

EL ROL DEL MINISTERIO PÚBLICO EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO FRENTE
AL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE ARMAS

FRANCISCO JAVIER ESCOBAR ESCOBAR



UNIVERSIDAD SANTIAGO DE CALI

FACULTAD DE DERECHO

PROGRAMA DE DERECHO

SANTIAGO DE CALI

2019

EL ROL DEL MINISTERIO PÚBLICO EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO FRENTE
AL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE ARMAS

FRANCISCO JAVIER ESCOBAR ESCOBAR

Monografía presentada como requisito para optar al título de abogado

Director:

EINARCO JOSÉ MORALES CARPIO

Abogado, Especialista en Derecho Penal



UNIVERSIDAD SANTIAGO DE CALI

FACULTAD DE DERECHO

PROGRAMA DE DERECHO

SANTIAGO DE CALI

2019

Tabla de contenido

RESUMEN.....	7
ABSTRACT	9
INTRODUCCIÓN	11
1. CREACIÓN Y CONTEXTO DE LA FIGURA DE IGUALDAD DE ARMAS	17
1.1 Antecedentes	17
2. ANÁLISIS DE EVOLUCIÓN DE LA FIGURA Y CUÁLES SON SUS FUNCIONES HASTA LLEGAR A SU INTERVENCIÓN EN EL PROCESO PENAL.....	24
2.1 Antecedentes y evolución del Ministerio Público en el proceso penal	24
2.2 Características y elementos del Ministerio Público en el proceso penal.....	32
2.3 Las funciones del Ministerio Público en las etapas preliminares del proceso penal.....	36
2.3.1 Investigación e indagación.....	36
2.3.2 Las funciones del Ministerio Público en la etapa de acusación.	38
2.3.3 El Ministerio Público y su función en la etapa de audiencia preparatoria y el descubrimiento de los elementos materiales probatorios.....	39
2.3.4 Ministerio Público: funciones y facultades en la etapa de juicio oral en el proceso penal. ..	40
3. ANÁLISIS DE LA PARTICIPACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO EN LA LEY 906 DE 2004 Y CUAL HA SIDO SU IMPACTO.....	45
3.1 IGUALDAD DE ARMAS EN EL PROCESO PENAL.....	45
3.2 PRINCIPIO DE IGUALDAD DE ARMAS Y EL ROL DEL MINISTERIO PÚBLICO EN EL PROCESO PENAL.....	49
CONCLUSIONES	57
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	60

RESUMEN

Esta investigación se llevó a cabo dentro del marco del proceso penal en Colombia, específicamente en la Ley 906 del 2004 teniendo como objeto de estudio las funciones e intervención del Ministerio Público dentro del mismo, pero enfocándolo dentro de la perspectiva del principio de Igualdad de Armas a fin de poder evaluar que injerencia tiene esta institución y hasta donde podría trasgredir dicho principio.

Para ello se hace imperioso hacer un estudio de cómo está concebido actualmente el sistema procesal penal en Colombia, y así poder determinar en qué principios están basadas algunas disposiciones del mismo, el cual hace más de 18 años ha venido sufriendo importantes cambios.

En el año 2000 con una reforma estructural en la parte sustantiva (Código Penal de 1980), la cual tuvo su origen con una iniciativa del Fiscal General de la Nación Alfonso Gómez Méndez (1998 - 2002), liderado por el entonces Vicefiscal General de la Nación, Jaime Córdoba Triviño; la cual se vio materializada en el proyecto de ley número 040 de 1998 (Senado), que tuvo como senadores ponentes a la Senadora Claudia Blum de Barberi del Partido Cambio Radical, Senadores Rodrigo Rivera, Darío Martínez del Partido Liberal y Jesús Ángel Carrizosa del Partido Conservador (Actas de comisión; Acta No 6, pág 8, 1998). Este proyecto fue debatido por parte del Congreso de la República en el periodo de 1998 – 2000.

Una de las premisas principales de la reforma era la superación del derecho penal de autor, el cual era transgresor de principios constitucionales como la presunción de inocencia, el debido proceso y la igualdad, sustituyéndolo por un derecho penal de acto, el cual en teoría otorgaba

mayores garantías respecto a estos principios, con lo cual se puede inferir que las renovaciones del sistema procesal penal están encaminadas a promover el mayor respeto por los principios constitucionales.

El siguiente paso en el proceso de cambio se evidenció con el acto legislativo 03 del año 2002 por medio de cual el Congreso de la Republica modificó la Constitución Política Colombiana para así poder darle cabida a la reforma del sistema procesal. Una vez abierto el camino mediante este acto legislativo, fue expedida la ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal).

Palabras Claves: rol, ministerio público, sistema penal acusatorio, principio de igualdad de armas.

ABSTRACT

This investigation was carried out within the framework of the criminal process in Colombia, specifically in Law 906 of 2004 having as object of study the functions and intervention of the Public Ministry within it, but focusing it within the perspective of the principle of Equality of Weapons in order to be able to evaluate what interference this institution has and to what extent it could violate said principle.

For this it is imperative to make a study of how the criminal procedure system in Colombia is currently conceived, and thus be able to determine on what principles some provisions of the same are based, which for more than 18 years has been suffering important changes.

In the year 2000 with a structural reform in the substantive part (Penal Code of 1980), which had its origin with an initiative of the Attorney General of the Nation Alfonso Gómez Méndez (1998 - 2002), led by the then Deputy General Prosecutor of the Nation, Jaime Córdoba Triviño; which was materialized in the bill number 040 of 1998 (Senate), which had as senators speakers Senator Claudia Blum de Barberi of the Radical Change Party, Senators Rodrigo Rivera, Darío Martínez of the Liberal Party and Jesús Ángel Carrizosa of the Party Conservative (Committee minutes, Act No. 6, page 8, 1998). This project was debated by the Congress of the Republic in the period of 1998-2000.

One of the main premises of the reform was the overcoming of the criminal law of the author, which was a transgressor of constitutional principles such as the presumption of innocence, due process and equality, replacing it with a criminal law act, which in theory granted greater guarantees regarding these principles, with which we can infer that the renovations of the

criminal procedure system are aimed at promoting the greatest respect for constitutional principles.

The next step in the process of change was evidenced by the legislative act 03 of 2002, by means of which the Congress of the Republic modified the Colombian Political Constitution in order to be able to accommodate the reform of the procedural system. Once the road was opened through this legislative act, Law 906 of 2004 (Code of Criminal Procedure) was issued.

Keywords: Role, Public Ministry, Accusatory Penal System, Principle of Equality of Arms.

INTRODUCCIÓN

Este nuevo sistema procesal penal de carácter acusatorio se caracteriza por ser un sistema adversarial, el cual lleva inmerso el principio de igualdad de armas, donde las partes, Fiscalía y defensa, se enfrentan en igualdad de oportunidades ante un juez imparcial, quien, con base en las pruebas y argumentos, toma una decisión ya sea condenatoria o absolutoria.

Como expresa la Corte Constitucional en Sentencia C-536 de 2008:

Con el principio de igualdad de armas, se quiere indicar que

(...) en el marco del proceso penal, las partes enfrentadas, esto es, la Fiscalía y la defensa, deben estar en posibilidad de acudir ante el juez con las mismas herramientas de persuasión, los mismos elementos de convicción, sin privilegios ni desventajas, a fin de convencerlo de sus pretensiones procesales. Este constituye una de las características fundamentales de los sistemas penales de tendencia acusatoria, pues la estructura de los mismos, contrario a lo que ocurre con los modelos de corte inquisitivo, es adversarial, lo que significa que, en el escenario del proceso penal, los actores son contendores que se enfrentan ante un juez imparcial en un debate al que ambos deben entrar con las mismas herramientas de ataque y protección. (Corte Constitucional, 2008)

Esta reforma también incluyó algunos lineamientos acerca de la intervención del Ministerio Público en el sistema penal, pero para poder precisar cuál es el rol de esta institución dentro del sistema penal acusatorio, es necesario tener claro no solo la historia, sino también el concepto del mismo al igual que determinar cuáles son los marcos de competencia funcional y operacional en los cuales se fundamenta su intervención dentro del mencionado sistema.

Para ello es imperioso recurrir al artículo 118 de la Constitución Política Colombiana, por medio del cual se puede definir al Ministerio Público como un órgano de control autónomo e independiente, el cual ejerce funciones directamente relacionadas con la guarda y la promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas (Colombia, 1991, art. 118).

Con el fin de darle alcance a esa tarea que le fue encomendada al Ministerio Público, de proteger el interés público y de vigilar la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas, fue desarrollado en la Constitución Política el numeral 7 del Artículo 277 el cual de manera expresa le asigna al Procurador General de la Nación la función de “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” (Colombia, 1991, art. 277, núm. 7), por sí o por medio de sus delegados y agentes, quedando circunscrita su participación al cumplimiento de estos objetivos específicos, tanto en el marco de la Ley 906 de 2004, la cual en su artículo 122 fija las pautas de intervención del Ministerio Público en el proceso penal de la siguiente manera: “El Ministerio Público actuará dentro del proceso penal en defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales, podrá intervenir en todas las etapas de la actuación, con plenas facultades de sujeto procesal”; como en el de la Ley 906 de 2004, la cual regula la intervención del Ministerio Público en el proceso penal, planteando en su artículo 109, inciso primero lo siguiente:

El Ministerio Público intervendrá en el proceso penal cuando sea necesario, en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales. El Procurador General de la Nación directamente o a través de sus delegados constituirá agencias especiales en los procesos de significativa y relevante importancia, de acuerdo con los criterios internos diseñados por su

despacho, y sin perjuicio de que actúe en los demás procesos penales. (Colombia, 2004, art. 109)

Es claro que efectivamente la intervención del Ministerio Público está fundamentada tanto constitucional como normativamente, pero se hace necesario determinar cuál es el su rol y que alcance funcional tiene este organismo autónomo en el sistema penal acusatorio de frente al principio de igualdad de armas y el carácter adversarial del que goza el actual sistema.

Es por ello que se pretendió con esta investigación analizar la participación del “Ministerio Público” como interviniente especial que según varios doctrinantes desquebraja el principio adversarial: “ya que su inserción no encuentra una justificación distinta a razones burocráticas” (Bayona, Gómez, Mejía & Ospina, 2016, p. 82).

Esta crítica se sustenta en varias razones:

No se tiene conocimiento de otro país en donde existan las instituciones de la “Fiscalía General de la Nación” y el “Ministerio Público” de manera independiente, incluso en distintos países son tratados como sinónimos, como por ejemplo, en España, México, Argentina, Ecuador, , Panamá y Perú; no sería plausible el calificativo de “pioneros” para Colombia, pues su participación es reemplazable, en el entendido que cada una de sus funciones coinciden con una o más de las actuaciones de otros intervinientes como la de los jueces, por ejemplo: “Procurar el cumplimiento del debido proceso y el derecho a la defensa”(Art. 111 CPP); el fiscal: Procurar la indemnización de perjuicios, el restablecimiento y la restauración del derecho en los eventos de agravio a los intereses colectivos,..”; (Art. 111 CPP) la defensa: “Procurar que las condiciones de privación de la libertad... se cumplan de conformidad con los Tratados Internacionales...”(Art. 111 CPP) e incluso del abogado de la víctima, v. gr.: “Procurar que las decisiones judiciales cumplan con los cometidos de lograr la verdad y la justicia”, (Art. 111 CPP). (Bayona et al., 2016, p. 82)

La conveniencia de realizar esta investigación radica en que la figura de la igualdad de armas se presentó desequilibrada dentro del proceso penal en el entendido que resquebraja el principio adversarial y vulnera el principio de igualdad de armas.

Su relevancia social estriba en que a ojos vistas el acusado está en situación de desigualdad frente al titular de la acción penal, no solo en la etapa preprocesal sino en el desarrollo del juicio. Por lo tanto, esta investigación permitirá establecer el alcance y la naturaleza de la igualdad de armas, suministrando unos criterios coherentes que puedan ser aplicados por los jueces en la misión constitucional de proteger los derechos fundamentales. Con este se pretende sentar las bases para hacer pedagogía judicial.

Valor teórico: esta investigación se origina por la evidente inclinación de la balanza en referencia a la igualdad de armas dentro del sistema penal acusatorio, además de eso genera inquietud que en el proyecto inicial presentado por el gobierno a consideración del legislativo, el cual excluía al Ministerio Público del escenario del nuevo proceso penal, esto en virtud al papel que en él se atribuía a los Jueces de Control de Garantías hacía innecesaria la presencia del mencionado representante.

En cuanto a la metodología es una investigación básica, con aplicación del paradigma cualitativo, enmarcada en un nivel de profundidad descriptivo, pues se pretende analizar, interpretar y comprender la aplicabilidad del principio de igualdad de armas en el proceso penal actual.

El método a aplicar en el desarrollo de esta investigación corresponde al diseño no experimental, pues la variable planteada se refiere a instituciones que producen efectos o

consecuencias en un plano normativo, lo cual exige la utilización del análisis propio de la hermenéutica jurídica que se hace en torno a sentencias jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Utilidad metodológica: su utilidad radica en tocar a fondo el tema de la igualdad de armas, puesto que a todas luces se percibe que en el sistema acusatorio la defensa en encuentra en desventaja, como sujeto procesal, no permite el normal desarrollo de la defensa técnica del imputado, como derecho fundamental, por ello se seguirán paso a paso las convenciones metodológicas existentes para poder allegar una conclusión.

La teoría que enmarcará esta investigación es el *Ius Naturalismo*, como expresa (Bustamante, s.f., p. 19): “...afronta el problema de la correspondencia o no de la norma con los valores o fines. Confronta la ambición del derecho con su deber ser de norma justa”. Por ende, se buscará demostrar que el proceso penal comienza en la Constitución, por lo que el poder punitivo del Estado debe adecuarse a los derechos humanos, entre los cuales se encuentra la igualdad de armas (Bernal & Montealegre, 2013, p. 23).

Por todo ello se contestará el interrogante: ¿Cuál es el rol del Ministerio Público en el Sistema Penal Acusatorio frente al principio de igualdad de armas?

Los objetivos que a la vez se convierten en tres capítulos son: General, conocer y analizar el rol del Ministerio Publico en el Sistema Penal Acusatorio frene al principio de igualdad de armas. En cuanto a los específicos: primero, indagar cuándo fue creada y bajo qué contexto se creó la figura de igualdad de armas; segundo, analizar cómo ha evolucionado la figura y cuáles

son sus funciones hasta llegar a su intervención en el proceso penal y tercero analizar la participación del Ministerio Público en la ley 906 de 2004 y cual a su impacto.

1. CREACIÓN Y CONTEXTO DE LA FIGURA DE IGUALDAD DE ARMAS

1.1 Antecedentes

Desde los primeros momentos de la República, las reformas al procedimiento penal ha estado inspirado en la necesidad de superar problemas de ineficiencia judicial, como los incluidos en los códigos de 1987 y 1991, que detentaron, entre otros asuntos, la inoperancia del sistema judicial penal por la congestión de los despachos, que encaminaba a la prescripción de la acción penal en muchos casos y la inútil privación de la libertad que llenaba las cárceles de personas sumariadas.

Recuerda Quintero Ospina (1987, p. 65), que la comisión redactora del proyecto de Código de Procedimiento Penal, que mediante la expedición del decreto 050 de 1987, el Ministro de Justicia de la época:

...resaltaba como problemas de la justicia penal colombiana su ineficacia, la pérdida de confianza de las gentes en la administración de justicia, la congestión de procesos en los despachos judiciales, la imposibilidad de tramitar la inmensa mayoría de ellos y la privación innecesaria de la libertad a muchos sindicados durante el período de investigación...

Además, según Osorio:

... a partir del Código de Procedimiento Penal de 1987 se dio un tímido pero primer paso hacia el sistema acusatorio, al asignarse la función de la acusación, en los procesos de competencia de los jueces superiores y penales del circuito, a los jueces de instrucción criminal, es decir, se deslindó por primera vez en un código, la función de investigar de la de juzgar. (Osorio, 2002, p. 3)

También Martínez Rave sostiene:

... se pueden concretar en cuatro grupos las múltiples circunstancias que originaban las falencias fundamentales de la justicia: impunidad, formalismo, lentitud y congestión. En su exposición reflejó una realidad palpable, en el sentido que la lentitud convertía las decisiones judiciales en actos tardíos e inoportunos, “por el desconocimiento y burla de los términos o plazos que fija la ley para las actuaciones correspondientes” y la congestión era responsable de que “más de tres millones de expedientes penales” inundaran los despachos judiciales (Martínez, 1994, p. 18).

Finalmente, el procedimiento de excepción creado para enfrentar, principalmente, el terrorismo derivado del narcotráfico y de los grupos alzados en armas, algunas de cuyas normas fueron adoptadas posteriormente como legislación permanente por la Asamblea Nacional Constituyente, fue un importante medio para enfrentar esa modalidad delictual en los años ochenta y parte de los noventa, pero solo significó la implantación de un proceso muy severo que dio alguna seguridad personal a los funcionarios, el cual mantuvo la acumulación de funciones instructivas y judiciales en el investigador y la utilización del procedimiento escrito, sin proveer en beneficio de la celeridad y eficiencia del aparato judicial.

La percepción de eficacia se derivó del procedimiento de excepción, llamado “justicia sin rostro” (en la lucha contra el narcotráfico), se debió especialmente a que los juicios se efectuaban con sindicados en verdad detenidos, lo cual se facilitaba porque la prohibición de excarcelar, en algunos casos, los mantenía privados de la libertad hasta la culminación del proceso. Allí tampoco hubo celeridad, sino extensión de los términos en detrimento de las garantías procesales.

Colombia hizo tránsito avanzando al sistema oral dejando atrás el sistema escrito, el cual no es un sistema puro sino mixto, en el que se separan las funciones de investigación y acusación

de las de juzgamiento, quedando las primeras a cargo de la Fiscalía General de la Nación, que debe investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado; y la segunda corresponde ejercerla a los jueces quienes se erigen en terceros imparciales e independientes. Tanto en la etapa de investigación y acusación como en la de juzgamiento, las autoridades a quienes corresponde tramitarlas deben establecer la verdad en el proceso, respetando todos los derechos y garantías de los procesados. Por tal motivo se sostiene en la doctrina, universalmente aceptada, que el fiscal cumple la función de “perseguidor” del delito y del transgresor.

A partir de la Reforma Constitucional que se produjo con el Acto Legislativo número 3 del año 2002, fue introducido el Sistema Penal Acusatorio, el cual se caracteriza por ser un sistema adversarial, el cual lleva inmerso el principio de igualdad de armas, donde las partes, Fiscalía y defensa, se enfrentan en igualdad de oportunidades ante un juez imparcial, quien, con base en las pruebas y argumentos, toma una decisión ya sea condenatoria o absolutoria.

Con el principio de igualdad de armas, se quiere indicar que:

(...) en el marco del proceso penal, las partes enfrentadas, esto es, la Fiscalía y la defensa, deben estar en posibilidad de acudir ante el juez con las mismas herramientas de persuasión, los mismos elementos de convicción, sin privilegios ni desventajas, a fin de convencerlo de sus pretensiones procesales. Este constituye una de las características fundamentales de los sistemas penales de tendencia acusatoria, pues la estructura de los mismos, contrario a lo que ocurre con los modelos de corte inquisitivo, es adversarial, lo que significa que en el escenario del proceso penal, los actores son contendores que se enfrentan ante un juez imparcial en un debate al que ambos deben entrar con las mismas herramientas de ataque y protección (Corte Constitucional, Sentencia C-536, 2008, p. 36).

Para Granados (2003) “La desigualdad de armas fertiliza el camino para que haya congestión judicial, lo que necesariamente hace colapsar el sistema generando desconfianza en los ciudadanos hacia la administración de justicia” (p. 16).

La doctrina nacional e internacional y la jurisprudencia de las Cortes Suprema de Justicia y Constitucional, avalaron lo expuesto por el tratadista italiano Luigi Ferrajoli (1996), al hablar de defensa del sindicado se está frente a un verdadero derecho personal, así como también en el tema de que la defensa “es el más importante instrumento de impulso y de control del método de prueba acusatorio, consistente precisamente en el *contradictorio* entre hipótesis de acusación y de defensa y las pruebas y contrapruebas correspondientes” (p. 613). Igualmente especifica que: “El Estado no solo debe garantizar los derechos fundamentales frente a lo público sino frente a lo privado” (Ferrajoli, 1996, p. 13).

Es decir que se da un derecho personal autónomo, “sin distinción alguna, que sea imputada o sindicada de haber infringido la ley penal y, además, ante una garantía que se exige o se reclama de parte del Estado a través de sus autoridades a favor de todas las personas procesadas” (Vásquez, 2002, p. 41) y tal como contextualiza Carrara “la defensa no es un privilegio ni una concesión exigidos por la humanidad, sino un verdadero derecho original del hombre, y por consiguiente inalienable” (1957, p. 457).

Refuerzan estos conceptos la Corte Constitucional cuando expresa:

El principio de igualdad de armas constituye un elemento esencial de la garantía del derecho de defensa, de contradicción, y más ampliamente del principio de juicio justo, y hace relación a un mandato según el cual, cada parte del proceso penal debe poder presentar su caso bajo unas condiciones y garantías judiciales,

que permitan equilibrar los medios y posibilidades de actuación procesal (Corte Constitucional, 2008)

En este sistema penal se incorporó como interviniente especial al Ministerio Público, institución conocida en Colombia como Procuraduría General de la Nación, que tuvo sus orígenes en la institución francesa conocida como *le gens du roi* (Morales, 1960 p. 64). Para otros su origen se encuentra en las leyes de indias españolas (Rodríguez, 2006 p. 155), y en Colombia con la presentación del proyecto del poder moral presentado por Simón Bolívar, el cual si bien es cierto no fue acogido por el congreso de Angostura, los legisladores dictaron el Reglamento Provisorio para el establecimiento del Poder Judicial, texto jurídico que proponía la existencia de un Procurador General de la Republica funcionario que estaría encargado de la velar por la correcta aplicación de las leyes en el ordenamiento judicial (Castro, 1986, p. 23).

Más adelante, esta institución fue incorporada en la constitución de 1830, la cual establecía:

Art. 100°. El ministerio público será ejercido por un agente del poder ejecutivo con el título de procurador general de la nación, para defender ante los tribunales y juzgados la observancia de las leyes, y promover ante cualesquiera autoridades, así civiles como militares i eclesiásticas, los intereses nacionales y cuanto concierna al orden público. (Congreso Constituyente, 1830, p. 17)

Pero esta desaparece de la estructura administrativa del estado con la constitución de 1832 la cual dio vida al estado de la Nueva Granada después de la disolución de la Gran Colombia (Henoa, 1996), reapareciendo nuevamente en la constitución de 1953 pero esta vez como parte del poder judicial, pero con interacción con el poder ejecutivo, continuando su estancia en las Constituciones de 1858, 1863, 1886 y 1991 (Restrepo, 2009, p. 13).

Si bien es cierto en la Constitución de 1886 se conservó la institución del Ministerio Público y la figura del Procurador General de la Nación, éste tuvo cambio con respecto a su lugar dentro de la estructura del Estado llevándolo de la rama judicial, nuevamente al Poder Ejecutivo (Castro, 1986, p. 26).

Después de un estudio realizado por los Constituyentes Holguín y Londoño (1991), miembros de la comisión cuarta encargada de la Administración de Justicia y el Ministerio Público, dentro de la constituyente de 1991, se presentó el proyecto que después fuera aprobado por la Asamblea Nacional Constituyente dando cabida a esta figura del Procurador General De la Nación dentro de la actual carta magna, donde se define como un órgano de control autónomo e independiente, el cual ejerce funciones directamente relacionadas con la guarda y la promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas (Colombia, 1991, art. 118), Art. 118).

El sistema adversarial (*adversary system o adversarial system*) supone una suerte de contienda entre dos partes —en el proceso penal serán el acusador y el defensor— donde cada una expone los elementos de juicio —fácticos y teóricos— que pretende hacer vale ante un tercero encargado de decidir quién tiene la razón (Bernal & Montealegre, 2013, p. 235)

En el marco del proceso penal, las partes enfrentadas, esto es, la Fiscalía y la defensa, deben estar en posibilidad de acudir ante el juez con las mismas herramientas de persuasión, los mismos elementos de convicción, sin privilegios ni desventajas, a fin de convencerlo de sus pretensiones procesales (Corte Constitucional, Sentencia, C-536, 2008, p. 23).

En el sistema penal acusatorio derivado del Acto Legislativo 02 de 2003 se establece como un imperativo la necesidad de materializar el principio de igualdad de armas entre las

partes intervinientes, lo cual implica para ellas la posibilidad de intervenir en el proceso en condiciones de equidad en lo relativo a derechos, oportunidades, medios de prueba y elementos de convicción (Daza, 2009, p.121).

Finalmente, sugiere que en contra de la parte procesal de la defensa, existen otros actores que desequilibran las cargas entre las partes del proceso, al referido (Fernandez, 2010, p. 3), señala que:

Al precario juicio oral, además del acusador y del acusado, acuden dos intervinientes: Ministerio Público y víctima, con potestad para pedir pruebas en contra del procesado y presentar alegatos sobre su responsabilidad. Asimismo, la pasividad probatoria del juez como instrumento de equiparación de armas aún no logra consolidarse y la apelación de las absoluciones convierte el derecho a la igualdad en una garantía ficticia

2. ANÁLISIS DE EVOLUCIÓN DE LA FIGURA Y CUÁLES SON SUS FUNCIONES HASTA LLEGAR A SU INTERVENCIÓN EN EL PROCESO PENAL.

En este capítulo se hace un desglose del rol que debe cumplir el Ministerio Público en el marco del proceso penal colombiano, a la medida de aseguramiento dentro del proceso penal, para tal fin se aborda la naturaleza de esta institución, su definición y elementos esenciales, partiendo para ello de los desarrollos doctrinales, jurisprudenciales y legales.

2.1 Antecedentes y evolución del Ministerio Público en el proceso penal

Como versa en el art. 275 de la Constitución Política de Colombia, el Ministerio Público, de conformidad con los parámetros constitucionales y legales es un organismo de control, veedor de los Derechos Humanos y fundamentales y garante del respeto por el ordenamiento jurídico.

Como indica Fierro (2008, p. 189), la figura del Ministerio Público data de 1819 y se evidencia en el “Reglamento Judicial” de Angostura. De otro lado para Cortés (2003, p. 14), la creación de ésta entidad data de la Ley 14 de 1821, en donde se delegan algunas de las funciones que ejerce en la actualidad este organismo en las causas criminales que eran de su conocimiento, bajo las funciones que ejercían los fiscales ante la Alta Corte de Justicia (Colombia, 1821).

Hacia el año de 1830, cuando se promulgó la Constitución de la República de Colombia, se crea de forma independiente el Ministerio Público, adscrito al poder ejecutivo y con el deber de proteger la observancia de las leyes y el orden público.

Artículo 100: El ministerio público será ejercido por un agente del poder ejecutivo con el título de procurador general de la nación, para defender ante los tribunales y juzgados la observancia de las leyes, promover ante cualesquiera autoridades,

así civiles como militares y eclesiásticas, los intereses nacionales y cuanto concierna al orden público. (Congreso Constituyente, 1830, art. 100)

Esta figura vuelve a desaparecer en las Constituciones de 1832 y 1843, aunque manteniéndose la funcionalidad que ejercía esta figura en cabeza del poder ejecutivo.

En la Constitución Política de 1853, se vuelve a hacer mención del Ministerio Público, al indicar que éste es el vocero de la República como parte en los procesos judiciales, donde su presencia fuere necesaria de conformidad con la ley, asumiendo entonces como veedor de la Constitución Política y la ley, y como garante de que se ejerciera justicia de manera pronta.

“Artículo 45. El procurador de la Nación durará en su destino cuatro años; pudiendo ser reelecto, y llevará ante la Corte Suprema la voz de la República, en todos los casos en que sea parte conforme a la ley” (Senado y Cámara de Representantes de la Nueva Granada, 1853).

Por la importancia que tenía la figura del procurador general de la nación, este era elegido por voto popular, por ser considerado como un representante de la sociedad, y por ser este, quien ejercía la vigilancia de las actividades que desarrollaban las tres ramas del poder público, sin embargo no se establecieron puntualmente dentro del texto constitucional cuales eran sus funciones.

La Constitución de Rionegro, erigió al Ministerio Público como un agente perteneciente al poder legislativo, conservando la denominación de “Procurador General de la Nación”, con las siguientes atribuciones particulares:

Artículo 74. Son atribuciones del Ministerio público: 1. Cuidar de que todos los funcionarios públicos al servicio de la Unión desempeñen cumplidamente sus deberes; 2 Acusar ante el Senado o la Corte Suprema federal a los funcionarios

justiciables por estas corporaciones; y, 3. Desempeñar las demás funciones que la ley le atribuya. (Convención Nacional, 1863)

Luego se adopta la Constitución Política que mayor duración ha tenido en Colombia, la de 1886. Esta trae nuevamente la figura del Ministerio Público, con la salvedad de que ésta función se encontraba bajo la dirección del Gobierno, en cabeza del Procurador General de la Nación y los fiscales de los tribunales de distrito.

Art. 142 Las funciones que debía ejercer el Ministerio Público eran (...) promover la ejecución de las leyes, sentencias judiciales y disposiciones administrativas; supervigilar la conducta oficial de los empleados públicos; y perseguir los delitos y contravenciones que turben el orden social. (Delegatarios de los Estados Colombianos, 1886)

La Constitución Política de 1886, tuvo la intención de que el Ministerio Público actuara no solo como representante del gobierno, sino como organismo encargado de ser el auxiliar de la justicia primario, al punto tal que se le delegó la facultad y la responsabilidad de ser el representante de los intereses de la sociedad en las actuaciones criminales, debiendo perseguir estas (Luengas, 2017, p. 15).

Lo que fue reglamentado por el Artículo 121 de la Ley 61 de 1886, cuando señaló:

La Cámara de Representantes ejerce el Ministerio Público al desempeñar las atribuciones 4ª y 5ª del artículo 102 de la Constitución. Al ejercer la Cámara dicho Ministerio procederá de conformidad con lo dispuesto en el título X del Libro 3º del Código Judicial de la Nación, en cuanto no sea incompatible con la Constitución. (Consejo Nacional Legislativo, 1886)

Según el artículo 122 de la mencionada ley, el ejercicio del Ministerio Público, podía ser ejercido por el Procurador General de la Nación, los Fiscales de los tribunales superiores, de los juzgados superiores y de los juzgados del circuito, así como por los personeros municipales.

Es decir que las funciones de la Fiscalía y Ministerio Público se encontraban entrecruzadas en un solo sujeto.

Al respecto Téllez, Céspedes y Espinel (2013), explican:

De acuerdo a la Ley 61 de 1886, el Ministerio Público y su desenvolvimiento en el proceso penal es ejercido por el Procurador General, los fiscales de tribunales, de juzgados y por los personeros, “teniendo que, para el cabal cumplimiento de sus deberes, la facultad de demandar la práctica de pruebas ante los jueces de instrucción criminal como a los superiores y de circuito e intervenía en ellas. (p. 24)

Con la reforma constitucional de 1945, se limita el ejercicio del Ministerio Público al Procurador General de la Nación y a los fiscales ante los tribunales superiores de distrito y demás fiscales, prescindiéndose de la figura de ministerio público del personero, establecida en la Ley 61 de 1886. Asimismo, se les dio el mismo status y privilegios que se le otorgaban a los magistrados y jueces.

El Acto Legislativo 1 del 18 de junio de 1945, mediante la reforma introducida al Código Contencioso Administrativo, se vuelve a regular el ámbito de aplicación del Ministerio Público, en el procedimiento administrativo, delegándole las funciones de colaboración con la gestión de los derechos de petición, ante las autoridades estatales (Congreso de la República, 1945).

La Constitución Política de 1991, crea la figura del Ministerio Público con el objetivo de proteger y garantizar los Derechos Humanos en el marco de los procesos judiciales y demás actuaciones que ejerzan quienes desempeñan funciones de carácter público.

Artículo 118: El Ministerio Público será ejercido por el Procurador General de la Nación, por el Defensor del Pueblo, por los procuradores delegados y los agentes del ministerio público, ante las autoridades jurisdiccionales, por los personeros municipales y por los demás funcionarios que determine la ley. Al Ministerio Público corresponde la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas.

En el marco de los procesos judiciales, el Ministerio Público tiene como función primigenia la de “(...) intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario y en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales. (Colombia, 1991, art. 118)

Función que posibilitó la vigencia del Ministerio Público en el marco del proceso penal en casi todas sus etapas.

A decir de Ramírez (2013), “el Acto Legislativo 03 de 2002, confirma las competencias y facultades que tiene la Procuraduría dentro del proceso penal, tanto en las etapas previas como en la de juzgamiento” (p. 298). Según el Congreso de la República mediante la Ley 906 de 2004, en su artículo 109, en el caso del proceso penal, el Ministerio Público actúa “en defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales” (Colombia, 2004, art. 109).

Para Avellana Franco (2007):

Ello se deriva de la nueva estructura que adopta el proceso penal, a partir del Acto Legislativo de 2002, por el cual se reforma la función que ejerce la Fiscalía General de la Nación, como autoridad encargada de la acción penal, lo que luego viene a ser establecido también en la Ley 906 de 2004, mediante la cual se crea el sistema acusatorio dentro del proceso penal, con el fin de imparcializar y humanizar el proceso penal. (p. 29)

En Colombia han existido a la fecha dos modelos de enjuiciamiento penal: el inquisitivo, consagrado en la Ley 600 de 2000 y el acusatorio adoptado mediante la Ley 906 de 2004. El sistema inquisitivo, donde no existe imparcialidad entre quien investiga y quien juzga, fue subrogado por un proceso adversarial que permitía igualdad de condiciones y oportunidades procesales y probatorias en el proceso penal, como lo demandan los Estados democráticos como Colombia, en especial cuando consagran un debido proceso (Matusan & Chavéz, 2015, p. 11).

Tal como indica Roxin (2007) “el paso del sistema inquisitivo al sistema adversarial, es que la defensa tiene posibilidades reales de ejercer su derecho a la defensa” (p. 112).

O como expone Marín Vásquez (2005):

...el proceso penal acusatorio a diferencia del sistema inquisitorial, se caracteriza por ser un proceso donde se encuentran definidos y diferenciados los roles de cada una de las partes, en especial las relacionadas con la investigación y acusación y la de juzgamiento, en donde priman los principios del debido proceso, imparcialidad, publicidad, oralidad, intermediación de la prueba, entre otros que garantizan igualdad de oportunidades entre quien acusa y quien defiende, y una decisión basada en las prueba que se practican, imparcial y argumentativa. (p. 11)

En el sistema adversarial, se incluyen dos intervinientes: el Ministerio Público y la víctima. La víctima buscando garantía de resarcimiento de sus derechos, mediante los postuladores de la “verdad, reparación y justicia”, y el Ministerio Público, este fue integrado al proceso penal, en calidad de interviniente especial, cuya finalidad era la protección de los derechos que se encuentran inmiscuidos en el proceso penal, las garantías judiciales, la Constitución y la ley.

A modo de ver de la Corte Constitucional es un interviniente especial, cuya finalidad y funcionalidad se ejerce solo en el marco de la necesidad de proteger los derechos que se involucran en el proceso penal, a saber:

El Ministerio Público es la vez un interviniente “principal” y “discreto” del proceso penal. Lo primero por cuanto desde la Constitución le ha sido reconocida una función de doble cariz consistente en velar por el respeto de los intereses de la sociedad, así como de los derechos humanos y de los derechos fundamentales afectos al proceso. Lo segundo, porque su participación debe someterse a los condicionamientos establecidos en la ley y precisados por la jurisprudencia, para no romper con los supuestos que en principio o tendencialmente articulan el sistema, relacionados con la igualdad de armas y el carácter adversarial del procedimiento. El ejercicio de sus funciones plantea por tanto el riguroso cumplimiento de la legalidad, así como de la procura de los fines para los cuales desde tiempo atrás se la instituido como interviniente procesal, evitando desequilibrios y excesos a favor o en contra de alguna de las partes o intereses en disputa, con el despliegue de una actuación objetiva que en definitiva mejore las condiciones para que en el proceso se alcance una decisión justa y conforme a Derecho. (Corte Constitucional, 2010)

Así, la jurisprudencia y el legislador le otorgan la calidad de ser un órgano propio del proceso penal, que busca la protección del orden jurídico y de los derechos fundamentales, sin tener la calidad de sujeto procesal ni tampoco la de un mero interviniente:

De acuerdo con lo anterior se advierte que, en el sistema acusatorio, por voluntad del órgano legislativo, el Ministerio Público no es sujeto procesal, toda vez que esta categoría aparece normativamente reservada a la Fiscalía General de la Nación – en quien recae la obligación de adelantar el ejercicio de la acción penal – y a la defensa – esto es el procesado y su defensor. Tampoco es un interviniente, dado que no persigue la definición de un interés particular. Es un organismo propio destinado a cumplir los propósitos misionales que, en relación con las actuaciones judiciales, le asigna la Constitución Política. Si se repara, de un lado, que el proceso acusatorio, siendo adversarial, exige que se conserve el equilibrio y la igualdad entre las partes en contienda; y, de otro, que los fines del Ministerio Público en las actuaciones judiciales deben cumplirse, en cuanto resulte necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales, deviene claro que su intervención en el proceso penal es contingente – en tanto puede o no ejercerla – y que corresponde en la práctica a la de un sujeto especial cuyas únicas pretensiones son la defensa del orden jurídico, la protección del patrimonio público y el respeto por las garantías y derechos fundamentales, que busca asegurar esos cometidos superiores, sin que le sea permitido alterar el necesario equilibrio de las partes principales del proceso, que, en últimas, no pueden ser otras que la acusación y la defensa, dado el carácter eminentemente contradictorio que el modelo ostenta, sin perjuicio del compromiso que comparte con la Fiscalía de propender por la garantía de los derechos de las víctimas. (Corte Constitucional, 2010)

2.2 Características y elementos del Ministerio Público en el proceso penal

Es importante destacar que el Ministerio Público colombiano, está integrado por:

- La Procuraduría General de la Nación,
- Los agentes delegados de ésta y
- La Defensoría Pública
- Los Personeros Delegados

Cada uno con sus funciones y roles específicos en cada proceso judicial. En el proceso penal, el rol fundamental del Ministerio Público es la vigilancia respecto de la efectividad y cumplimiento de la ley, los derechos y las garantías judiciales de cada uno de los intervinientes y partes del proceso penal.

Como sustenta la Corte Suprema de Justicia (Octubre 5 de 2011, expediente 30.592): “el Ministerio Público dentro del proceso penal, tiene la facultad de intervenir en el proceso judicial, cuando sea necesario o se encuentre en vilo el ordenamiento jurídico o el patrimonio público o los derechos y garantías fundamentales”.

La finalidad del Ministerio Público en la Ley 600 de 2000 es:

Artículo 122. Ministerio Público. El Ministerio Público actuará dentro del proceso penal en defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales, podrá intervenir en todas las etapas de la actuación, con plenas facultades de sujeto procesal y será ejercido por el Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes (Colombia, 2000, art. 122)

Es decir, de este artículo se desglosa que el Ministerio Público, en ésta ley actúa de manera directa en el proceso penal con facultades de intervención en todas las etapas, lo que quiere decir que tenía la facultad o la calidad de ser un sujeto procesal que coadyuvaba en el proceso penal, en pro de la salvaguarda de las garantías fundamentales y del ordenamiento jurídico, al punto tal que algunas actividades requerían de su presencia so pena de declararse invalidas, como ante la presentación del recurso de casación o en la solicitud de extradición del procesado.

Como explica la Corte Suprema de Justicia (2011): “El Ministerio Público debe intervenir en la diligencia de reconocimiento fotográfico, necesariamente rendir concepto en el trámite del recurso extraordinario de casación y coadyuvar la solicitud de aplicación del trámite de extradición simplificada por el requerido y su defensor”.

Contrario a lo dictado por la Ley 906 de 2004, aun cuando permite la intervención del Ministerio Público la limita o pone como condicionamiento la necesidad de la presencia de este órgano de control, así: “Artículo 109. Ministerio Público. El Ministerio Público intervendrá en el proceso penal cuando sea necesario, en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales” (Colombia, 2004, art. 109).

Como dice la Corte Constitucional:

En esencia, la función que cumple el Ministerio Público en el proceso penal, no es otro que el de velar porque exista una correcta ejecución de las garantías propias del proceso, lo que quiere decir que debe velar porque se atiendan las pautas procesales y sustanciales que se derivan del debido proceso y la dignidad humana de quienes intervienen en el proceso penal. Ante la inminente presencia de conductas punibles, se hace necesario que exista una representación del Estado que vele y contribuya con la protección jurídica de los derechos de los sujetos del

proceso penal, así como el cumplimiento de las pautas señaladas para el respeto de la dignidad humana, cuando se hace necesario el ejercicio del *ius puniendi*. (Corte Constitucional, 2002)

Entonces, para que su inclusión dentro del proceso penal, sea aceptada y constitucionalmente válida, por ser una herramienta que permite modular el proceso penal, debe ser ajustado a los parámetros de la dignidad humana y el debido proceso.

Ratifica la Corte Constitucional que el cumplimiento de las funciones del Ministerio Público, se hacen necesarias en aras de garantizar que, en los procesos judiciales, exista una correcta aplicación e intervención de la ley, siempre ajustadas todas sus acciones a lo que señala la justicia y la dignidad humana (Corte Constitucional, 1995).

A diferencia de la figura que aparecía en la Ley 600 de 2000, el Ministerio Público en la Ley 906 de 2004, es de carácter facultativo, lo que quiere decir que, si este no concurre en el proceso, ninguna de las actuaciones se presumirá inválida.

Es más, las funciones que cumple el Ministerio Público se divide en dos enfoques: uno como garante de Derechos Humanos y otra como representante de la sociedad.

Cuando es garante de Derechos Humanos, tiene como funciones:

- a) Vigilar las actuaciones de policía judicial que puedan afectar las garantías constitucionales y legales.
- b) Participar en actividades del proceso penal donde se limite o afecte un derecho fundamental.
- c) Procurar que las decisiones judiciales que se adopten en el proceso penal, se ajusten a los parámetros de justicia y verdad.

- d) Garantizar la dignidad humana y demás Derechos Humanos del procesado, cuando este sea sujeto de una medida de aseguramiento privativa de la libertad.
- e) Procurar por la definición de competencia entre diferentes jurisdicciones, cuando se trata de delitos que hayan vulnerado Derechos Humanos o el Derecho Internacional Humanitario.
- f) Procurar que el procesado pueda ejercer su derecho a la defensa, así como que dentro del proceso penal se cumpla con los postulados del proceso penal.
- g) Participar en las audiencias que componen el proceso penal. (Colombia, 2004, art. 111)

En el caso del Ministerio Público como representante de la sociedad, las funciones son:

- a) Solicitar al juez de conocimiento la absolución o condena de los acusados.
- b) Intervenir en la audiencia de control de judicial de preclusión de la actuación penal.
- c) Procurar que se indemnicen los perjuicios a la víctima, así como que se restablezcan los derechos colectivos que se hayan afectado con el punible.
- d) Solicitar pruebas y medidas cautelares.
- e) Velar por el respeto de los derechos de los intervinientes en el proceso penal, así como verificar que se protejan estos por parte de las autoridades estatales.
- f) Participar en diligencias y actuaciones en donde se pueda disponer de la continuación o no de la acción penal, en aras de no se vean afectados los derechos de ninguna de las partes, en especial en los eventos en que se aplica el principio de oportunidad.
- h) Denunciar los fraudes y demás actuaciones procesales contrarios al ordenamiento jurídico. (Colombia, 2004, art. 111)

Se colige de lo anteriormente descrito que el Ministerio Público en el proceso penal, fue creado como una institución tendiente a garantizar los derechos, libertades y responsabilidades que se derivan del esquema pluralista, benefactor y democrático que establece la Constitución

Política de 1991, a través de la correcta aplicación de la facultad sancionadora del Estado, especialmente de aquellos que están en condición de vulnerabilidad, en el caso del proceso penal: la víctima.

Ahora se analizará la intervención del Ministerio Público como interviniente especial en las etapas del proceso penal, que se extiende hasta la indagación y la investigación de los hechos.

2.3 Las funciones del Ministerio Público en las etapas preliminares del proceso penal

2.3.1 Investigación e indagación

La noticia criminal, le da titularidad a la Fiscalía de la acción penal, así inicia las acciones correspondientes de investigación, para conocer la existencia del hecho y la posible comisión de este, y a quien se le atribuye presuntamente la responsabilidad en la denuncia, querrela, petición de oficio, etc.

Tal como puede leerse en la Ley 906 de 2004, en su Artículo 66.

El Estado, por intermedio de la Fiscalía General de la Nación, está obligado a ejercer la acción penal y a realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito, de oficio o que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o cualquier otro medio, salvo las excepciones contempladas en la Constitución Política y en este código.

No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para aplicar el principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez de control de garantías. (Colombia, 2004, art. 66)

La función del Ministerio Público en esta etapa de investigación es la de ser veedor de los Derechos Humanos del procesado, en lo que respecta a la legalidad y constitucionalidad de las limitaciones que realiza la Fiscalía General de la Nación a través de la Policía Judicial.

Al respecto dice la Corte Suprema de Justicia:

(...) En relación con la primera categoría de funciones, esto es, la de garante de los derechos humanos y de los derechos fundamentales, al Ministerio Público le corresponde, entre otras, las de ejercer vigilancia sobre las actuaciones de la policía judicial que puedan afectar garantías fundamentales. En tal medida, debe verificar que las diligencias de allanamiento no se desvíen de su finalidad o se realicen sobre elementos u objetos no susceptibles de registro y que se lleven a cabo dentro de los términos pre establecidos; igualmente, que se cumplan los presupuestos, objetivos, las limitaciones y el término establecidos para la interceptación de comunicaciones, la búsqueda selectiva de datos, los registros y toma de muestras corporales, o exámenes científicos que involucren al indiciado o imputado, pues en caso contrario, se halla facultado para pedir la terminación o la limitación de la medida, o, de ser el caso, solicitar la exclusión de la evidencia obtenida con transgresión del ordenamiento jurídico. (Corte Suprema de Justicia, 2011)

En el artículo 327 de la Ley 906 de 2004, se ordena:

Artículo 327. El juez de control de garantías deberá efectuar el control de legalidad de las solicitudes individuales o colectivas respectivas dentro de los cinco (5) días siguientes a la determinación de la Fiscalía de dar aplicación al principio de oportunidad. Dicho control será obligatorio y automático y se realizará en audiencia especial en la que la víctima y el Ministerio Público podrán controvertir la prueba aducida por la Fiscalía General de la Nación para sustentar la decisión. El juez resolverá de plano. (...). (Colombia, 2004, art. 327)

El Ministerio Público puede intervenir ante la solicitud de limitación de derechos fundamentales que estén sujetos al control previo o posterior del juez de control de garantías, a fin de determinar la viabilidad constitucional y legal de dicha medida, en atención a los derechos del procesado. Esto también es aplicable en el caso de la aplicación del principio de oportunidad, y la aceptación de éste por parte del juez de control de garantías, en donde el Ministerio Público tiene un papel activo, respecto de la controversia de la prueba que aporta la Fiscalía como sustento de la aplicación de dicho principio.

2.3.2 Las funciones del Ministerio Público en la etapa de acusación.

La acusación es realizada por el Fiscal como responsable de la acción penal, una vez se determina la existencia del delito y la posible comisión de éste por quien tiene la calidad de procesado, tal como especifica la Ley 906 de 2004, en su Artículo 336.

El Fiscal presentará el escrito de acusación ante el juez competente para adelantar el juicio cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o participe. (Colombia, 2004, art. 336)

Con la presentación del escrito de acusación, se inicia la etapa de juicio, en la cual la Fiscalía, expone ante el juez de conocimiento, los hechos que se derivan del punible y la posible responsabilidad del procesado en la comisión de éste, así como la calidad de víctima de quien sufrió los daños del delito, debiendo correrle traslado para el efecto al Ministerio Público para que se pronuncie al respecto dentro de la audiencia de formulación de acusación (Colombia, 2004 art. 339).

La función del Ministerio Público en la formulación de la acusación, es la de actuar como vocero del principio de legalidad, es decir, debe verificar que el escrito de acusación y la acusación formal, se realice con el respeto debido a los derechos y garantías constitucionales y legales, evitando que se presenten impedimentos y recusaciones que luego posibiliten una nulidad procesal, afectando el desarrollo del proceso penal, y con ello la justicia para las partes.

2.3.3 El Ministerio Público y su función en la etapa de audiencia preparatoria y el descubrimiento de los elementos materiales probatorios.

En la etapa de audiencia preparatoria, las partes elevan las solicitudes probatorias que consideren pertinentes, esto por el derecho de contradicción, presentan al juez de conocimiento las pruebas que se pretenden hacer valer, argumentando la conducencia, necesidad y pertinencia de cada uno de los elementos materiales probatorios con los que se cuentan, a fin de que el juez de conocimiento se pronuncie frente a éstas, decretándolas o negándolas, como puede leerse en los artículos 375 y 357 de la Ley 906 de 2004:

Artículo 375. El elemento material probatorio, la evidencia física y el medio de prueba deberán referirse, directa o indirectamente, a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, así como a la identidad o a la responsabilidad penal del acusado. También es pertinente cuando sólo sirve para hacer más probable o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiere a la credibilidad de un testigo o de un perito.

Artículo 357. Durante la audiencia el juez dará la palabra a la Fiscalía y luego a la defensa para que soliciten las pruebas que requieran para sustentar su pretensión. El juez decretará la práctica de las pruebas solicitadas cuando ellas se refieran a los hechos de la acusación que requieran prueba, de acuerdo con las reglas de pertinencia y admisibilidad previstas en este código. Las partes pueden probar sus

pretensiones a través de los medios lícitos que libremente decidan para que sean debidamente aducidos al proceso. Excepcionalmente, agotadas las solicitudes probatorias de las partes si, el Ministerio Público tuviere conocimiento de la existencia de una prueba no pedida por éstas que pudiere tener esencial influencia en los resultados del juicio, solicitará su práctica. (Colombia, 2004, arts. 357 y 375).

En esta etapa el Ministerio Público, excepcionalmente tiene competencia para realizar solicitudes probatorias cuando lo considere necesario y pertinente, y en el caso de que la solicitud no se hubiere realizado previamente por algunas de las partes. Además, interviene en procura de garantizar que la prueba sea obtenida con arreglo a los presupuestos de legalidad, conducencia y pertinencia y que puedan ser protegidos los valores y garantías constitucionales y legales propias del proceso penal, aun si éstas van en detrimento de los intereses de la víctima, ya que éstos últimos están encaminados exclusivamente a obtener “verdad, justicia y reparación” tal como se explicita en la Sentencia C-454 de 2006 (Corte Constitucional, 2006).

Es decir que el Ministerio Público puede solicitar la práctica de pruebas dentro del proceso penal, en otras palabras, se puede colegir que su actuación dentro del proceso penal, es habilitada por la ley buscando la protección de la sociedad, y la consecución de la verdad en el transcurso del proceso.

2.3.4 Ministerio Público: funciones y facultades en la etapa de juicio oral en el proceso penal.

El Artículo 371 de la Ley 906 de 2004, explicita:

Antes de proceder a la presentación y práctica de las pruebas, la Fiscalía deberá presentar la teoría del caso. La defensa, si lo desea, podrá hacer lo propio. Al

proceder a la práctica de las pruebas se observará el orden señalado en audiencia preparatoria y las reglas previstas en el capítulo siguiente de este código. (Colombia, 2004, art. 371)

En esta etapa de proposición de la teoría del caso, se encuentra excluido el Ministerio Público, ya que no es de su órbita explicar las argumentaciones propuestas por las partes, debiendo adoptar una posición de neutralidad.

Cuando se da el debate probatorio, el Ministerio Público está facultado de manera excepcional a realizar cuestionamientos a los interrogatorios que presentan los testigos citados en pro de ayudar a las teorías del caso presentadas, tal como explica el artículo 397 de la Ley 906 de 2004:

Artículo 397. Excepcionalmente, el juez podrá intervenir en el interrogatorio o contrainterrogatorio, para conseguir que el testigo responda la pregunta que le han formulado o que lo haga de manera clara y precisa. Una vez terminados los interrogatorios de las partes, el juez y el Ministerio Público podrán hacer preguntas complementarias para el cabal entendimiento del caso. (Colombia, 2004, art. 397)

Lo que podría inclinar la balanza fortaleciendo alguna de las argumentaciones, que a decir de algunos tratadistas como Téllez et al. (2013, p. 79), vulneraría el principio de igualdad de armas.

Al respecto indica la Corte Suprema de Justicia:

El Ministerio Público como interviniente, tiene unas facultades limitadas en el curso del juicio oral, de acuerdo con las cuales únicamente cuando observe

manifiesta violación de garantías y derechos fundamentales puede solicitar el uso de la palabra ante el juez, y excepcionalmente, con el único propósito de conseguir el cabal conocimiento del caso el representante de la sociedad también podrá interrogar a los testigos, de lo cual se desprende que no tiene derecho a conainterrogar y menos a utilizar la técnica propia de este tipo de preguntas, pues aquella facultad no lo autoriza para suplir las deficiencias de las partes ni para introducir respuestas a interrogantes que fueran válidamente objetados entre ellas. Lo contrario sería permitirse que tome partido por una de las partes o se recargue y que en el juicio se desequilibre la igualdad que debe existir entre ellas. (Corte Suprema de Justicia, 2011)

Es decir, la Corte Suprema de Justicia no considera que exista un desequilibrio, las facultades del Ministerio Público, al ser excepcionales solo pueden y deben estar encaminadas a la consecución de la verdad y a la protección de los derechos fundamentales de las partes en el proceso penal, sin que ello signifique una coadyuvancia de alguna de éstas, como se nota en la sentencia anterior.

Pero, el legislador le permite hacer valoración del material probatorio, al punto que se encuentra facultado para indicar o solicitar al juez de conocimiento si debe condenar o absolver al procesado, tal como explicita la Ley 906 de 2004, en el artículo 443:

El fiscal expondrá oralmente los argumentos relativos al análisis de la prueba, tipificando de manera circunstanciada la conducta por la cual ha presentado la acusación. A continuación, se dará uso de la palabra al representante legal de las víctimas, si lo hubiere, y el Ministerio Público, en este orden, quienes podrán presentar sus alegatos atinentes a la responsabilidad del acusado. Finalmente, la defensa, si lo considera pertinente, expondrá sus argumentos los cuales podrán ser controvertidos exclusivamente por la Fiscalía. Si esto ocurriere la defensa tendrá derecho de réplica y, en todo caso, dispondrá del último turno de intervención

argumentativa. Las réplicas se limitarán a los temas abordados. (Colombia, 2004, art. 443)

También tiene la facultad de impulsar procesalmente al incidente de reparación integral, aun cuando este no se encuentre directamente ligado con su función de garante de derechos fundamentales o del ordenamiento jurídico.

Artículo 102. En firme la sentencia condenatoria y, previa solicitud expresa de la víctima, o del fiscal o del Ministerio Público a instancia de ella, el juez fallador convocará dentro de los ocho (8) días siguientes a la audiencia pública con la que dará inicio al incidente de reparación integral de los daños causados con la conducta criminal y ordenará las citaciones previstas en los artículos 107 y 108 de este Código, de ser solicitadas por el incidentante. (Colombia, 2004, art. 102)

Según la Corte Suprema de Justicia en el modelo actual del sistema acusatorio, el Ministerio Público presenta algunos inconvenientes, relacionados con la estructura misma de un proceso adversarial, en especial porque conserva algunas de las que venía ejerciendo en el proceso penal consagrado en la Ley 600 de 2000, lo que califica como un elemento contradictorio del actual proceso penal, “(...) toda vez que el proceso se erige en escenario de contienda de dos pretensiones diametralmente opuestas” (Corte Suprema de Justicia, 2011).

En esencia la contradicción más destacable del Ministerio Público es su función en el ámbito del proceso penal y en el alcance que tienen sus funciones procesales, en éste que es interviniente, aunque con la reserva de algunas facultades que en principio también pueden ser de la esfera de la Fiscalía General de la República.

Se considera que posibilitar una injerencia desproporcionada y arbitraria del Ministerio Público en el proceso penal, acarrea consecuencias adversas para las partes y lleva a un

desconocimiento de la finalidad del sistema acusatorio, que es buscar un equilibrio y poner una limitante a la excesiva acción que tenía el Estado en el proceso penal inquisitivo, aunque su participación es importante, pero sin demasiada injerencia en el proceso penal.

3. ANÁLISIS DE LA PARTICIPACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO EN LA LEY 906 DE 2004 Y CUAL HA SIDO SU IMPACTO

Es pues muy importante analizar la participación del Ministerio Público en el proceso penal, y si ello se convierte en un elemento que desequilibra las cargas procesales.

3.1 IGUALDAD DE ARMAS EN EL PROCESO PENAL

El principio de igualdad de armas es una derivación del principio superior del debido proceso, el cual se encuentra en la Constitución Política así:

Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

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

Es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso. (Constitución Política, 1991, art. 29)

La Corte Constitucional, establece:

El debido proceso implica el conjunto de facultades y garantías previstas en el ordenamiento jurídico, cuyo objetivo básico es brindar protección al individuo sometido a cualquier proceso, de manera que durante el trámite se puedan hacer

valer sus derechos sustanciales y se logre el respeto de las formalidades propias del juicio, asegurando con ello una recta y cumplida administración de justicia. (Corte Constitucional, 2011, párr. 127)

Es decir, que la Corte Constitucional en esta sentencia señala que el debido proceso implica un conjunto de facultades que tienden a la protección de quien se investiga y que limita las acciones que debe ejercer el Estado en el uso de su facultad sancionadora o *ius puniendi*.

Es más, considera la Corte Constitucional que la importancia del principio de igualdad de armas, en el marco del debido proceso radica en:

(...) con su ejercicio se busca impedir la arbitrariedad de los agentes estatales y evitar la condena injusta, mediante la búsqueda de la verdad, con la activa participación o representación de quien puede ser afectado por las decisiones que se adopten sobre la base de lo actuado.

El derecho a la defensa que se encuentra subsumido dentro del debido proceso, obliga a los Estados a adoptar formas de garantía de éste, en especial en lo que respecta a la igualdad en las oportunidades procesales y en las facultades que le asisten a quien es procesado respecto de quien realiza la acusación. ((Corte Constitucional, 2009, p. 12)

La Ley 906 de 2004 en su artículo 8, explica:

Artículo 8°. Defensa. En desarrollo de la actuación, una vez adquirida la condición de imputado, este tendrá derecho, en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal, en lo que aplica a:

(...) e) Ser oído, asistido y representado por un abogado de confianza o nombrado por el estado; (...) i) Disponer de tiempo razonable y de medios adecuados para la preparación de la defensa. De manera excepcional podrá solicitar las prórrogas debidamente justificadas y necesarias para la celebración de las audiencias a las

que deba comparecer; j) Solicitar, conocer y controvertir las pruebas; k) Tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con inmediación de las pruebas y sin dilaciones injustificadas, en el cual pueda, si así lo desea, por sí mismo o por conducto de su defensor, interrogar en audiencia a los testigos de cargo y obtener la comparecencia, de ser necesario aun por medios coercitivos, de testigos o peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos objeto del debate. (Colombia, 2004, art. 8)

Para la Corte Constitucional el principio de igualdad de armas es:

...en el marco del proceso penal, las partes enfrentadas, esto es, la Fiscalía y la defensa, deben estar en posibilidad de acudir ante el juez con las mismas herramientas de persuasión, los mismos elementos de convicción, sin privilegios ni desventajas, a fin de convencerlo de sus pretensiones procesales (igualdad de armas). Este constituye una de las características fundamentales de los sistemas penales de tendencia acusatoria, pues la estructura de los mismos, contrario a lo que ocurre con los modelos de corte inquisitivo, es adversarial, lo que significa que en el escenario del proceso penal, los actores son contendores que se enfrentan ante un juez imparcial en un debate al que ambos deben entrar con las mismas herramientas de ataque y protección. (Corte Constitucional, 2008, p. 23)

Vale decir, que inmersas en las garantías mínimas, está el derecho del implicado a defender sus intereses y buscar la manera legal de demostrar su inocencia, ante la acusación que le atribuye el ente acusador.

Como expresa la Corte Constitucional:

Ello es adoptado en el nuevo esquema adversarial, mediante la cual se le garantizan las mismas oportunidades procesales para defenderse en el proceso penal, y bajo las mismas condiciones en que el ente acusador realiza la imputación o acusación de cargos, pudiendo controvertir las pruebas allegadas en su contra y

aportar las que considere en su defensa, a fin de que un tercer imparcial (juez de conocimiento) pueda juzgar si en realidad le es predicable responsabilidad penal, por el delito que se le atribuye. (Corte Constitucional, 2011, p. 27)

Es decir, el principio de igualdad de armas, refuerza el debido proceso y exalta la igualdad de todas las personas ante la ley.

Entonces el principio de igualdad de armas en el proceso penal, como postulado del derecho al debido proceso, tiene justificación en el precepto de que las facultades probatorias y técnicas con las que cuenta el defensor, no son las mismas que las de la Fiscalía General de la Nación.

El principio de igualdad de armas articula el accionar de las partes del proceso penal, garantizando la participación equitativa de todos los sujetos procesales, en los mismos términos, bajo las mismas condiciones, de manera imparcial y justa.

O como dice Zappala (2010) “el principio de igualdad de armas, modula las actuaciones que hacen las partes con arreglo a las normas preexistentes (principio de legalidad) y con el debido respeto por los derechos del implicado” (p. 140).

La Corte Constitucional analiza lo siguiente:

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

El principio de igualdad de armas o igualdad de medios, supone entonces la carga probatoria del acusador es proporcional a sus medios y que las reglas del ejercicio del principio contradictorio en virtud de esa carga, buscan equiparar la participación en el proceso penal, tanto optimizando lo más posible las garantías de la defensa, como incrementado la exigencia del cumplimiento de la labor probatoria del acusador. Para esta Corte el derecho de defensa en materia penal encuentra uno de sus más importantes y esenciales expresiones en el principio de igualdad de armas, en procura de garantizar la protección de los imputados frente a aquellas situaciones que desequilibran su actuación en el proceso. (Corte Constitucional, 2008, p. 27)

Se debe exaltar que el principio de igualdad de armas, busca dar equidad procesal para todos los sujetos del proceso penal, a fin de que se mantengan las características propias de un sistema acusatorio o adversarial, en atención a lo perseguido en un Estado democrático y pluralista como lo es Colombia. Ahora y después de haber introducido el principio de igualdad de armas, se analizará si éste vulnera o no dicho principio, con el rol que ejerce el Ministerio Público.

3.2 PRINCIPIO DE IGUALDAD DE ARMAS Y EL ROL DEL MINISTERIO PÚBLICO EN EL PROCESO PENAL

Como primera medida, se partirá de la afirmación de que los roles y facultades que tiene el Ministerio Público en el proceso penal, crean un desbalance en las cargas procesales, que vulneran el principio de igualdad de armas, pues ello desconoce los principios fundantes del sistema adversarial, ya que éste lo que busca es darle una nota de imparcialidad, justicia, y equidad entre las partes y quien dirime la controversia.

Fernández (2010) al respecto, indica:

...la presencia del Ministerio Público en el proceso penal, es una contrariedad frente a los postulados del sistema adversarial, en el que por regla solo deben

intervenir tres sujetos: juez, acusador y acusado, y que incluir un cuarto interviniente, corresponde ser una forma de coadyuvar de manera ilegítima alguna de las dos partes que se encuentran en puja. (p. 391)

Dicha afirmación queda demostrada en las facultades que tiene el Ministerio Público de acuerdo con lo estipulado en el artículo 111 de la Ley 906 de 2004:

Artículo 111. Funciones del Ministerio Público. Son funciones del Ministerio Público en la indagación, la investigación y el juzgamiento:

- 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. (Colombia, 2004, art. 111)

Si bien es cierto, la protección de los bienes colectivos y la garantía de los derechos humanos y del ordenamiento jurídico es necesario, no se da una explicación de por qué esa función debe ser ejercida por una autoridad que genera un desbalance en el proceso penal como el Ministerio Público. Eso debería ser solo deber del juez, como director y arbitro primigenio del proceso penal.

Si con ello se busca proteger el interés de la víctima, para ese caso, está la Fiscalía como representante de ésta, entonces, las competencias del Ministerio Público se harían innecesarias, al poder ser ejercidas por las autoridades que identifican el proceso adversarial.

Es concluyente entonces que la actuación del Ministerio Público en ese caso, enfatiza el manifiesto desequilibrio que existe entre las partes del proceso adversarial.

La Corte Constitucional ha indicado:

La pasividad judicial en materia probatoria favorece la igualdad de trato jurídico entre los sujetos procesales y, en especial, lo que la doctrina especializada ha denominado la igualdad de armas en el proceso penal. Dicho de otro modo, la prohibición demandada tiene por objeto evitar situaciones de privilegio o de supremacía de una de las partes, de tal suerte que se garantice la igualdad de posibilidades, y cargas entre las partes en las actuaciones penales cuya característica principal es la existencia de contradicción.

En efecto, la aplicación del principio de igualdad de armas en el proceso penal hace parte del núcleo esencial de los derechos al debido proceso y de igualdad de trato jurídico para acceder a la justicia (artículos 29, 13, y 229 de la Constitución), según el cual las partes deben contar con medios procesales homogéneos de acusación y defensa, de tal manera que se impida el desequilibrio entre las partes y, por el contrario, se garantice el uso de las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación.

Ahora, la desigualdad institucional, evidente en el sistema penal acusatorio (el aparato estatal investigativo, por regla general, tiene mayor fortaleza económica, orgánico y funcional, que la defensa a cargo de los particulares), supone la necesaria intervención legislativa para superarla y propiciar la igualdad de trato y de oportunidades de defensa. Por ello, el fortalecimiento y real aplicación de principios procesales tales como la presunción de inocencia, el indubio pro reo, las prohibiciones de doble incriminación y de autoacusación, entre otros, colocan al juez en una posición clara frente al vacío probatorio: la pasividad probatoria como instrumento de equiparación de armas entre las partes. (Corte Constitucional, 2007, p. 37)

Entonces, se colige que la Corte Constitucional, considera que el juez es quien debe actuar como árbitro ante la posibilidad de que existan vulneraciones a los derechos fundamentales o al ordenamiento jurídico, ya que es éste el llamado a interpretar las reglas propias de cada juicio y los principios que orientan el proceso penal (Corte Constitucional, 2007, p. 37).

Como ordena la Ley 906/2004, en su Artículo 339:

Abierta por el juez la audiencia, ordenará el traslado del escrito de acusación a las demás partes; concederá la palabra a la Fiscalía, Ministerio Público y defensa para que expresen oralmente las causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones, nulidades, si las hubiere, y las observaciones sobre el escrito de acusación, si no reúne los requisitos establecidos en el artículo 337, para que el fiscal lo aclare, adicione o corrija de inmediato. (...). (Colombia, 2004, art. 339)

Si bien, el Ministerio Público, no tiene el matiz de ser un sujeto procesal, tiene facultades y derechos de intervención en el proceso penal que recae de manera directa en la decisión que puede adoptar el juez, en favor de alguna de las partes.

Es decir, las acciones ejecutadas por el Ministerio Público, aun cuando sean permitidas e indispensables, no pueden evitar secundar cualquiera de las teorías del caso, desequilibrando la posición de alguna de los sujetos procesales, respecto del otro a quien el Ministerio Público indirectamente coadyuva bajo el argumento de representante de la sociedad y de los Derechos Humanos.

Como sucede cuando participa en el escrito de acusación, solicitando la corrección o adición al mismo o cuando considera que la proposición hecha por la Fiscalía presenta falencias. Esta facultad es una forma de afectación al principio de igualdad de armas, dado que es sólo de competencia y cargo de la Fiscalía, presentar el escrito de acusación.

Como se da la posibilidad de que se le permita la intervención al Ministerio Público respecto del contenido de la acusación, es claro que este puede contribuir con la corrección indirecta de lo señalado por la fiscalía, en contra de los intereses de la víctima.

Entonces, si también la víctima puede intervenir con las mismas posibilidades que el Ministerio Público respecto del escrito de acusación, el que la Fiscalía presente el escrito y el Ministerio Público, lo ajuste o señale las falencias, implica una concurrencia de dos instancias del Estado, en un mismo acto procesal, lo que evidentemente desbalancea las cargas procesales.

Asimismo, sucede en materia probatoria, el Ministerio Público, tiene la posibilidad de realizar solicitudes probatorias en la audiencia preparatoria, como estatuye el art. 135 de la Ley 906 de 2004:

Artículo 357. Durante la audiencia el juez dará la palabra a la Fiscalía y luego a la defensa para que soliciten las pruebas que requieran para sustentar su pretensión.

El juez decretará la práctica de las pruebas solicitadas cuando ellas se refieran a los hechos de la acusación que requieran prueba, de acuerdo con las reglas de pertinencia y admisibilidad previstas en este Código. Las partes pueden probar sus pretensiones a través de los medios lícitos que libremente decidan para que sean debidamente aducidos al proceso. Excepcionalmente, agotadas las solicitudes probatorias de las partes, si el Ministerio Público tuviere conocimiento de la existencia de una prueba o pedida por éstas que pudiere tener esencial influencia en los resultados del juicio, solicitará su práctica. (Colombia, 2004, art. 357)

Aunque dicha facultad es subsidiaria, ello no significa que no incida de maneras negativa en los intereses de la víctima. Las solicitudes probatorias pueden contribuir con la defensa del acusado, ello no es una garantía ni la ley indica que solo es posible hacer solicitudes en aras de garantizar igualdad de armas en el proceso penal, en favor a la víctima (Téllez et al., 2013, p. 79).

Se puede aseverar que permitir al Ministerio Público la intervención en materia probatoria, en el juicio oral, contribuiría a que se abordaran aspectos que por descuido o negligencia no contemplan las partes, siendo de su cargo hacerlo.

Se entiende que es el juez quien debe llegar a la verdad en cada caso particular, y que por ende tiene el derecho a buscar aclaraciones sobre lo que se dice en los testimonios, más no se entiende porque el Ministerio Público tiene la misma facultad, puesto que su función debe ser de mero veedor del ordenamiento jurídico, sin que pudiera tener una injerencia más allá de la de árbitro subsidiario, en el caso de que se lleven las actuaciones procesales, en contravía de los presupuestos del debido proceso.

Así mismo lo ratifica la Corte Suprema de Justicia al indicar:

...las facultades del Ministerio Público en el Proceso Penal, necesariamente deben ser limitadas, en especial en el curso del juicio oral, por las implicaciones que ello

tiene frente de derechos de los sujetos procesales, en especial respecto a la víctima.

El Ministerio Público como interviniente, tiene unas facultades limitadas en el curso del juicio oral, de acuerdo con las cuales únicamente cuando observe manifiesta violación de garantías y derechos fundamentales puede solicitar el uso de la palabra ante el juez, y excepcionalmente, con el único propósito de conseguir el cabal conocimiento del caso el representante de la sociedad también podrá interrogar a los testigos, de lo cual se desprende que no tiene derecho a contrainterrogar y menos a utilizar la técnica propia de este tipo de preguntas, pues aquella facultad no lo autoriza para suplir las deficiencias de las partes ni para introducir respuestas a interrogantes que fueran válidamente objetados entre ellas. Lo contrario sería permitirle que tome partido por una de las partes o se recargue y que en el juicio se desequilibre la igualdad que debe existir entre ellas. (Corte Suprema de Justicia, 2011)

Sumado a ello, existe también injerencia del Ministerio Público en la etapa de proferir sentencia, permitiéndole la impugnación de la sentencia, tal como indica la Corte constitucional:

En idénticas condiciones, si en los procesos seguidos bajo la égida de la Ley 600 de 2000 al Ministerio Público en calidad de sujeto procesal le asiste legitimidad para impugnar los autos interlocutorios o las sentencias – bien absolutorias o condenatorias -, a partir de la filosofía que inspira el proceso rituado en la Ley 906 de 2004, se concluye que en esa sistemática procesal cuenta con la misma potestad, en la medida que así lo exijan los propósitos misionales que la Constitución le traza, en defensa del orden jurídico, de los intereses de la sociedad, o como garante de los derechos fundamentales. (Corte Constitucional, 2014, p. 16)

Porque lo que jurídica y legalmente solo debería ser potestativo de los sujetos procesales, y no de un interviniente especial, ya que ello podría en contravía de los intereses de alguna de

éstas, sin que exista justificación para ello, lo que de pase se considera como una facultad que va en contravía del debido proceso y del principio de igualdad de armas.

Teniendo en cuenta este enfoque, es obvio que el elemento de la neutralidad del Ministerio Público en el proceso penal, queda totalmente desvirtuada, desde las facultades que este tiene, de su estatus de interviniente especial, lo que es plausible lo hagan las partes que hacen parte del proceso adversarial.

Se puede concluir entonces que el Ministerio Público, de cierta manera afecta el principio de igualdad de armas, porque actúa de manera indirecta a lo largo del proceso penal en las diligencias, con facultades que deberían ser solo recursos de las partes, y que obviamente hacen que el sistema adversarial este alejada de la norma, y muy alejada de la realidad de la jurisdicción penal en el país.

CONCLUSIONES

De manera tajante, no es entendible la presencia del Ministerio Público, y más aún cuando queda demostrado que existe una vulneración al principio de igualdad de armas del proceso con sus facultades y roles que cumple en el proceso penal. Es decir, la conclusión global de esta investigación es que la presencia del Ministerio Público en el proceso penal, afecta directamente el principio de igualdad de armas, y que, al existir dos figuras institucionales en el proceso, su presencia se hace innecesaria y contradictoria a los principios que fundamentan el sistema adversarial, todo ello porque la Constitución Política de 1991, cambió el paradigma y generó en el país lo que se ha llamado la constitucionalización del derecho, siendo los derechos fundamentales el camino o el norte para proferir cualquier norma o acto legislativo, lo que se sujeta al control de la Corte Constitucional.

En lo atinente al campo penal, la Carta Fundamental, introdujo un gran cambio en cuanto al debido proceso y los subprincipios que de este se derivan, que han tenido una exaltación particular en el proceso penal.

Esta jurisdicción penal, goza de relevantes progresos en cuanto a la forma y procedimiento de la acción penal, ya que se pasó de un esquema inquisitivo a un esquema adversarial, dando especial relevancia a la aplicación del principio de igualdad y equidad procesal, además buscando la protección y reconocimiento de los derechos del procesado.

Acusador y acusado buscan más allá de toda duda razonable, el convencimiento del juez, el primero que el autor del delito es el acusado y por tanto debe responder penalmente por sus

hechos; el segundo que la presunción de inocencia no se vea desvirtuado y que no existe el delito, o que de existir no es posible endilgarle responsabilidad penal.

Es decir, la finalidad del proceso penal adversarial, es que dos sujetos involucrados con igualdad presenten su caso a un tercer imparcial, denominado juez. Sin embargo, el esquema adoptado por el legislador bajo la ley 906 de 2004 de 2004, incluye otros intervinientes que inciden en el desarrollo del proceso penal: la víctima y el Ministerio Público. La primera, ha venido con un reconocimiento paulatino dentro del proceso penal, como sujeto de derechos y no solo como sujeto pasivo, titular de un derecho de reparación económica. El segundo, está ahí como garante del ordenamiento jurídico, de los derechos humanos y fundamentales y de la sociedad y funge como representante de estos elementos en el proceso penal.

Vale entonces decir, que el Ministerio Público es otro representante del Estado dentro del proceso penal, que, como la víctima, tiene facultades de intervención en las actuaciones procesales.

Entonces, el principio de igualdad de armas, posibilita la existencia de equilibrio o equidad procesal, que le permita a las partes intervenir con las mismas herramientas y en las mismas condiciones, a fin de que puedan exponer libre y espontáneamente su argumentación jurídica respecto de los hechos de que se trate en cada caso particular.

Aunque la Corte Constitucional, en variada jurisprudencia indica y reconoce los subprincipios que se derivan del debido proceso, que la actuación del Ministerio Público, crea un desequilibrio en el proceso penal, y con ello vulnera el principio de igualdad de armas, ya que éste a pesar de su calidad de interviniente especial, le asisten o se le reconocen facultades en el ámbito probatorio y procedimental, que afectan el equilibrio del proceso, bien sea en favor del

acusado o del acusador, dentro de las que se cuentan, la posibilidad de referirse al escrito de acusación, la posibilidad de referirse frente a la imposición de la medida de aseguramiento (cuando a ello hay lugar), la facultad de interrogar en las diligencias de recepción de testimonios, entre otras, enunciadas a lo largo del texto, que indirectamente coadyuvan a una de las partes en su teoría del caso.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Avellana F., P. O. (2007). *Estructura del proceso penal acusatorio*. Bogotá D.C.: Edición de la Fiscalía General de la Nación y la Escuela de Estudios e Investigaciones Criminalistas y Ciencias Forenses.
- Bayona A., D.M; Gómez J., A; Mejía G., M. & Ospina V., H. (2016). Diagnóstico Del Sistema Penal Acusatorio En Colombia. *Acta Sociológica* núm. 72, enero-abril, pp. 71-94.
Obtenido de <https://reader.elsevier.com/reader/sd/pii/S01866028173>
- Bernal C., J. y Montealegre, E. . (2013). *Fundamentos constitucionales y teoría*.
- Bustamante, D.M. (s.f.). *El diseño de investigación jurídica*. Cali: Universidad de San Buenaventura.
- Carrara, F. . (1957). *Programas de Derecho Criminal. Parte General*. Bogotá: Temis.
- Castro, C. (1986). *La Procuraduría en Colombia*. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia.
- Colombia. (1821). *Ley 14 de 1821*.
- Colombia. (1991). *Constitución Política*. Bogotá.
- Colombia. (2000). *Ley 600. Diario Oficial No. 44.077. Art. 122*. Bogotá D.C.
- Colombia. (2004). *Ley 906, Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*. Bogotá D.C.: Diario Oficial 45658 de septiembre de 2004.

Congreso Constituyente. (1830). *Constitución de la República de Colombia. Art. 100.*

Recuperado el 14 de Septiembre de 2018, de

<http://www.banrepcultural.org/sites/default/files/89668/brblaa168141.pdf>.

Congreso de la República. (1945). *Acto Legislativo I.* santa Fe de Bogotá: Diario Oficial No. 25769. art. 33.

Consejo Nacional Legislativo. (1886). *Provisional sobre organización y atribuciones del poder judicial y el Ministerio Público y algunos procedimientos especiales.* Bogotá: Diario oficial 6.881- 6.882 del 5 de dc de 1886. Art. 121.

Convención Nacional. (1863). *Constitución de Rionegro.*

Corte Constitucional. (1995). *Sentencia C-399.* Bogotá.

Corte Constitucional. (2002). *Sentencia T-881.* Bogotá.

Corte Constitucional. (2005). *Sentencia C-1194 de 2005.* Bogotá.

Corte Constitucional. (2006). *Sentencia C-454 de 2006.* Bogotá.

Corte Constitucional. (2007). *Sentencia C-396.* Bogotá.

Corte Constitucional. (2008). *Sentencia C-536.* Bogotá.

Corte Constitucional. (2009). *Sentencia C-025, 2009.* Bogotá.

Corte Constitucional. (2010). *Sentencia C-144.* Bogotá.

Corte Constitucional. (2011). *Sentencia C-127.* Bogotá.

Corte Constitucional. (2014). *Sentencia T-582.* Bogotá.

Corte Suprema de Justicia. (2011). *Expendiente 30.592*. Bogotá. D.C.: MP. José Leonidas Bustos Martínez.

Cortés, G. A. (2003). *El Ministerio Público en lo penal*. Bogotá D.C.: Instituto del Ministerio Público y Procuraduría General de la Nación.

Daza. (2009).

Delegatarios de los Estados Colombianos. (5 de agosto de 1886). *Constitución Política de la República de Colombia del 5 de agosto de 1886*. Recuperado el 18 de septiembre de 2018, de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7153#14>

Fernandez L., W. . (2010). *Procedimiento penal acusatorio y oral. 2 ed.* Editorial Librería Ediciones del Profesional.

Ferrajoli, L. (1996). *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta.

Ferraris, M. (2003). *La hermenéutica, trad. J. L. Bernal, México, Taurus. En: Massini-Correas. C.I. (2010). Iusnaturalismo e interpretación jurídica*. Bogotá: Universidad de la Sabana. Obtenido de <http://www.scielo.org.co/pdf/dika/v19n2/v19n2a07>

Fierro M., H. (2008). *La acción Civil en el derecho procesal penal*. Bogotá, D.C.: Leyer.

Granados P., J.E. (2003). *Diseño del Nuevo Proceso Penal Constitucional”, en corporación excelencia en la justicia. Reforma Constitucional de la Justicia Penal. Texto del Acto Legislativo 03 de 2002 y Documentos de Trámite, t. II, . Bogotá.*

Henao, J. (1996). *Panorama del Derecho Constitucional Colombiano*. Bogotá: Temis.

- Holguín, A., & Londoño, H. . (1991). *Del Procurador general al defensor del pueblo. Ponencia del Procurador General al Defensor del Pueblo (Legajo 584) (Rollo de microfilm # 11). Bogotá, Colombia: Archivo General de la Nación - Fondo Asamblea Nacional Constituyente 1991.* Bogotá.
- Luengas, A. (2017). *El principio de igualdad de armas en el proceso penal: análisis del rol del Ministerio Público.* Bogotá D.C.: Universidad Libre de Colombia.
- Marín V., R.A. . (2005). Lo más humano de la nueva justicia. Resarcir los daños a las víctimas y el respecto por los responsables de delitos son los pilares del sistema oral. *Revista Huellas. Número. 50.* .
- Martínez R., G. (1994). *Procedimiento Penal colombiano.* Bogotá D.C.: Temis.
- Matusan, C., & Chavéz, E. (2015). La pérdida del monopolio en el ejercicio de la acción penal y los límites constitucionales de su regulación en Colombia. *Revista Vía Inveniendi Et Iudicandi. Volumen 8. Número 2.*
- Morales, H. (1960). *Curso de Derecho Procesal Civil.* Bogotá: Lerner.
- Osorio, J. (2002). *Intervención del exfiscal General de la Nación. Conversatorio sore los alcances de la Reforma a la Fiscalía General de la Nación.* . Georgetown: Universidad de Georgetown.
- Quintero O., T. (1987). *Lecciones de procedimiento penal colombiano.* Bogotá D.C.: Temis.
- Ramírez, J. (2013). *Estructura del Estado.* Bogotá D.C.: Librería Ediciones del Profesional Ltda.
- Restrepo. (2009).

Rodríguez, L. (2006). *Estructura del Poder Público en Colombia*. Bogotá: Temis.

Roxin, C. (2007). *Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal*. Bogotá D.C.: Editorial Rubinzal – Culzoni.

Senado y Cámara de Representantes de la Nueva Granada. (20 de mayo de 1853). *Constitución de la República de Nueva Granada*. Recuperado el 18 de Septiembre de 2018, de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=13696>.

Senado y Cámara de Representantes de la Nueva Granada. (1843). *Constitución de la República de Nueva Granada* . Recuperado el 13 de Noviembre de 2018, de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=13695>. Artículo 101

Téllez S., R.R., Céspedes N., J.A. & Espinel R., C.E. . (2013). *El ministerio público y su necesidad para el sistema penal acusatorio colombiano. Monografía universitaria*. Bogotá: Universidad Libre.

Vásquez, S. . (2002). *Las garantías judiciales en el Derecho Internacional contemporáneo de los Derechos Humanos. En: La Defensa, n° 1*. Bogotá D.C.: Defensoría del Pueblo.

Zappala, S. (2010). The rights of victims v the rights of the accused. *Journal of International Criminal Justice. Número 8. Volúmen 1* .