración y, en consecuencia, se pudo determinar el motivo de la preocupación y la incidencia del mismo en la valoración del testimonio.

preguntas que alguna de las partes está formulando o, incluso, a las respuestas brindadas por el testigo.

Las objeciones u oposiciones tienen, entre otros, dos objetivos relevantes: evitar que al testigo se le confunda, ofenda o se le insinúe el sentido de las respuestas, así como evitar que llegue al juez información que, por razones de lealtad procesal, no debería ser presentada en juicio.

En el primer objetivo, corresponde al Ministerio Público, especialmente, evitar las preguntas que puedan atentar en contra de la dignidad del testigo, como cuando se le indaga por el pasado sexual de la víctima¹⁸⁷ o, por cualquier otro motivo, se le ofende o agrede. En el segundo, se trata de evitar, de forma relevante, por ejemplo, que el testigo revele información conocida en razón de su profesión¹⁸⁸ o parentesco y que, por mandato legal o constitucional, no esté en la obligación de suministrar. Es cierto, existe un catálogo más amplio de objeciones, pero el Ministerio Público debe prestar atención a las garantías de las víctimas y testigos.

f. Realizar alegatos de clausura

Aunque no puede presentar alegatos de apertura, pues no tiene la atribución de plantear teoría del caso, sí puede conceptuar sobre los enunciados fácticos y probatorios que resultaron de lo actuado en el juicio oral.¹⁸⁹ Se trata de darle una propuesta objetiva de valoración probatoria al juez, desprendida de intereses en las resultas del proceso que, de hecho, lo hace más cercano a la figura del

187 Por ejemplo, con las reglas fijadas en la sentencia T-453/05 de la Corte Constitucional.

188 Ocurrió así en el proceso radicado 110016000015201501215 02, donde el Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de 24 de marzo de 2021, declaró que la actuación del procurador 154 judicial II penal de Bogotá fue adecuada, pues, aunque «la defensa reprocha la actitud asumida por el Ministerio Público (...). Sin embargo, el tribunal no encuentra que la postura del interviniente especial haya estado parcializada; por el contrario, el rol que asumió fue la protección de los derechos fundamentales de la menor víctima, que durante el proceso fue instrumentalizada para los fines de la defensa, lo que es coherente con su función constitucional». De hecho, compulsó copias penales y disciplinarias a la abogada defensora por «manipulación de la víctima».

189 Tesis que resultan importantes para una mejor decisión judicial. Por ejemplo, radicado 20160118 del Tribunal Superior de Baraquilla, sentencia de 18 de enero de 2021, donde expresamente se acogieron los planteamientos de la Procuraduría 355 Judicial II Penal de esa ciudad y se emitió fallo absolutorio. Por otro lado, la Procuraduría 250 Judicial I de Cundinamarca propuso un análisis de un contexto de violencia de género en un caso donde una mujer había sido señalada de agredir a su esposo, por lo que el Juzgado Penal del Circuito de Chocontá, en sentencia de 19 de enero de 2022, rad. 25 – 183 – 60 – 00689 – 2020 – 00023 – 00, acogió su petición y absolvió.

amicus curiae en los ordenamientos comparados, según se explicó previamente. Allí puede presentar, incluso, una conclusión alternativa y diferente¹⁹⁰ a la que presentaron las partes, siempre dentro del marco de la acusación.¹⁹¹

- g. Puede promover y construir el incidente de reparación integral

En general, el Ministerio Público está facultado para promover el incidente de reparación integral, tal como lo señala el artículo 102 del Código de Procedimiento Penal, para la determinación de los perjuicios causados con la conducta punible.

Igualmente, es importante recordar que, según el artículo 197 del Código de la Infancia y la Adolescencia, en los delitos en los que se juzgue a un adulto por un delito en el que sean víctimas niños, niñas o adolescentes, el incidente de reparación se iniciará de oficio, si no se hubiese promovido. Por ello, el Ministerio Público está facultado para hacer el llamado al juez sobre el particular.

- h. Puede presentar recursos de apelación, de casación y de revisión

Como parte de sus funciones de control de la función pública de administrar justicia, el Ministerio Público está válidamente facultado para solicitar que una instancia superior examine las decisiones que se adoptan por parte de los jueces y

190 Así, en el proceso radicado 08-001-60-01055-2018-006104-00, la Fiscalía había solicitado condena por un homicidio doloso, pero el juzgado Quinto Penal del Circuito de Barranquilla, en sentencia de 5 de junio de 2020, acogió la solicitud expresa realizada por la Procuraduría 355 Judicial II Penal y condenó únicamente por homicidio preterintencional. Igualmente, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Neiva, en sentencia de 4 de octubre de 2019, rad. 2013-01200-00, acogió el planteamiento de la Procuraduría 137 Judicial II Penal de esa ciudad y declaró que el procesado había actuado amparado en una situación de ira y, por tanto, reconoció la disminución punitiva. Por otro lado, el Tribunal Superior de Cali acogió la atribución de un delito diferente al acusado mucho menos grave, conforme solicitud hecha por la Procuraduría 66 Judicial II Penal de esa sede, en el proceso radicado 193-201702608, en decisión de 20 de junio de 2019. En el proceso radicado CSJ SP, 27 abr 2022, rad. 52728, la Corte Suprema de Justicia acogió el concepto del Ministerio Público que, aunque descartó que se tratara de simples lesiones, sí explicó cómo podría ser tentativa de homicidio, respecto de quien había sido condenado por homicidio consumado.

191 Por ejemplo, en el proceso radicado 08-001-60-00000-2014-00124-00, la Procuraduría 355 Judicial II Penal de Barranquilla llamó la atención sobre la posible incongruencia que podría darse si se acogiesen los alegatos de la Fiscalía, solicitud que expresamente fue acogida por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de esa ciudad, en sentencia de 19 de abril de 2022.

magistrados.¹⁹² De hecho, el artículo 111, literal c, de la Ley 906 de 2004 establece que uno de los propósitos de la participación de procuradores y personeros en el proceso penal, precisamente, es buscar la justicia en las decisiones de las autoridades judiciales. Así que, si la decisión cuestionada no se corresponde con un sentido de justicia, la impugnación procede.¹⁹³

Por ello, tal como lo sostuvo la Corte Suprema, «no es posible negar al órgano de control hacer uso del recurso de apelación cuando acude como apelante único, pues, se repite siempre, que el propósito sea evitar violaciones al orden jurídico no constituye un quebrantamiento del sistema adversarial». ¹⁹⁴ Al contrario, no interponer recursos, puede ser motivo de reproche penal.¹⁹⁵

Además, específicamente, los artículos 182 y 193 del Código de Procedimiento Penal autorizan al Ministerio Público a interponer el recurso extraordinario de casación¹⁹⁶

192 Como cuando la autoridad carece de legitimidad para dictar la decisión, por ejemplo, en los eventos en los que ha operado el fenómeno de la prescripción. Así ocurrió en el proceso radicado 73 001 60 00 450 2013 00933 02, en decisión de 30 de junio de 2020, del Tribunal Superior de Ibagué, según recurso interpuesto por la Procuraduría 300 Judicial I Penal de esa ciudad. Igualmente, cuando la decisión de segunda instancia ha quebrantado el principio de no reforma en perjuicio, tal como se aprecia en CSJ SP, 14 abr 2021, rad. 53718, en demanda de casación interpuesta por la Procuraduría 46 Judicial II Penal de Barranquilla, a favor del condenado.

193 Por ejemplo, al apelar la condena emitida, la Corte Suprema, en decisión CSJ SP, 26 may 2021, rad. 55587, acogió la solicitud de la Procuraduría 355 Judicial II Penal de Barranquilla y absolvió. Igualmente, por apelación de la Procuraduría 66 Judicial II Penal de Cali, la Corte Suprema, en decisión CSJ SP; 11 mar 2020, rad. 54760, absolvió. La Corte Suprema de Justicia, en decisión CSJ SP, 1 sept 2021, rad. 58154, revocó la decisión de condena y, en su lugar, absolvió conforme lo solicitó en apelación un Procurador Judicial Penal del Valle del Cauca. También puede verse la apelación interpuesta por la Procuraduría 22 Judicial II Penal de Valledupar, a favor del condenado, en que la Corte Suprema acogió el recurso, como se ve en CSJ SP, 15 jul 2020, rad. 53997.

194 CSJ AP, 13 feb 2019, rad. 54466, en el que se resolvió un recurso de queja interpuesto por la Procuraduría 64 Judicial II Penal de Cali, contra una determinación del Tribunal de esa ciudad que se abstuvo de resolver la apelación interpuesta en contra de una sentencia proferida por un caso de prevaricato.

195 CSJ SP, 3 jul 2013, rad. 38005.

196 Como ocurrió, entre otros, en el radicado CSJ SP, 6 abr 2022, rad. 60411, en un caso en el que involucraba la pérdida de recursos de una reconocida universidad de la región caribe. La corte acogió la demanda interpuesta por la Procuraduría 353 Judicial II Penal de Barranquilla y casó la decisión. En el caso CSJ SP, 2 jun 2021, rad. 52830, la Corte Suprema acogió la demanda interpuesta por un ex procurador judicial II de Pereira, en un caso donde se habían construido irregularmente los hechos indicadores sobre el ánimo de distribución en porte de sustancias alucinógenas. En un mismo sentido, CSJ SP, 19 may 2021, rad. 56087, en el que la Corte acoge demanda de casación interpuesta por la Procuraduría 87 Judicial II Penal de Villavicencio, a favor del condenado.

y la acción de revisión,¹⁹⁷ respectivamente. Incluso, cuando no hizo uso del recurso de apelación.¹⁹⁸

De la misma forma, como es natural, puede intervenir como no recurrente,¹⁹⁹ o hacer notar algún desacierto en la forma y fondo sobre la resolución de recursos.²⁰⁰

197 Por ejemplo, CSJ SP, 16 feb 2022, rad. 51188. En ese caso, la Procuraduría 358 Judicial II Penal de Bogotá promovió acción de revisión, con ocasión de prueba nueva en un caso de grave violación a los derechos humanos, en un homicidio perpetrado contra un periodista. La Corte Suprema acoge la solicitud del Ministerio Público.

198 Por ejemplo, cuando «se introduce una modificación desfavorable a los intereses del impugnante» CSJ AP, 3 jul 2013, rad. 41054, o si lo criticado es «un vicio sustancial que contraiga la declaración de nulidad» CSJ SP, 17 jun 2020, rad. 54332, y CSJ SP, 14 abr 2021, rad. 53718, o cuando había confiado en que los falladores «acatarían el principio de legalidad y decidirían conforme al mismo» (ib), o cuando se produce un cambio de jurisprudencia que hace necesaria la intervención de la Corte Suprema. Esta última fue la hipótesis ocurrida en un caso donde se reconoció la necesidad de probar el ánimo de distribución en el tráfico de estupefacientes. Así lo hizo saber el entonces procurador judicial II de Pereira al interponer el recurso de casación en favor del condenado, como se ve en CSJ SP, 16 jun 2021, rad. 52755.

199 En el radicado 25269-60-00-389-2019-00007-01, el Tribunal Superior de Cundinamarca, en decisión de 13 de agosto de 2020, previo concepto del Ministerio Público como no recurrente, reconoció que se había dictado válidamente sentencia en un caso por feminicidio agravado y acto sexual con persona incapaz de resistir, como lo manifestaron los procuradores 254 y 258 judiciales I de Cundinamarca.

200 Como cuando un tribunal se abstuvo de resolver una prescripción y, en su lugar, prefirió declarar la nulidad. Por lo cual, la Procuraduría 133 Judicial II Penal de Montería interpuso acción de tutela para que el tribunal resolviera de fondo la cuestión, y así lo declaró la Corte Suprema en CSJ STP, 8 jul 2021, rad. 117833.

Epílogo

Cada tanto aparece alguien con cierta propuesta de reforma normativa. Sin embargo, esta serie de ideas se hacen más por sus propios sesgos, prejuicios, intereses o intuiciones, que por iniciativas basadas en evidencia. Por ello, es necesario hacer un análisis mejor informado sobre el impacto que puede tener el Ministerio Público en materia penal, esta vez delimitado a solo uno de sus ámbitos de acción: el sistema acusatorio.

Como se ve, la Constitución, el legislador y la Corte Constitucional han ido confiando en el Ministerio Público *aquellas funciones que buscan mejorar las garantías de los ciudadanos, velar por los intereses colectivos, defender el patrimonio público y controlar la función judicial*. Por ello, la Corte Suprema de Justicia, desde 2016, ha expandido el espacio de intervención para que personeros y procuradores judiciales puedan cumplir con su cometido.

El impacto de ese nuevo entendimiento de la figura del Ministerio Público es evidente. No solo ha contribuido a nuevos y profundos debates hermenéuticos, sino que ha evitado la materialización de decisiones injustas. Claro, esto sin contar con todas las actividades que no se miden en términos de decisiones judiciales, sino que contribuyen a la función preventiva, también encomendada. Así, temas tales como la destrucción de sustancias estupefacientes; participación en actos de investigación que inciden en derechos fundamentales, especialmente, en allanamientos tan invasivos como aquellos que se realizan en las noches, o la verificación de las condiciones de reclusión, hacen no solo importante, sino necesario que un interviniente, separado de los intereses parcializados de los contendores naturales, sea escuchado al interior del proceso penal y controle excesos en la función pública de administrar justicia.

Bibliografía

a. Bibliografía del capítulo I

- AMBOS, K. (2003). «International criminal procedure: «adversarial», «inquisitorial» or mixed. En *International Criminal Law Review*. Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. 3: 1-37.
- ARMENTA DEU, T. (2008). «Juicio de acusación, imparcialidad de la acusación y derecho de defensa». En *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid: Editorial Marcial Pons.
- BACHMAIER WINTER, L. (2008). «Acusatorio versus inquisitivo. Reflexiones acerca del proceso penal». En *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Editorial Marcial Pons. Madrid.
- BAZÁN, V. (julio – septiembre, 2014). «Justicia constitucional y fortalecimiento cualitativo del debate jurisdiccional». En *Revista Estado de Derecho. Nueva Serie* (33). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- BAZÁN, V. (2005). «El amicus curiae en clave del derecho comparado y su reciente impulso en el derecho argentino». En *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Comparado* (12). México D. F.
- BRICKHILL, J. (2006). *The Intervention of Amici Curiae in Criminal Matters: S v Zuma and S v Basson Considered*, 123 S. African L.J. 391.

BRODIE, I. (2002). «Friends of the court: the privileging of interest group litigants in Canada». *State University of New York Press*, EBSCOhost.

CHANDRA MOHAN, S. (2010). «The amicus curiae: friends no more?». En *Singapore Journal of Legal Studies*. 352–374.

CONDADO DE OAKLAND, Michigan (EE. UU):

<https://www.oakgov.com/courts/circuit/friend-of-the-court>

<https://www.3rdcc.org/divisions/friend-of-the-court#/list>

CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-399/95

_____, sentencia C-479/95

_____, sentencia C-47/96

_____, sentencia C-389/96

_____, sentencia T-649/96

_____, sentencia C-196/97

_____, sentencia C-568/97

_____, sentencia C-805/02

_____, sentencia C-966/03

_____, sentencia C-591/05

_____, sentencia C-210/07

_____, sentencia C-144/10

_____, sentencia T-503/11

_____, sentencia T-293/13

_____, sentencia C-233/16

CORPORACIÓN EXCELENCIA EN LA JUSTICIA. (2002). *Reforma constitucional de la justicia penal. Actas de la comisión preparatoria y documentos de trámite legislativo*. 1.^a edición. Legis Editores.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, CANADÁ, SOR2002-156, disponible en

<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/regulations/SOR-2002-156/page-1.html>

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Estados Unidos de América. *Supreme Court Rules*.

Adoptadas en abril de 2013. <https://www.supremecourt.gov/ctrules/2013RulesoftheCourt.pdf>

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA, CSJ SP, 15 jul 2020, rad. 52046.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA, Acuerdo No. 28 de 2004.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PARAGUAY, Sala de Acuerdos, Acta No. 479 del 9 de octubre de 2007.
- DALY N. (1990). «Amicus curiae and the public interest: a search for a standard», 12 *International Law & Policy Review* 389.
- FERRAJOLI, L. (2002). *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta.
- FERRER MC GREGOR, E., MARTÍNEZ RAMÍREZ, F. Y FIGUEROA MEJÍA, G. (coords.). (2014). *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*. Tomo I. México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- GIFIS STEVEN, H. (2003). *Black Law Dictionary*. 5.a edición. Nueva York: Barrons.
- GUZMÁN DÍAZ, C. ¿Tiene cabida el Ministerio Público en el proceso penal?», en *Rostros y rastros*, Procuraduría General de la Nación. Bogotá, junio de 2018, año 9, No. 20, p. 64. Disponible en <https://www.procuraduria.gov.co/iemp/media/file/docs/230295-Revista%20Rostros%202020%20PB.pdf> consultado en agosto de 2020.
- McLAUCHLAN, J. S. (2005). «Congressional participation as amicus curiae before the U.S. Supreme Court». *LFB Scholarly Publishing LLC*. American Legal Institutions. EBSCOhost.
- MINISTERIO DE JUSTICIA, Nueva Zelanda, sitio web: <https://www.justice.govt.nz/courts/going-to-court/without-a-lawyer/representing-yourself-criminal-high-court/appearing-in-court-what-you-need-to-know/>
- MUÑOZ NEIRA, O. (2006). *Sistema Penal Acusatorio de Estados Unidos*. Editorial Legis. 1.ª Edición. Bogotá.

_____. (2015). *Los orígenes del sistema penal acusatorio en Colombia. Influencia del derecho estadounidense en el proceso penal colombiano*. Tesis doctoral. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.

RE LORETTA. (1984). «The amicus curiae brief. Acces to the courts for public interest association», 14 *Melbourne University Law Review*. Vol. 14, Melbourne.

SPIES AMANDA. (2016). «The impotance and relevance of amicus curiae participation in titigating on the customary law of marriage», 16 *African Human Rights Law Journal*. 247.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL, Iniciativa de las Mujeres para la Justicia de Género, en el caso contra Jean Pierre Bemba Gombo, decisión del 31 de julio de 2009.

TRIBUNAL PENAL ESPECIAL PARA CAMBOYA, caso Kain Guek Eav, Caso No. 001/18-07-2007/ECCC/TC, D, decisión del 12 de octubre de 2009.

VOGLER RICHARD. (2005) «Adversidad y el dominio angloamericano en el proceso penal». En *Constitución y sistema acusatorio*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

_____. (2008). «El sistema acusatorio en los procesos penales en Inglaterra, y en Europa Continental». En *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Editorial Marcial Pons. Madrid.

b. Bibliografía del capítulo II

ANDRADE CASTRO, J. Y CÓRDOBA ANGULO, M. (2007). *Estructura básica del sistema procesal colombiano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

ARMENTA DEU, T. (2004). *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. 2.^a edición. Madrid: Editorial Marcial Pons.

BAUMANN, J. (1986). *Derecho Procesal penal. Conceptos fundamentales y principios procesales*. Buenos Aires: Ediciones de Palma.

- BERGMAN P. Y BERMAN S. (2009). *Criminal Law Handbook*. 11.^a Edición. Berkeley: Nolo editores.
- BERNAL CUÉLLAR, J. Y MONTEALEGRE LYNETT, E. (2004). *El Proceso penal. Fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio*. Tomo I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- BUSTOS RAMÍREZ, J. Y LARRAURI PIJOAN, E. (1993). *Victimología: presente y futuro*. Barcelona: PPU Editores.
- CABEZAS MARTÍNEZ, C. Y VELASCO MUÑOZ, J. A. (2018). *Principios rectores del sistema procesal penal con tendencia acusatoria*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- CADAVID BOTERO, M. N. (1996). *Régimen penal colombiano*. Bogotá: Editorial Leyer.
- CAFFERATTA NORES, J. I. (2000). *Proceso penal y derechos humanos*. Buenos Aires: Ediciones del Puerto.
- CHAIA, R. (2010). *La prueba en el proceso penal*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi.
- COLE, ROWLAND JV. (2012). «Validating the normative value and legal recognition of the principle of equality of arms in criminal proceedings in Botswana». En *Journal of African Law*, 56(1).
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (7 de septiembre de 2007). «El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos». OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 4.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-399/95
-----, sentencia C-479/95
-----, sentencia C-047/96
-----, sentencia T-649/96
-----, sentencia C-196/97

_____, sentencia C-568/97
_____, sentencia C-744/98
_____, sentencia C-805/02
_____, sentencia C-966/03
_____, sentencia C-152/04
_____, sentencia C-591/05
_____, sentencia C-799/05
_____, sentencia C-1177/05
_____, sentencia C-1194/05
_____, sentencia C-209/07
_____, sentencia C-210/07
_____, sentencia C-336/07
_____, sentencia C-516/07
_____, sentencia C-127/11
_____, sentencia T-293/13
_____, sentencia C-233/16
_____, sentencia C-559/19
_____, sentencia C-429/20

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso Escué Zapata c. Colombia.

_____, Atala Riffo y niñas c. Chile.
_____, Mohamed c. Argentina.
_____, Norín Catrimán y otros c. Chile.
_____, Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) c. Ecuador.
_____, Granier y otros (Radio Caracas Televisión) c. Venezuela.
_____, Nadege Dorzema y otros c. República Dominicana.
_____, Masacre de El Mozote y lugares aledaños c. El Salvador.
_____, Radilla Pacheco c. Estados Unidos Mexicano.
_____, Mémoli c. Argentina.
_____, Guidel Álvarez y otros (Diario Militar) c. Guatemala, Furlán y Familiares c. Argentina.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA, Sala de Casación Penal, CSJ SP, 17 sept 2008, rad. 30214.

_____, CSJ AP, dic 1 de 2010, Rad. 35432.

- _____, CSJ AP, 23 feb 2011, Rad. 35870.
- _____, CSJ SP, 5 oct 2011, rad. 30592.
- _____, CSJ AP, 12 sep 2012, Rad 39602.
- _____, CSJ SP, 17 jul 2013, rad. 39050.
- _____, CSJ AP, 11 dic 2013, rad. 39449
- _____, CSJ STP, 7 abr 2015, rad. T782683.
- _____, CSJ STP, 16 jul 2015, rad. T80354.
- _____, CSJ AP, 12 nov 2015, rad. 41198.
- _____, CSJ SP, 27 ene 2016, rad. 45790.
- _____, CSJ AP, 31 ago 2016, rad. 47803
- _____, CSJ AP, 18 ene 2017, rad. 48216.
- _____, CSJ SP, 22 mar 2017, rad. 43665.
- _____, CSJ AP, 5 abr 2017, rad. 49280.
- _____, CSJ AP, 26 abr 2017, rad. 46965.
- _____, CSJ STP, 3 may 2017, rad. T91096.
- _____, CSJ STP, 1 mar 2018, rad. T96859.
- _____, CSJ STP, 7 de jun 2018, rad. T98746.
- _____, CSJ STP, 14 ago 2018, rad. T99851.
- _____, CSJ AP, 17 oct 2018, rad. 53985.
- _____, CSJ AP, 5 dic 2018, rad. 53611.
- _____, CSJ AP, 13 feb 2019, rad. 54466.
- _____, CSJ SP, 3 abr 2019, rad. 44230.
- _____, CSJ AP, 30 abr 2019, rad. 5026.
- _____, CSJ AP, 26 jun 2019, rad. 50678.
- _____, CSJ AP, 6 de ago 2019, rad. 52161.
- _____, CSJ SP, 12 ago 2020, rad. 54150.
- _____, CSJ STP, 22 abr 2021, rad. 114535.

CRISTANCHO ARIZA, M. (19 de octubre de 2020). «¿Es indispensable el Ministerio Público en el proceso penal?». En *Ámbito jurídico*.

FEDEROVA, M. I. (2012). *The principle of equality of arms in international criminal proceedings*. Utrecht: Utrecht University.

FERRAJOLI, L. (2002). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta.

- GARCÍA GARCÍA, J. N. (30 de enero de 2021). «¿La figura del Ministerio Público afecta el proceso penal colombiano con tendencia acusatoria?». En *Derecho, Debates y Personas*. <https://www.revistaderecho.com.co/2021/01/30/la-figura-del-ministerio-publico-afecta-el-proceso-penal-colombiano-con-tendencia-acusatoria/>
- GUZMÁN DÍAZ, C. A. (2022) «La prueba sobre la prueba». En *Libro Homenaje a Jorge Arenas Salazar*. Universidad Nacional de Colombia.
- GUZMÁN DÍAZ, C. A. (enero – junio 2021). «A propósito de la idea de “igualdad de armas” en el proceso penal». En *Nuevo Foro Penal*, 17(96), 13 y s.s. Medellín: Universidad Eafit. <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/6868/5191>
- JACKSON, J. D. (2005). «The effect of human rights on criminal evidentiary processes: towards convergence, divergence or realignment?». En *The Modern Law Review*. Oxford: Blackwell publishing.
- KOPYLOVA, E. (12 mayo de 2016). «Everybody has friends, why not the ICC: on the court’s power to appoint amicus curiae prosecutors». En *Opinio Juris*. <http://opiniojuris.org/2016/05/12/everybody-has-friends-why-not-the-icc-on-the-courts-power-to-appoint-amicus-curiae-prosecutors/>
- LAUDAN, L. (2013). *Verdad, error y proceso penal, un ensayo sobre epistemología jurídica*. Madrid: Ediciones Marcial Pons.
- . (2016). «Por qué las reglas procesales asimétricas hacen imposible calcular un estándar de prueba racionalmente justificado». En *Debatiendo con Taruffo*. Ferrer Beltrán y Vásquez Carmen (coeds.). Madrid: Marcial Pons.
- LEESON, P. T. (2011). «Trial by battle». En *Journal of Legal Analysis*, Harvard Law School, primavera de 2011, 3(1). Boston.
- MAIER, JULIO B. J. (1999). *Derecho procesal penal*. Tomo I. Fundamentos. 2.^a edición. Buenos Aires: Ediciones del Puerto.

- MARIN, M. «Adversarial principle, the equality of arms and confrontational right – European Court of Human Rights recent». En *European Union and comparative law issues and challenges*. <https://hrcak.srce.hr/ojs/index.php/eclit/article/download/6519/3428>
- MILLINGEN, J. G. (1841). *The history of duelling*. Vol. 1. Samuel Bentley Print. Londres.
- MONTESQUIEU. (1845). *El Espíritu de las leyes*, traducida por Don Narciso Buenaventura. Madrid: Imprenta Don Marcos Bueno.
- MORALES MARÍN, G. (2005). *Sistema Penal Acusatorio. Reflexiones jurídicas, económicas y sociales de la reforma*. Bogotá: Fiscalía General de la Nación - Pontificia Universidad Javeriana.
- NEYRA FLORES, J. A. (2015). *Tratado de derecho procesal penal*. Lima: Idemsa.
- OFICINA DE PROGRAMAS DE INFORMACIÓN INTERNACIONAL DEL DEPARTAMENTO DE JUSTICIA DE ESTADOS UNIDOS. (2004). *Semblanza del sistema jurídico de EE.UU.* Congressional Quarty Inc. Manila, p. 88.
- ORÉ GUARDA, A. (2011). *Manual de derecho procesal penal*, Tomo I. Lima: Editorial Reforma.
- PASCUAL VIVES, F. J. (2011). «El desarrollo de la institución del amicus curiae en la jurisprudencia internacional». En *Revista electrónica de estudios internacionales*.
- PICO I JUNOY, J. (1997). *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: J.M. Bosch editor.
- RICHARDSON P.J. (2014). *Archbold*, Thomson Reuters / Sweet & Maxwell. Londres.
- ROITMAN FACUNDO, J. (31 de enero de 2021). «Cómo es la figura del “amigo del tribunal” en el sistema jurídico argentino». En *Palabras del Derecho*. Disponible en <http://palabrasdelderecho.com.ar/articulo/2215/%EF%BF%BDComo-es-la-figura-del-Amigo-del-Tribunal-en-el-sistema-juridico-argentino>

RONDÓN, Y. (julio de 2012). «Unmasking equality of arms». En *The Student Appeal*.

ROXIN, C. Y SCHÜNEMANN, B. (2017). *Strafverfahrensrecht*. C.H. Beck. Múnich.

SANTOS RAMOS, MARÍA. (enero junio 2017). «La participación de la víctima y el principio de igualdad de armas». En *Cuadernos de derecho penal*, Universidad Sergio Arboleda.

STERLING SILVER, J. (1990). «Equality of arms and the adversarial process». En *Wisconsin Law Review*. 1007.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES. Acuerdo n.º 00397, de 3 de junio de 2020.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS. Brady contra Maryland, 373 US 83 (1963).

———. Roviario c. Estados Unidos (1957)

———. Kyles c. Whitley (1995)

TARUFFO, M. (2008). *La prueba*. Madrid: Editorial Marcial Pons.

———. (2011). *La prueba de los hechos*. Madrid: Editorial Trotta.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, Exp n.º 2028-2004, caso Clavo Peralta.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS [TEDH], sentencia del 17 de enero de 1970, Delcourt contra Bélgica.

———, sentencia de 6 de mayo de 1985. caso Bönisch c. Austria.

———, sentencia del 29 de mayo de 1986, Feldbrugge c. Holanda.

———, decisión del 9 de diciembre de 1986. Caso Kaufman c. Bélgica.

———, sentencia del 30 de octubre de 1991, caso Borgers c. Bélgica.

———, sentencia del 27 de octubre de 1993, caso Dombó Beheer BV c. Holanda.

———, sentencia del 20 de febrero de 1996, caso Vermeulen c. Bélgica.

———, sentencia del 22 de febrero de 1996, caso Bulut c. Austria.

_____, sentencia del 5 de febrero de 2003, Wynen contra Bélgica.

_____, sentencia del 19 de septiembre de 2017, Regner contra la República Checa.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA. Cámara de apelaciones, fiscal c. Zlatko Aleksovski, decisión del 16 de enero de 1999.

_____, fiscal c. Nasic Oric, decisión del 20 de julio de 2005.

_____, fiscal c. Jadranko Prlic, decisión del 11 de mayo de 2007.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA – Naciones Unidas, Cámara de Apelaciones, sentencia del 20 de octubre de 2010, Fiscalía contra Callixte Kalimanzara. <https://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ictr-05-88/appeals-chamber-judgements/en/101020.pdf>.

_____, Fiscalía c. Fulgence Kayishema, caso nº ICTR-2001-67-T, Decisión de 1-7-2008.

VERBIC, F. (2009). «Propuesta para regular la figura el amicus curiae en la Provincia de Buenos Aires». En *La Ley*, Buenos Aires, 2009-14 / La Ley Suplemento Actualidad, Buenos Aires.

WHITEBREAD, C. Y SLOBOGIN, C. (2008). *Criminal Procedure an analysis of cases and concepts*. 5.^a Edición. Nueva York: Fundation Press.

c. Bibliografía del capítulo III

ACOSTA ARISTIZÁBAL, J. *El papel del Ministerio Público en el proceso penal*. Documento inédito.

CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-209/07

_____, sentencia C-1177/05

_____, sentencia C-936/10

_____, sentencia T-453/05

_____, sentencia T-503 de 2011

_____, sentencia T-582/14
_____, sentencias T-374/20
_____, sentencia SU-479/19
_____, sentencia SU-122/22
_____, sentencia C-059/10
_____, sentencia C-1260/05
_____, sentencia C-210/07
_____, sentencia C-232/16
_____, sentencia C-233/16
_____, sentencia C-516/07
_____, sentencia C-979/05
_____, sentencia T-267/18
_____, sentencia T-503/11
_____, sentencias C-1154/05
_____, sentencia T-448/18

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia caso Carvajal Carvajal c. Colombia.

_____, sentencia Chitay c. Guatemala.
_____, Escué c. Colombia.
_____, Atala c. Chile.
_____, Norín c. Chile.
_____, Quintana c. Ecuador.
_____, Granier c. Venezuela.
_____, Mémole c. Argentina.
_____, Radilla Pacheco c. México.
_____, caso Petro Urrego c. Colombia.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, CSJ AP, 13 feb 2019, rad. 54466.

_____, CSJ AP, 15 feb 2010, rad. 31767.
_____, CSJ, 16 mar 2022, rad. 60633.
_____, CSJ AP, 18 mar 2020, rad. 55629.
_____, CSJ AP, 3 jul 2013, rad. 41054.
_____, CSJ AP, 5 jul 2007.
_____, CSJ AP, 7 mar 2018, rad. 51882.

- _____, CSJ SP CSJ SP, 9 feb 2022, rad. 55914.
- _____, CSJ SP, 1 dic 2021, rad. 58317.
- _____, CSJ SP, 1 sep 2021, rad. 58154.
- _____, CSJ SP, 11 ene 2022, rad. 120773.
- _____, CSJ SP, 13 feb 2019, rad. 52893.
- _____, CSJ SP, 14 abr 2021, rad. 53718.
- _____, CSJ SP, 15 jul 2020, rad. 53997.
- _____, CSJ SP, 16 feb 2022, rad. 51188.
- _____, CSJ SP, 16 feb 2022, rad. 58186.
- _____, CSJ SP, 16 jun 2021, rad. 52755.
- _____, CSJ SP, 17 jun 2020, rad. 54332.
- _____, CSJ SP, 19 may 2021, rad. 56087.
- _____, CSJ SP, 2 jun 2021, rad. 52830.
- _____, CSJ SP, 24 jun 2020, rad. 52227.
- _____, CSJ SP, 24 mar 2021, rad. 50295.
- _____, CSJ SP, 26 may 2021, rad. 55587.
- _____, CSJ SP, 3 jul 2013, rad. 38005.
- _____, CSJ SP, 4 feb 2009, rad. 29415.
- _____, CSJ SP, 6 abr 2022, rad. 60411.
- _____, CSJ SP, 8 sept 2021, rad. 54693.
- _____, CSJ SP, 9 feb 2022, rad. 55914.
- _____, CSJ SP; 11 mar 2020, rad. 54760.
- _____, CSJ STP, 14 ene 2021, rad. 114661.
- _____, CSJ STP, 22 abr 2021, rad. 114535
- _____, CSJ STP, 28 abr 2020, rad. 109776.
- _____, CSJ STP, 8 jul 2021, rad. 117833.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL, CSJ STC, 22 abr 2022, rad. 11001-02-04-000-2021-00226-01.

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. (2018). *Manual del sistema de cadena de custodia*. Bogotá.

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, proceso radicado 110016000050202008947.

GÓMEZ PAVAEJAU, C. A. Y GUZMÁN DÍAZ, C. A. (2019). *Instituciones procesales penales por consenso*. Tomo I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

GUZMÁN DÍAZ, C. A. (2020). «¿La corrección de la sentencia penal como herramienta para evitar consecuencias injustas?». En Murillo Granados y Tarapué Sandino (eds.). *Estudios sobre derecho penal, constitucional y transicional*. Tomo I. Editorial Diké – Universidad Santiago de Cali.

_____. (2020). «Reglas de exclusión en materia civil y penal». En Vivares Porras (comp.). *Estudios de derecho probatorio* (19). Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana.

JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE CHOCONTÁ, en sentencia de 19 de enero de 2022, rad. 25 – 183 – 60 – 00689 – 2020 – 00023 – 00.

JUZGADO QUINTO PENAL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA, proceso radicado 08-001-60-01055-2018-006104-00, sentencia de 5 de junio de 2020.

JUZGADO QUINTO PENAL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA, proceso radicado 08-001-60-00000-2014-00124-00, sentencia de 19 de abril de 2022.

JUZGADO TERCERO PENAL DEL CIRCUITO DE NEIVA, en sentencia de 4 de octubre de 2019, rad. 2013-01200-00.

OSSORIO, M. (1991). *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Buenos Aires: Editorial Heliasta.

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Resolución 00073 del 4 de marzo de 2021, por medio de la cual se crea la coordinación nacional de procuradurías judiciales penales de lucha contra masacres y delitos contra líderes y reincorporados.

_____. Resolución 213 de julio 13 de 2021, por medio de la cual se crea la Coordinación Nacional de Intervención Penal en Defensa de los Derechos de las Mujeres.

RIOFRÍO MARTÍNEZ-VILLALBA, J. C. (2014). «Unidad y orden metafísicos del ordenamiento jurídico». En *Dikaion*, 23. Bogotá: Universidad de La Sabana.

SCHILD, W. (1983). *Las teorías puras del derecho, reflexiones sobre Hans Kelsen y Robert Walter*. Bogotá: Editorial Temis.

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA rad. 2017-1733-5, el 12 de octubre de 2017.

TRIBUNAL SUPERIOR DE BARRANQUILLA, en decisión de 6 de noviembre de 2020, rad. 11001-60-00000-2018-02628.

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA, Sala Penal, rad. 2021-01640-5.

TRIBUNAL SUPERIOR DE BARRANQUILLA, sentencia de 12 de marzo de 2020, rad. 2020-0053.

TRIBUNAL SUPERIOR DE BARRAQUILLA, radicado 20160118, sentencia de 18 de enero de 2021.

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, proceso radicado 110016000015201501215 02, sentencia de 24 de marzo de 2021.

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, sentencia de 21 de junio de 2021, rad. 11001-3109-043-2021-00105-01.

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI, proceso radicado 193-201702608, en decisión de 20 de junio de 2019.

TRIBUNAL SUPERIOR DE CUNDINAMARCA, en decisión de 13 de agosto de 2020, radicado 25269-60-00-389-2019-00007-01.

TRIBUNAL SUPERIOR DE CUNDINAMARCA, proceso radicado 2020-0664, el 11 de noviembre de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DE CUNDINAMARCA, Sala Penal, Sentencia de 25 de enero de 2022, radicado, 25000 - 22 - 04 - 000 - 2019 - 00095 - 00.

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI, en decisión de 13 de diciembre de 2021 proceso radicado 76001-60-00-193-2019-01077.

TRIBUNAL SUPERIOR DE IBAGUÉ, proceso radicado 73 001 60 00 450 2013 00933 02, en decisión de 30 de junio de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA, rad. 66-045-31-89-001-2.018-00033-01, sentencia de 22 de mayo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA, sentencia de 28 de marzo de 2019, en el proceso radicado 66001 22 04 000 2019 00044 00.

TRIBUNAL SUPERIOR DE SANTA MARTA, sentencia de 2 de septiembre de 2020, rad. 2010-2014.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI, de 2 de mayo de 2022, rad. 760016000000202100264-01.

VILAJOSANA, J. M. (s. f.). «¿Cuándo cambian los órdenes jurídicos?». En *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 1. Universidad de Valencia.

