

**EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE ARMAS EN EL PROCESO PENAL:  
ANÁLISIS DEL ROL DEL MINISTERIO PÚBLICO Y DEL ACUSADOR PRIVADO**

**ANÍBAL LUENGAS GONZÁLEZ  
LUIS HERNANDO AMAYA ORDÚZ  
DANIEL FELIPE TORRES GARCÍA**

**UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA  
INSTITUTO DE POSGRADOS  
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL  
BOGOTÁ D.C., 2017**

## **AGRADECIMIENTOS**

Los agradecimientos de este trabajo están dirigidos a todos aquellos que nos apoyaron en el desarrollo de nuestra carrera y de esta maestría. Por supuesto a nuestras familias, docentes y demás asesores que hicieron posible el desarrollo de esta temática.

A la Universidad Libre de Colombia, por darnos la oportunidad de ser parte de su alumnado, y formarme en la persona íntegra y profesional en el área del derecho penal.

## **DEDICATORIA**

Dedicamos especialmente este triunfo a nuestras familias y a Dios, por brindarnos la oportunidad desempeñar la profesión de la abogacía, por enseñarnos a pensar y buscar con dicha actividad buscar el bien de nuestra sociedad y país.

## TABLA DE CONTENIDO

<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	6
<b>CAPITULO I. EL MINISTERIO PÚBLICO EN EL MARCO DEL PROCESO PENAL COLOMBIANO</b> .....	12
1.1 Antecedentes y evolución del Ministerio Público en el proceso penal. ....	12
1.2 El Ministerio Público en la Constitución Política de 1991 y en el proceso penal. ....	17
1.3 Elementos y características del Ministerio Público en el proceso penal. ....	21
1.4 Las funciones del Ministerio Público en las etapas preliminares del proceso penal: investigación e indagación. ....	27
1.5 Las funciones del Ministerio Público en la etapa de acusación del proceso penal colombiano. ....	29
1.6 La función del Ministerio Público en la etapa de audiencia preparatoria y el descubrimiento de los elementos materiales probatorios. ....	30
1.7 Las funciones y facultades del Ministerio Público en la etapa de juicio oral en el proceso penal. ....	31
1.8 El Ministerio Público y su intervención en el proceso penal ¿factor desequilibrante?.....	34
<b>CAPÍTULO II. EL ACUSADOR PRIVADO Y EL PROCESO PENAL</b> .....	37
2.1 La acción penal en Colombia.....	37
2.2 La acción penal de carácter privada. ....	41
2.3 El bien jurídico tutelado: presupuesto de menor lesividad. ....	44

2.4 El acusador privado en el proceso penal abreviado. ....	51
<b>CAPITULO III. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE ARMAS DEL PROCESO PENAL, EL MINISTERIO PÚBLICO Y EL ACUSADOR PRIVADO .....</b>	<b>58</b>
3.1 El principio de igualdad de armas en el proceso penal. ....	58
3.2 El principio de igualdad de armas y el rol del Ministerio Público en el proceso penal. ....	65
3.3 El acusador privado y el principio de igualdad de armas en el proceso penal. ....	72
<b>CONCLUSIONES GENERALES.....</b>	<b>82</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>89</b>



## INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de 1991, adopta un nuevo esquema bajo los parámetros del Estado Social de Derecho, con lo que se pretendió dar prioridad y materializar los derechos fundamentales de los ciudadanos, imponiéndole al Estado la responsabilidad de velar por el cumplimiento de éstos en toda circunstancia. Dentro de estos deberes se encuentra incluido el deber de constitucionalización y humanización de todas las ramas del Derecho, en especial aquella en la que se encuentran inmiscuidos la limitación de derechos fundamentales, como lo es el Derecho Penal<sup>1</sup>.

Teorías como la desarrolla por Ferrajoli, denominada “garantismo penal”, han conllevado a la adopción de un Derecho Penal que se compadezca no solo con la búsqueda de la verdad y la justicia, sino también con la intención de lograr un equilibrio entre el deber de investigar y sancionar las conductas punibles y la protección de los derechos fundamentales del procesado, en pro de lograr un sistema más garantista<sup>2</sup>.

La evolución del derecho procesal penal, a partir de dicho esquema, ha conllevado a que el Estado colombiano, adopte diferentes medidas tendientes a lograr una humanización del Derecho Penal. Una de éstas, es la evolución de un sistema de carácter inquisitivo a uno adversarial, con el que se buscó lograr un equilibrio en el rol que desempeñan las partes e intervinientes en el proceso penal, en especial en lo relacionado con la oportunidad de ejercer sus derechos a la acusación en el

---

<sup>1</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C – 591 del 9 de junio de 2005*. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández. “El nuevo sistema procesal penal es perfectamente armónico con la Constitución de 1991, la cual operó una constitucionalización del derecho penal, entre otras materias, pues allí se reconocen derechos fundamentales, como por ejemplo el derecho a la libertad, que deben ser respetados a todas las personas, en todo momento, así como las garantías mínimas que debe reunir todo proceso judicial, a fin de impedir el desconocimiento de los mencionados derechos”.

<sup>2</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías (la ley del más débil)*. Editorial Trotta. 2004.

caso de quien investiga, a la defensa en el caso de quien es procesado, y quien juzga y conoce del caso, como lo es el juez.

Ahora bien, del proceso penal consagrado en la Ley 600 de 2000, se mantuvieron algunas de las figuras jurídicas. Dentro de estas se destaca la intervención del Ministerio Público como garante del orden jurídico y de los derechos fundamentales que se debaten en el proceso penal. Otras han venido siendo introducidas, como es el caso del acusador privado, quien funge en la actualidad como sustituto de la acción penal, en los casos que para el efecto prevé la legislación. Si bien es cierto, que el legislador permite la intervención de estos dos sujetos dentro del proceso penal, ello se considera como un elemento de desbalance en el equilibrio que debe existir entre las partes en el proceso penal y frente al principio de igualdad de armas.

Así las cosas, y teniendo como fundamento la premisa señalado anteriormente, la presente investigación se centra en la resolución como problema jurídico del siguiente cuestionamiento: **¿VULNERA LA PRESENCIA DEL MINISTERIO PÚBLICO Y EL ACUSADOR PRIVADO EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE ARMAS EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO?**

Ahora bien, frente a dicho cuestionamiento, la hipótesis que se busca corroborar comprende la inferencia de que la presencia del Ministerio Público y el acusador privado (en materia probatoria), es un elemento que vulnera el principio de igualdad de armas, principalmente porque existe un papel excesivo del Estado respecto de la acusación que deja sin las mismas oportunidades al procesado para ejercer su derecho a la defensa.

En el caso del Ministerio Público las facultades que éste tiene en el proceso penal, hacen que se ejerzan acciones dentro del proceso penal que ponen en manifiesta desventaja al procesado y a la defensa. Lo mismo sucede en materia probatoria, con la figura del acusador privado ya que, en algunos actos de investigación, la Fiscalía General de la Nación coadyuva dichas actividades, desequilibrando la



actividad probatoria respecto de los derechos y facultades que le asisten a la defensa técnica.

En ese contexto, y teniendo en cuenta la orientación que a la fecha tiene el Derecho penal y la humanización que busca con la adopción de nuevos procedimientos que lleven a un equilibrio real en el proceso penal, se justifica el cuestionamiento que aquí se propone, respecto de la posible vulneración del principio de igualdad de armas, por las facultades que a la fecha le asisten tanto al Ministerio Público como al acusador privado.

En ese sentido, analizar si efectivamente se vulneran o no los subprincipios que hacen parte del debido proceso, en especial los relacionados con el de igualdad de armas, se considera de gran importancia para el Derecho penal, por cuanto dichos principios, constituyen a hoy, los criterios orientadores de la acción penal, y un desbalance en los mismos, supondría un desconocimiento de lo señalado en el actual esquema del Estado Social de Derecho y de la finalidad del sistema adversarial adoptado por la Ley 906 de 2004, actual Código de Procedimiento Penal.

En atención a ello, el análisis que aquí se propone es pertinente, en la medida en existen pocos pronunciamientos al respecto por parte de la comunidad académica, y que demuestren las posibles falencias que pueden existir respecto a la igualdad de las partes en el marco del proceso penal.

De acuerdo a lo expuesto, el objetivo general que persigue esta investigación está orientado a determinar, si el rol que cumplen tanto el Ministerio Público como el acusador privado en el proceso penal vulnera el principio de igualdad de armas en el contexto del proceso penal. En atención a este objetivo general, se proponen los siguientes objetivos específicos: (i) analizar el Ministerio Público sus facultades, y calidad en la que actúa en el proceso penal (ii) determinar en qué consiste el acusador privado y como funge este en el proceso penal de acuerdo a lo señalado en la Ley 1826 de 2017 y (iii) identificar en que consiste el principio de

igualdad de armas y su aplicación en el proceso penal, en el contexto de las facultades que le asisten tanto al Ministerio Público como al acusador privado.

Para lograr dicho cometido, el enfoque de la investigación, es de tipo cualitativo, toda vez que la recolección de la información se realizó mediante datos que no requieren de medición numérica, basada en la consultada de documentos, bibliografía especializada, normatividad, jurisprudencia que se consideró de pertinencia para desarrollar la temática planteada.

En ese orden de ideas, la investigación que se realizó es de carácter básica jurídica, toda vez que su objeto de estudio lo constituye la norma jurídica y sus falencias en cuanto a su aplicabilidad desde el punto de vista teórico. Para el desarrollo de esta investigación, se acudió principalmente a fuentes secundarias y terciarias.



## **CAPITULO I. EL MINISTERIO PÚBLICO EN EL MARCO DEL PROCESO PENAL COLOMBIANO**

En este capítulo se busca hacer una aproximación al rol que debe cumplir el Ministerio Público en el marco del proceso penal colombiano. a la medida de aseguramiento dentro del proceso penal. Para ello se abordará la naturaleza de esta institución, su definición, elementos esenciales, partiendo para ello de los desarrollos doctrinales, jurisprudenciales y legales.

### **1.1 Antecedentes y evolución del Ministerio Público en el proceso penal.**

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<sup>3</sup>. La figura del Ministerio Público data de 1819. Su creación más antigua que fue evidenciada en el transcurso de esta investigación fue en el “Reglamento Judicial” de Angosturas<sup>4</sup>. Por su parte Cortes indica que la creación del Ministerio Público data de la Ley 14 de 1821, en donde se delegan algunas de las funciones que ejerce en al actualidad este organismo en las causas criminales que eran de su conocimiento<sup>5</sup>, bajo las funciones que ejercían los fiscales ante la Alta Corte de Justicia<sup>6</sup>.

Posteriormente en el año de 1830, con la adopción de la Constitución de la República de Colombia de ese año, se crea de forma independiente el Ministerio Público, adscrito al poder ejecutivo y con el deber de proteger la observancia de

---

<sup>3</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991, ART. 275.

<sup>4</sup> FIERRO MENDEZ, Heliodoro. *La acción civil en el derecho procesal penal*. Editorial Leyer. Bogotá D.C. 2008., p. 189.

<sup>5</sup> CORTES, Gustavo Adolfo. *El Ministerio Público en lo penal*. Edición del Instituto del Ministerio Público y la Procuraduría General de la Nación. Bogotá D.C, 2003., p. 14.

<sup>6</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. “Ley 14 del 14 de octubre de 1821”. *Sobre la organización de los tribunales y juzgados*. Recuperado de: [http://www.bdigital.unal.edu.co/21/34/leyes\\_de\\_1821.pdf](http://www.bdigital.unal.edu.co/21/34/leyes_de_1821.pdf). Artículo 42. “Los dos fiscales de cada corte de justicia despacharán indistintamente en lo civil y criminal, por repartimiento que hará el presidente.

las leyes y el orden público<sup>7</sup>. 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<sup>8</sup>.

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<sup>9</sup>.

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, más sin embargo no se establecieron puntualmente dentro del texto constitucional cuales eran sus funciones.

---

<sup>7</sup> CONGRESO CONSTITUYENTE. *Constitución de la República de Colombia*. 1830. Disponible en: <http://www.banrepcultural.org/sites/default/files/89668/brblaa168141.pdf>. 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 i juzgados la observancia de las leyes, i promover ante cualesquiera autoridades, así civiles como militares i eclesiásticas, los intereses nacionales i cuanto concierna al orden público”.

<sup>8</sup> SENADO Y CÁMARA DE REPRESENTANTES DE LA NUEVA GRANADA. *Constitución de la República de Nueva Granada de 1843*. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=13695>. Artículo 101. “Son atribuciones del Poder Ejecutivo: 1. Mantener el orden y tranquilidad interior de la república, repeler todo ataque o agresión exterior, y reprimir cualquiera perturbación del orden público en el interior. 2. Cumplir y ejecutar, y hacer que se cumplan y ejecuten por sus agentes y por los empleados que le están directamente subordinados, la Constitución y leyes en la parte que les corresponde (...)”.

<sup>9</sup> SENADA Y CÁMARA DE REPRESENTADANTE DE LA NUEVA GRANADA. *Constitución de la República de Nueva Granada del 20 de mayo de 1853*. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=13696>. Artículo 35. “(...) 9. Cuidar de que la justicia se administre pronta y cumplidamente en toda la República, excitando por medio del Procurador general de la Nación, y Fiscales respectivos, o bien directamente a la Corte Suprema, y a los otros tribunales y juzgados, a que procedan al juzgamiento de los delincuentes”; 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”.

En el año de 1963, con la Constitución de Rionegro, el Ministerio Público se erige 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”<sup>10</sup>

Posterior a ello en el año de 1886, se adopta la Constitución Política que mayor duración ha tenido en Colombia. Esta adopta 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<sup>11</sup>. Las funciones que debía ejercer el Ministerio Público era “(...) 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”<sup>12</sup>. La singularidad de las funciones del Ministerio Público que traía la Constitución Política de 1886, dejaban entrever la intención de que éste órgano fungiera no solo como representante del gobierno, sino como organismos 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.

---

<sup>10</sup> CONVENCIÓN NACIONAL. *Constitución Política de los Estados Unidos de Colombia de 1863*. Artículo 74. Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=13698>

<sup>11</sup> DELEGATARIOS DE LOS ESTADOS COLOMBIANOS. *Constitución Política de la República de Colombia del 5 de agosto de 1886*. Artículo 142. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7153#14>

<sup>12</sup> *Ibid.* Artículo 143.

Esto viene a ser reglamentado por la Ley 61 de 1886 “Provisional sobre organización y atribuciones del Poder Judicial y el Ministerio Público y algunos procedimientos especiales”, quien en su artículo 121, señala lo siguiente:

“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”<sup>13</sup>

Bajo las nuevas directrices constitucionales, 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<sup>14</sup>. En ese sentido, las funciones de fiscalía y Ministerio Público se encontraban entrelazadas en un solo sujeto. Al respecto Téllez, Céspedes y Espinel, indican lo siguiente, respecto del rol que ejercía el Ministerio Público bajo los parámetros de la Constitución Política de 1886:

“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” (Fernández, W., 2010) Pg. 393. Asimismo, emitía conceptos no vinculantes, al igual que en las funciones actuales en donde como representante de la sociedad en el proceso penal, puede demandar la condena o absolución, pero su concepción no ata al juez de conocimiento. En otras palabras, la

---

<sup>13</sup> CONSEJO NACIONAL LEGISLATIVO. “Ley 61 de 1886”. *Provisional sobre organización y atribuciones del Poder Judicial y el Ministerio Público y algunos procedimientos especiales*. Diario Oficial 6.881 – 6.882 del 5 de diciembre de 1886. Artículo 121.

<sup>14</sup> *Ibíd.* Artículo 122.

intervención del Ministerio Público anterior a 1991, era activa en el proceso, pero no decisoria ni obligante”<sup>15</sup>

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<sup>16</sup>. En el año de 1984 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<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> Óp. Cit. TELLEZ SALAS, Ronie Robet., CESPEDES NIEVES, Justo Armando., ESPINEL RICO, Camilo Ernesto Fidel Orlando., p. 24.

<sup>16</sup> CONGRESO DE LA REPÚBLICA. “Acto legislativo 1 del 18 de junio de 1945. *Por el cual se confieren algunas atribuciones al director de la policía*. Diario Oficial No. 25769 del 17 de febrero de 1945. Art. 33.

<sup>17</sup> PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. “Decreto 01 de 1984”. *Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo*. Diario Oficial 36439 del 10 de enero de 1984. Artículo 75. “De conformidad con lo dispuesto en el artículo 143 de la Constitución Política, corresponderá a los funcionarios del Ministerio Público velar por el ejercicio y la efectividad del derecho de petición.

Los personeros municipales, como agentes del Ministerio Público, tendrán a su cargo:

1. Instruir debidamente a toda persona que, por manifestación propia, desee o deba formular alguna petición.
2. Escribir la petición de que se trate, si la persona no pudiere hacerlo por sí misma y ello fuere necesario, comprobando en este caso que se cumplan las formalidades previstas en este código.
3. Recibir y hacer tramitar las peticiones o recursos que las autoridades, por cualquier motivo, no hayan querido recibir.
4. Aplicar medidas disciplinarias o solicitar su aplicación al que sea competente, a los funcionarios que, sin causa justificada, dificulten o hagan ineficaz el ejercicio del derecho de petición o incurran en las conductas previstas en el artículo siguiente.
5. Vigilar en forma constante y directa los sistemas para el cobro de las tarifas de los servicios públicos, y asegurar que los reclamos y recursos se tramiten en forma rápida y legal.

Lo dispuesto en este artículo se entenderán sin perjuicio de las facultades y deberes constitucionales y legales del Procurador General de la Nación, los procuradores regionales o distritales, los fiscales de los tribunales y juzgados superiores y demás funcionarios del Ministerio Público, los cuales deberán cooperar al cumplimiento de lo previsto en este código y aplicar de



## 1.2 El Ministerio Público en la Constitución Política de 1991 y en el proceso penal.

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<sup>18</sup>. 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”<sup>19</sup>.

Dicha función ha conllevado a que el Ministerio Público se haya mantenido vigente en el marco del proceso penal en casi todas sus etapas. Al respecto Ramírez indica que 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<sup>20</sup>. 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”<sup>21</sup>.

---

oficio o a petición de parte, medidas disciplinarias a los funcionarios o empleados que les estén sometidos y que, sin causa justificada, dificulten o hagan ineficaz el ejercicio del derecho de petición”.

<sup>18</sup> ASAMBLEA CONSTITUYENTE. *Constitución Política de 1991*. 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”.

<sup>19</sup> *Ibíd.*

<sup>20</sup> RAMÍREZ, Jaime. *Estructura del Estado*. Editorial Librería Ediciones del Profesional Limitada. Bogotá D.C., 2013., p. 298.

<sup>21</sup> CONGRESO DE LA REPÚBLICA. “Ley 906 del 31 de agosto de 2004”. *Por la cual se expide el Código Penal*. Diario Oficial 45658 del 1 de septiembre de 2004. Artículo 109.

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<sup>22</sup>.

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 fracaso del proceso penal inquisitivo, comienza desde la misma promulgación de la Constitución Política de 1991, al adoptar ésta, un esquema pluralista y democrático, que demandaba la protección de los derechos fundamentales en todas las acciones del Estado, inclusive las que se derivaban de la acción penal.

Por esta razón el sistema inquisitivo, característico por ser propio de modelos de estado autoritarios y despóticos, donde no existe imparcialidad entre quien investiga y quien juzga<sup>23</sup>, 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<sup>24</sup>. Roxin al respecto indica que el paso del

---

<sup>22</sup> AVELLA FRANCO, Pedro Oriol. *Estructura del proceso penal acusatorio*. Edición de la Fiscalía General de la Nación y la Escuela de Estudios e Investigaciones Criminalistas y Ciencias Forenses. Bogotá D.C., 2007., p. 29.

<sup>23</sup> MATUSAN ACUÑA, Christian Eduardo., CHAVES PEÑA, Edwin Manuel. *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., p. 11. “La confusión de roles, las excesivas facultades en cabeza del ente acusador que degeneran en clara parcialidad, la enorme desigualdad entre las partes en detrimento de la defensa, la limitada publicidad de los procesos, la ineficaz intermediación por parte de los jueces, la ausencia de un juez imparcial que pusiese límite a la indebida afectación de derechos fundamentales, la escasa celeridad de las causas penales y la excesiva rigurosidad normativa que limitaba la existencia de figuras jurídicas que permitieran la terminación anticipada de los procesos, - todas ellas características propias de nuestro anterior sistema de raigambre “inquisitivo” -, desembocaron en la necesidad de acudir a una reforma constitucional que facilitara el acercamiento al sistema de procedimiento propio del *common law*”.

<sup>24</sup> *Ibíd.*

sistema inquisitivo al sistema adversarial, es que la defensa tiene posibilidades reales de ejercer su derecho a la defensa<sup>25</sup>.

En ese sentido, 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, inmediación 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<sup>26</sup>. En ese sentido también lo indica Ramírez, al señalar que un sistema de carácter adversarial se caracteriza principalmente por lo siguiente:

- Las funciones de investigación y juzgamiento son realizadas por delegados diferentes
- La carga probatoria recae única y exclusivamente en las partes del proceso. Por esa razón el juez se limita a ser quien les asigna el valor probatorio que en derecho corresponde.
- El proceso es público y oral, lo que permite que el debate probatorio se realice en las mismas condiciones para cada sujeto procesal.
- La terminación del proceso penal, no solo es mediante sentencia, sino que existen otras formas procesales de terminación anticipada, como los preacuerdos, aceptación de cargos, entre otras<sup>27</sup>

---

<sup>25</sup> ROXIN, Claus. *Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal*. Editorial Rubinzal – Culzoni. Bogotá D.C., 2007., p. 112.

<sup>26</sup> MARÍN VÁSQUEZ, Ramiro Alonso. *Lo más humano de la nueva justicia. Resarcir los daños a las víctimas y el respeto por los responsables de delitos son los pilares del sistema oral*. Revista Huellas. Número. 50. 2005., p. 11.

<sup>27</sup> RAMÍREZ CLAVES, Gonzalo. *El derecho en el contexto de la globalización*. Edición de la Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C. 2007., p. 362.

En este sistema adversarial, se incluyen dos intervinientes: el Ministerio Público y la víctima. La víctima viene a responder a un rol de garantía de resarcimiento de sus derechos, mediante los postuladores de la “verdad, reparación y justicia”, ya que en el caso del sistema adversarial, aunque se mantenía la concepción de que la comisión de un punible debía ser perseguida por el Estado, por considerarse una ofensa de carácter social, se tenían en cuenta los intereses de la víctima en el proceso penal, circunstancias que no eran tenidas en cuenta en el proceso inquisitivo de la Ley 600 de 2000, donde era escasa y casi que imperceptible la actuación de la víctima en la defensa de sus derechos.

En el caso del 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. La Corte Constitucional lo cataloga como 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”<sup>28</sup>

En ese sentido, el legislador y la jurisprudencia le dan 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<sup>29</sup>, como se pasara a explicar a continuación.

### **1.3 Elementos y características del Ministerio Público en el proceso penal.**

De acuerdo con la Constitución Política de 1991, el Ministerio Público es un organismo de control independiente de las ramas del poder público, en atención a la especialidad de sus funciones, superándose con ello las injerencias arbitrarias que se pudieron haber derivado del control de ejecutivo o del legislativo en este organismo, bajo los preceptos de la Constitución Política de 1886<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C – 144 del 3 de marzo de 2010*. Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez.

<sup>29</sup> *Ibíd.* “(...) De acuerdo con lo anterior se advierte que, en el sistema procesal 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”.

<sup>30</sup> *Óp. Cit.* FIERRO, Heliodoro, p. 820.

En Colombia, el Ministerio Público se encuentra integrado por la Procuraduría General de la Nación, por los agentes delegados de ésta y por la Defensoría Pública, cada uno de estos con sus funciones y roles específicos en cada proceso judicial. Para el caso del proceso penal, el rol principal que realiza el 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.

En ese mismo sentido lo considera la Corte Suprema de Justicia al indicar que 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<sup>31</sup>. Ahora bien, el Ministerio Público en cada uno de los sistemas penales colombianos, ha tenido diferentes funciones. Para el caso de la Ley 600 de 2000 esta es la finalidad del Ministerio Público:

**“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”<sup>32</sup>

De lo señalado por el artículo precedente, se desprende que el Ministerio Público en el sistema inquisitivo de la Ley 600 de 2000, 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

---

<sup>31</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 5 de octubre de 2011. Magistrado Ponente: José Leónidas Bustos Martínez. Expediente 30.592.

<sup>32</sup> CONGRESO DE LA REPÚBLICA. “Ley 600 del 24 de julio de 2000”. *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*. Diario Oficial No. 44.097 del 24 de julio de 2000. Artículo 122.

presencia so pena de declararse invalidas, como ante la presentación del recurso de casación o en la solicitud de extradición del procesado<sup>33</sup>.

Por el contrario, 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, a saber: “**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”<sup>34</sup>.

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. En ese sentido también lo considera la Corte Constitucional, la indicar que, 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*<sup>35</sup>.

De ahí que su inclusión dentro del proceso penal, sea aceptada y constitucionalmente válida, al tratarse de una herramienta que permite modular el proceso penal y ajustarlo a los parámetros de la dignidad humana y el debido proceso. En ese mismo sentido, lo considera la Corte Constitucional señalar que el cumplimiento de las funciones del Ministerio Público, se hacen necesarias en aras

---

<sup>33</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 5 de octubre de 2011. Magistrado Ponente: José Leónidas Bustos Martínez. Radicado: 30592. “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”.

<sup>34</sup> CONGRESO DE LA REPÚBLICA. “Ley 906 del 31 de agosto de 2004”. *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*. Diario Oficial 45.658 del 1 de septiembre de 2004. Artículo 109.

<sup>35</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia T – 881 del 17 de octubre de 2002*. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

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<sup>36</sup>.

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. En ese sentido, también lo consideran Téllez, Céspedes y Espinel al señalar lo siguiente:

“Si bien la ubicación de esta figura jurídica en la Ley 906 de 2004 no es igual a las demás partes e intervinientes, lo cierto es que es un interviniente investido de amplias facultades que le permiten actuar en las diferentes etapas del proceso penal, pero con una particularidad, la cual es que su participación no resulta obligatoria sino facultativa y su presencia no afecta la validez de lo que se actúe en el sistema procesal acusatorio pues en sede de audiencias preliminares, la existencia del juez de control de garantías, propende por la protección de derechos y garantías de los intervinientes y en sede de juicio es menester del funcionario judicial velar por el cumplimiento de los derechos y garantías constitucionales de todas las partes e intervinientes”<sup>37</sup>.

Ahora bien, 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. En el caso de ser garante de Derechos Humanos, estas son las funciones que debe ejercer:

- Vigilar las actuaciones de policía judicial que puedan afectar las garantías constitucionales y legales.

---

<sup>36</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C – 399 del 7 de septiembre de 1995*. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

<sup>37</sup> Óp. Cit. TELLEZ SALAS, Ronie Robet., CESPEDES NIEVES, Justo Armando., ESPINEL RICO, Camilo Ernesto Fidel Orlando., p. 70.



- Participar en actividades del proceso penal donde se limite o afecte un derecho fundamental.
- Procurar que las decisiones judiciales que se adopten en el proceso penal, se ajusten a los parámetros de justicia y verdad.
- Garantizar la dignidad humana y demás Derechos Humanos del procesado, cuando este sea sujeto de una medida de aseguramiento privativa de la libertad.
- Procurar por la definición de competencia entre diferentes jurisdicciones, cuando se trata de delitos que hayan vulnerado Derechos Humanos o el Derecho Internacional Humanitario.
- 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.
- Participar en las audiencias que componen el proceso penal<sup>38</sup>

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

- Solicitar al juez de conocimiento la absolución o condena de los acusados.
- Intervenir en la audiencia de control de judicial de preclusión de la actuación penal.
- Procurar que se indemnicen los perjuicios a la víctima, así como que se restablezcan los derechos colectivos que se hayan afectado con el punible.
- Solicitar pruebas y medidas cautelares.

---

<sup>38</sup> Óp. Cit. "Ley 906 de 2004", Artículo 111.

- 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.
- 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.
- Denunciar los fraudes y demás actuaciones procesales contrarios al ordenamiento jurídico<sup>39</sup>

De acuerdo con las anteriores funciones, es claro 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 legislación que prevé el uso del *ius puniendi*<sup>40</sup>, en especial de quienes se encuentran en condición de vulnerabilidad como sucede en el caso de la víctima, en el proceso penal<sup>41</sup>

Ahora bien, como se indica en líneas anteriores, el Ministerio Público puede intervenir en su calidad de interviniente especial en las etapas del proceso penal, que inclusive se extiende hasta la indagación y la investigación de los hechos. Sobre el particular es necesario hacer un análisis más a fondo, a efecto de conocer con certeza cuales son las facultades que este puede ejercer en el marco de sus funciones como garante de Derechos Humanos y como veedor de la sociedad en el proceso penal.

---

<sup>39</sup> *Ibíd.*

<sup>40</sup> YOUNES MORENO, Diego. *Derecho constitucional colombiano*. Editorial Legis. Bogotá D.C., 2012., p. 84.

<sup>41</sup> PROCURADURIA GENERAL DE LA NACIÓN. *El Ministerio Público en el Estado Social de Derecho*. Edición de IEMP. Bogotá D.C., 2006., p. 69.

#### **1.4 Las funciones del Ministerio Público en las etapas preliminares del proceso penal: investigación e indagación.**

Una vez la Fiscalía conoce de la noticia criminal, ésta como titular de la acción penal, debe emprender las acciones correspondientes de investigación, a fin de conocer la existencia del hecho y la posible comisión de este, por a quien se le atribuye presuntamente la responsabilidad en la denuncia, querrela, petición de oficio, etc.<sup>42</sup>.

Posterior a que se conoce la existencia del hecho, la Fiscalía debe iniciar con la realización de las actividades de investigación, dentro de las que se encuentran aquellas en las que se ven limitados derechos fundamentales como el de la intimidad y la libertad en el caso de que sean necesario la adopción de medidas de detención preventiva. La funcionalidad que tiene el Ministerio Público en esta etapa investigativa, corresponde ser el de 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 en los actos de investigación, extendiéndose inclusive sus facultades, hasta la solicitud de exclusión de elementos materiales probatorios, que hubieren sido recolectados con vulneración al debido proceso y las formas preestablecidas por la legislación para ello<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> Óp. Cit. Ley 906 de 2004. 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”.

<sup>43</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 5 de octubre de 2011. Magistrado Ponente: José Leónidas Bustos Martínez. Radicado: 30592. “(...) En relación con la primera categoría de funciones, esto es, la de garante de los derechos humanos y de los derechos

En ese mismo sentido, 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<sup>44</sup>. 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<sup>45</sup>. Al respecto Téllez, Céspedes y Espinel indican lo siguiente respecto del Ministerio Público en el proceso de investigación del proceso penal, a saber:

“(...) el desarrollo del sistema procesal se efectúa con un lineamiento garantistas en donde se propende por la mínima afectación de derechos y garantías estableciéndose parámetros rigurosos para la ejecución de ciertos actos de investigación y es allí en donde la intervención del Ministerio Público, como garante de los derechos humanos y derechos fundamentales, se materializa pues permite, en conjunto con el Juez de

---

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”.

<sup>44</sup> Óp. Cit. Ley 906 de 2004. Artículo 306. “El fiscal solicitará al Juez de Control de Garantías imponer medida de aseguramiento, indicando la persona, el delito, los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, los cuales se evaluarán en audiencia permitiendo a la defensa la controversia pertinente.

Escuchados los argumentos del fiscal, el ministerio público, la víctima o su apoderado y la defensa, el juez emitirá su decisión (...).”

<sup>45</sup> Ibíd. 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. (...)”

Control de Garantías, verificar la legalidad de los actos de investigación evacuados y dada su función de garante y representante de la sociedad puede estimar la legalidad o ilegalidad del mismo.

De igual forma, el Ministerio Público, en ejercicio de su papel garantistas, tiene la potestad de asistir a todas las audiencias preliminares y verificar que ellas se realicen frente a los parámetros de legalidad y que el rol que desempeñan los intervinientes en el proceso penal sea cumplido por cada uno<sup>46</sup>

### **1.5 Las funciones del Ministerio Público en la etapa de acusación del proceso penal colombiano.**

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<sup>47</sup>. 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<sup>48</sup>.

La funcionalidad que tiene el Ministerio Público en la formulación de la acusación no es otro que el de fungir como vocero del principio de legalidad, lo que en otras palabras, significa la verificación de 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, recusaciones

---

<sup>46</sup> Óp. Cit. TELLEZ SALAS, Ronie Robet., CESPEDES NIEVES, Justo Armando., ESPINEL RICO, Camilo Ernesto Fidel Orlando., p. 74.

<sup>47</sup> Óp. Cit. Ley 906 de 2004. 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".

<sup>48</sup> *Ibíd.* Art. 339. "

que posteriormente puedan devenir en una nulidad procesal, que afecten el desarrollo del proceso penal, y con ello la justicia para las partes.

### **1.6 La función del Ministerio Público en la etapa de audiencia preparatoria y el descubrimiento de los elementos materiales probatorios.**

En la etapa de audiencia preparatoria, las partes en atención a su derecho de contradicción elevan las solicitudes probatorias que consideren pertinentes, presentando ante el juez de conocimiento las pruebas que se pretenden hacer valer, argumentando la conducencia, necesidad y pertinencia<sup>49</sup> 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<sup>50</sup>.

En esta etapa el Ministerio Público, excepcionalmente tiene competencia para realizar solicitudes probatorias cuando lo considere necesario<sup>51</sup> y pertinente, y en el caso de que la solicitud no se hubiere realizado previamente por algunas de las partes. La finalidad que tiene la intervención del Ministerio Público en este ámbito no es otra que 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

---

<sup>49</sup> *Ibíd.* 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”.

<sup>50</sup> *Ibíd.* 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 pudiese tener esencial influencia en los resultados del juicio, solicitará su práctica”.

<sup>51</sup> *Ibíd.*

éstas van en detrimento de los intereses de la víctima, ya que éstos últimos están encaminados exclusivamente a obtener “verdad, justicia y reparación”<sup>52</sup>

Esta facultad que le asiste al Ministerio Público respecto de solicitar la práctica de pruebas dentro del proceso penal, deja entrever que su actuación dentro del proceso penal, no se limita a ser un simple veedor. Por el contrario, la ley lo habilita para que pueda intervenir, en pro de la protección de la sociedad, y la consecución de la verdad en el transcurso del proceso. Frente a ello, Téllez, Céspedes y Espinel indican que se hace necesario realizar “(...) una ponderación más rigurosa sobre el decreto o no de las mismas, habida consideración de que éstas eventualmente influyan sobre alguna de las pretensiones defendidas, acusación o defensa”<sup>53</sup>, presentándose con ello un desbalance o desequilibrio procesal en el sistema acusatorio o adversarial.

### **1.7 Las funciones y facultades del Ministerio Público en la etapa de juicio oral en el proceso penal.**

En la etapa de juicio oral, se da inicio con el debate probatorio, y la presentación del caso que cada una de las partes busca defender<sup>54</sup>. En esta etapa, de proposición de la teoría del caso, se encuentra excluido el Ministerio Público, ya que no es de su resorte explicar o argumentar alguna de las argumentaciones propuestas por las partes, debiendo adoptar (en especial en esta etapa) una

---

<sup>52</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C – 454 del 7 de junio de 2006*. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

<sup>53</sup> Óp. Cit. TELLEZ SALAS, Ronie Robet., CESPEDES NIEVES, Justo Armando., ESPINEL RICO, Camilo Ernesto Fidel Orlando., p. 75.

<sup>54</sup> Óp. Cit. Ley 906 de 2004. Artículo 371. “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”.

posición de neutralidad ante cualquiera de las argumentaciones expuestas por las partes<sup>55</sup>.

Ya en el debate probatorio, el Ministerio Público se encuentra facultado excepcionalmente a realizar cuestionamientos a los interrogatorios que presentan los testigos citados para coadyuvar las teorías del caso presentadas<sup>56</sup>, en aras de que se logre la verdad en el proceso, y con la única finalidad de dotar de equilibrio el debate probatorio<sup>57</sup>. Sin embargo, y sin ánimo de señalar que el Ministerio Público actúa en favor de una u otra parte, la intervención en el debate probatorio, cualquiera que sea la finalidad, desvirtúa o pone en vilo la teoría del caso de alguna de las partes, ya que contribuye con el fortalecimiento de alguna de las argumentaciones realizadas por las partes, lo que se considera que podría devenir en una vulneración del principio de igualdad de armas. Al respecto, Téllez, Céspedes y Espinel indican lo siguiente:

“Considerando lo anterior en el ejercicio del debate probatorio se corre el riesgo de generar un evidente desequilibrio entre las partes, ya que frente a la facultad expresa de desarrollar preguntas complementarias por parte del Ministerio Público se puede llegar a establecer aspectos que alguna de las partes por negligencia no hizo en su respectivo interrogatorio o contra interrogatorio, lo que implica una vigilancia expresa y activa por parte del Juez de Conocimiento, precisamente para evitar que el sistema se desnaturalice y se afecte ostensiblemente el

---

<sup>55</sup> Óp. Cit. TELLEZ SALAS, Ronie Robet., CESPEDES NIEVES, Justo Armando., ESPINEL RICO, Camilo Ernesto Fidel Orlando., p. 78. “(...) el limitante para que el Ministerio Público presenta una teoría del caso es apenas lógico, pues de hacerlo estaría contrariando su esencia y naturaleza ya que está constituido es como un garante representante de la sociedad y defensor de los derechos humanos, lo que indica su neutralidad en las resultas del proceso, y de hacerlo evidenciaría su tendencia a verificar alguna de las pretensiones del juicio, la absolución o condena”.

<sup>56</sup> Óp. Cit. 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”.

<sup>57</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C – 260 del 6 de abril de 2011*. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.



principio de igualdad de armas, y el equilibrio entre las partes en el proceso”<sup>58</sup>

Contrario a ello, la Corte Suprema de Justicia indica que lejos de 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<sup>59</sup>. Sin embargo y a pesar de que el legislador contemple limitaciones a la actuación del Ministerio Público, le permite realizar una 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<sup>60</sup>.

Asimismo, el Ministerio Público también se encuentra facultado para dar el impulso procesal 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<sup>61</sup>.

---

<sup>58</sup> Óp. Cit. TELLEZ SALAS, Ronie Robet., CESPEDES NIEVES, Justo Armando., ESPINEL RICO, Camilo Ernesto Fidel Orlando., p. 79.

<sup>59</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 5 de octubre de 2011. M.P. José Leónidas Bustos Martínez. Radicado: 30592. “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”.

<sup>60</sup> Óp. Cit. Ley 906 de 2004. 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”.

<sup>61</sup> *Ibid.* 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

## 1.8 El Ministerio Público y su intervención en el proceso penal ¿factor desequilibrante?

Si bien es cierto, el Ministerio Público es una institución que en principio se consideraría idónea para la protección real y efectiva de los derechos fundamentales, de la ley y de la Constitución Política en el proceso penal, comporta algunos problemas prácticos, que se derivan de su calidad de interviniente en el proceso penal.

En ese mismo sentido, lo considera la Corte Suprema de Justicia al señalar que en el modelo actual del sistema acusatorio, el Ministerio Público comporta 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<sup>62</sup>, 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”<sup>63</sup>.

La principal contradicción que se presenta del rol que debe cumplir el Ministerio Público en el marco del proceso penal, es el alcance que tienen sus funciones procesales, en el proceso penal, ya que éste no es parte, sino interviniente, aunque con la reserva de algunas facultades que en principio también pueden ser del resorte del ente investigador y acusador, esto es de la Fiscalía General de la República<sup>64</sup>

---

(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”.

<sup>62</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 5 de octubre de 2011. M.P. José Leónidas Bustos Martínez. Radicado: 30592.

<sup>63</sup> *Ibíd.*

<sup>64</sup> FERNANDEZ LEÓN, Whanda. *Procedimiento Penal Acusatorio y Oral*. Segunda Edición. Volumen II. Editorial Librería Universitaria. 2010., p. 391.

El problema que suscita la ambigüedad que existe entre el alcance que tiene el ministerio público en el proceso penal, es lo que se considera como el elemento esencial que desequilibra las cargas del proceso penal, en especial cuando este tiene el carácter adversarial o acusatorio. Al respecto Téllez, Céspedes y Espinel indican que dicha problemática hace referencia a que las facultades que tiene el Ministerio Público

“(…) desequilibran las cargas del proceso que se entiende de forma adversarial, es decir, una parte solicita absolución (defensa) otra parte solicita condena (fiscalía) un concepto de un tercero desequilibra las cargas y puede afectar la imparcialidad del juez.

Ante lo anterior y teniendo en claro la naturaleza del sistema en relación al respeto de derechos y garantías de los intervinientes, se evidencia que existe un representante del Ministerio Público, cuyo fin es ambiguo y la necesidad o razón de ser de su existencia en el sistema procesal colombiano es aún inexacta, máxime cuando sus funciones son tan amplias que puede ser en determinado momento acusador y en otros desarrollar el rol propio de la defensa”<sup>65</sup>.

Permitir una injerencia desproporcionada y arbitraria del Ministerio Público en el proceso penal, no solo acarrea consecuencias adversas para las partes, sino que conlleva a un desconocimiento de la finalidad del sistema acusatorio, que en definitiva buscó equilibrar y limitar la acción exorbitante que tenía el Estado en el proceso penal inquisitivo<sup>66</sup>. Ahora bien, es claro que el Ministerio Público no es una autoridad de la que se deba prescindir del todo, lo que se propone es que su

---

<sup>65</sup> TELLEZ SALAS, Ronie Robet., CESPEDES NIEVES, Justo Armando., ESPINEL RICO, Camilo Ernesto Fidel Orlando. *El ministerio público y su necesidad para el sistema penal acusatorio colombiano*. Monografía universitaria. Universidad Libre de Colombia. Bogotá. 2013., p. 11.

<sup>66</sup> FERNANDEZ LEÓN, Whanda. *Procedimiento Penal Acusatorio y Oral*. Segunda Edición. Volumen II. Editorial Librería Universitaria. 2010., p. 125.

enfoque de acción debe ser reformado, en atención a la injerencia desproporcionada que éste puede tener en el proceso penal.

## CAPÍTULO II. EL ACUSADOR PRIVADO Y EL PROCESO PENAL

Una de las instituciones que recientemente incluyó el legislador colombiano en el proceso penal es el acusador privado, como responsable de ejercer la acción penal en el nuevo proceso especial abreviado adoptado por la Ley 1826 de 2017<sup>67</sup>. La finalidad que persiguió el legislador con esta nueva figura, fue la descongestión en materia investigativa, acudiendo a una forma de priorización de la acción penal, en causas con mayor impacto social y con mayor incidencia en vulnerar los Derechos Humanos y del ordenamiento jurídico en general<sup>68</sup>. El acusador privado en el proceso penal abreviado, realiza las mismas funciones de Fiscalía General de la Nación, convirtiéndose la acción penal de pública a privada. Respecto al rol que desempeña el acusador privado en el proceso penal, es que se trata el presente capítulo, cuya finalidad es la de determinar cuál de este y como algunas falencias podrían devenir en una vulneración al debido equilibrio en el proceso penal.

### 2.1 La acción penal en Colombia

La génesis del término “acción” tiene su origen en el Derecho Romano. De acuerdo con Fontecilla, la acción implicaba dos acepciones. De un lado

---

<sup>67</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 1826 del 12 de enero de 2017. “*Por medio de la cual se establece un procedimiento penal especial abreviado y se regula la figura del acusador privado*”. Diario Oficial No. 50.114 del 12 de enero de 2017. Artículo 27. “El acusador privado es aquella persona que al ser víctima de la conducta punible está facultada legalmente para ejercer la acción penal representada por su abogado”.

<sup>68</sup> CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Proyecto de Ley 48 de 2015. “*Por medio de la cual se definen las contravenciones penales, se establece un procedimiento especial abreviado para ellas y se regula la figura del acusador privado*”. Gaceta del Congreso No. 591 del 12 de agosto de 2015. “Así como la asignación de un tratamiento procesal diferenciado surge como el desarrollo natural de la caracterización de algunas conductas delictivas como contravenciones, la posibilidad de optar por una acusación privada es una de las instituciones que mayor provecho permiten sacar de los nuevos cambios procesales introducidos en el modelo abreviado. La consagración de un procedimiento abreviado y la posibilidad de conversión de la acción penal de pública a privada se encuentran íntimamente vinculadas en el intento por establecer un diseño procesal que permite un tratamiento más eficiente para las conductas punibles de menor lesividad”.

correspondía ser lo que el solicitante pretendía le fuere protegido, y de otro era la respuesta que daba el Estado frente a ello a través de los encargados para dar cumplimiento a la ley<sup>69</sup>. En ese sentido la acción era considerada como el derecho subjetivo que tenía toda persona de buscar que el Estado le protegiera de formas de vulneración de sus derechos.

Por su parte, la doctrina italiana consideraba que la acción además de ser un derecho, implicaba la facultad que tenían tanto las personas como el Estado para hacer cumplir la ley<sup>70</sup>. A partir de este concepto la acción penal, surge como el deber que tiene el Estado no solo de proteger los derechos de sus ciudadanos, sino de hacer cumplir la ley, a través de la tipificación de conductas y el ejercicio de la facultad sancionatoria, cuando existe contravención a éstas<sup>71</sup>.

Ahora bien, en la doctrina actual, existen tres formas de acción penal. La primera de éstas es de carácter público, siendo organismo principal el Estado como supremo garante de los derechos fundamentales, a cargo de la autoridad que este delegue. Para el caso colombiano esa facultad de la acción penal pública por disposición constitucional se encuentra en cabeza de la Fiscalía General de la Nación<sup>72</sup>.

Una segunda forma de acción penal, se refiere a una acción penal ejercida por un colectivo de personas que han sufrido un daño a causa de la comisión de una

---

<sup>69</sup> FONTECILLA RIQUELME, Rafael. *Tratado de Derecho procesal Penal. Tomo I*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1978., p. 10.

<sup>70</sup> LEONE GIOVANNI. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Editorial EJE. Santiago de Chile. 1963., p. 116.

<sup>71</sup> Óp. Cit CHAVES PEÑA, Edwin Manuel. *La acción penal privada y su implementación en Colombia.*, p. 169. “En lo que atañe al concepto de acción penal, tuvo su origen en la doctrina civilista, aunque se destaca su variación en el sentido de concebirla como un deber a cargo del Estado, como una facultad del Ministerio Fiscal, o como una facultad en cabeza de un particular interesado, en los tres casos, con el fin de promover la decisión del órgano jurisdiccional sobre una determina relación de derecho penal”.

<sup>72</sup> ASAMBLEA CONSTITUYENTE. *Constitución Política de 1991*. Artículo 250. “La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. (...).

conducta punible. De acuerdo con Chaves la acción penal en cabeza de la sociedad, que denomina como acción popular se refiere a “(...) la posibilidad irrestricta otorgada por la ley para actuar como acusador frente a la comisión de cualquiera o de determinados delitos, independientemente de que se haya recibido una afectación concreta con el injusto”<sup>73</sup>.

La tercera forma para una acción penal, hace referencia a la facultad que tiene la víctima del delito, a ejercer los actos de investigación y acusación de quien comete el punible. De los anteriores conceptos, se puede entonces definir la acción penal como la facultad, el derecho o el deber que se tiene de solicitar ante el Estado, representado por el juez penal, a través de una denuncia, el inicio de una investigación y una sanción penal, a través de los procedimientos establecidos para el efecto, con el fin de lograr la verdad de los hechos. En el marco del derecho a la justicia, la finalidad de la acción penal, no siempre se refiere a la obtención de una condena, por otro lado el contrario al objetivo principal en el proceso penal, es lograr la verdad y con ello impartir justicia, bien sea en favor del acusador por comprobarse la existencia del delito y la autoría de éste respecto de quien se acusa, o en favor del acusado cuando no logra desvirtuarse la presunción de inocencia<sup>74</sup>.

La acción penal en Colombia para el año 2011 se caracterizaba por ser pública. La tradición jurídica colombiana denota que la acción penal estaba netamente en cabeza del Estado, por ser el único facultado para limitar derechos fundamentales mediante el uso del *ius puniendi*. Las codificaciones del proceso penal que precedieron la Ley 906 de 2004, así lo indican. El Decreto 409 de 1971, indicaba

---

<sup>73</sup> Óp. Cit. CHAVES PEÑA, Edwin Manuel. *La acción penal privada y su implementación en Colombia.*, p. 169.

<sup>74</sup> *Ibíd.*, p. 169. “En desarrollo del valor de justicia incorporado a la definición, se debe mencionar que la finalidad del proceso penal, promovido con el ejercicio de la acción, es la de descubrir la verdad que no la obtención de una condena y la imposición de una pena. Es necesario distinguir entre la comprobada comisión de un injusto típico y con ello la posibilidad de predicar responsabilidad del procesado, y a contra cara, la consecuencia que ello apareja, esto es: la imposición de una pena o una medida de seguridad. Estas solo deben ser concebidas como una consecuencia jurídica del delito y no como la finalidad que inspire el proceso”.

en su artículo 10º que “(...) la acción penal es siempre pública. Se iniciará de oficio, a menos que la ley exija petición o querrela de parte”<sup>75</sup>.

Por su parte el Decreto 050 de 1987 en su artículo 18 señalaba que “la acción penal corresponde al Estado y se ejerce por la Rama Jurisdiccional del Poder Público”<sup>76</sup>. En ese mismo sentido lo consideraba el Decreto 2700 de 1991, que al respecto de la acción penal señalaba que

“La acción penal corresponde al Estado y se ejerce exclusivamente por la Fiscalía General de la Nación durante la etapa de la investigación y los jueces competentes durante la etapa del juicio, en los términos establecidos en este Código. En casos excepcionales la ejerce el Congreso”<sup>77</sup>

La Ley 600 de 2000, proferida después de la adopción del esquema de Estado Social de Derecho, mantuvo lo que expone del Código de Procedimiento Penal que le precedió en los siguientes términos:

**“Artículo 26. Titularidad.** La acción penal corresponde al Estado y se ejerce por la Fiscalía General de la Nación durante la etapa de la investigación y los jueces competentes durante la etapa del juzgamiento; la Corte Suprema de Justicia adelanta la investigación y el juzgamiento en los casos contemplados en la Constitución Política. El Congreso ejerce la acción penal excepcionalmente”<sup>78</sup>

Era entonces deber único y exclusivo del Estado ejercer la acción penal, por cuanto la ley los obligaba como supremo veedor del ordenamiento jurídico. Dicha

---

<sup>75</sup> PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. “Decreto 409 del 27 de marzo de 1971”. *Por el cual se introducen reformas al Código de Procedimiento Penal y se codifican todas sus normas*. Diario Oficial No. 33.303 del 3 de mayo de 1971. Artículo 10. “”.

<sup>76</sup> PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. “Decreto 50 del 13 de enero de 1987”. *Código de Procedimiento Penal*. Diario Oficial No. 37.754 del 13 de enero de 1987. Artículo 18.

<sup>77</sup> PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. “Decreto 2700 del 30 de noviembre de 1991”. *Por el cual se expiden las normas de Procedimiento Penal*. Diario Oficial No. 40.190 del 30 de noviembre de 1991. Artículo 24.

<sup>78</sup> CONGRESO DE LA REPÚBLICA. “Ley 600 del 24 de julio de 2000”. *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*. Diario Oficial No. 44.097 del 24 de julio de 2000. Artículo 26.



concepción se mantuvo inclusive en la Ley 906 de 2004, aunque no de una manera tan estricta como la enunciada en los procedimientos penales que la precedieron, en atención a que aunque subsistía la obligación del Estado de investigar todo hecho que revistiera la calidad de ser sancionable penalmente, se le faculta a la Fiscalía a prescindir de ello, cuando se aplique el principio de oportunidad<sup>79</sup>. Todo ello viene a ser modificado en el año 2011 donde se abre la posibilidad de que se introduzca la acción penal privada en Colombia, como se analizará a continuación.

## **2.2 La acción penal de carácter privada.**

La acción penal privada a través del acusador privado no era procedente en Colombia, en atención que la Constitución Política de 1991, en su artículo 250, era clara al indicar que solo La Fiscalía General de la Nación, era la competente para practicar la acción penal en Colombia, siendo de su resorte “(...) el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento”<sup>80</sup>.

En el año 2007, mediante la Ley 1153 “Por medio de la cual se establece el tratamiento de las pequeñas causas en materia penal”, el legislador busco mediante la adopción de un proceso penal abreviado y la adopción de algunas conductas penales como contravenciones, la descongestión a despachos judiciales, que halla la posibilidad que la víctima pudiera acusar y ejercer la acción penal de manera autónoma, en los delitos consagrados en dicha legislación.

---

<sup>79</sup> Óp. Cit. Ley 906 de 2004. Art. 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”.

<sup>80</sup> Óp. Cit. *Constitución Política de 1991*. Artículo 250.

A pesar de ello, la corte constitucional para sentencia C-879 de 2008, declaró inexecutable lo consagrado en esta legislación por considerar que era improcedente la acción penal privada, en atención a que el art. 250 de la Carta Política del 91, era claro al señalar la actuación de acción penal, era competencia exclusiva a La Fiscalía General de la Nación.

El Acto Legislativo No. 006 de 2011, modula esto, en el sentido de que establece la posibilidad de que la Fiscalía prescinda de su competencia, para trasladarla a la víctima o a otras autoridades, en el evento en que la lesión del bien jurídico, fuese menor en comparación con otros delitos de mayor impacto social, a saber. Para el efecto el constituyente, incorporo al artículo 250 constitucional un párrafo que indica lo siguiente:

**“Parágrafo 2º:** Atendiendo a la naturaleza del bien jurídico y la menor lesividad de la conducta punible, el legislador podrá asignarle el ejercicio de la acción penal a la víctima o a otras autoridades distintas a la Fiscalía General de la Nación. En todo caso, la Fiscalía General de la Nación podrá actuar en forma preferente”<sup>81</sup>

En atención a lo anterior, el legislador en el año 2017, adopta un proceso penal abreviado mediante la Ley 1826 “Por medio de la cual se establece un procedimiento penal especial abreviado y se regula la figura del acusador privado”. Mediante esta norma, el legislador buscó adoptar un nuevo procedimiento más expedito, que además de contribuir con la disminución de los índices de impunidad, buscó que la acción penal fuera más eficiente en especial, en delitos con lesividad moderada.

Por regla general la acción penal es pública por encontrarse en cabeza de la Fiscalía General de la Nación<sup>82</sup>. Esta de conformidad con lo señalado por la Ley

---

<sup>81</sup> CONGRESO DE LA REPÚBLICA. “Acto legislativo 06 de 2011”. “Por el cual se reforma el numeral 4 del artículo 235, el artículo 250 y el numeral 1 del artículo 251 de la Constitución Política”. Diario Oficial 48.263 del 24 de noviembre de 2011.

<sup>82</sup> ASAMBLEA CONSTITUYENTE. *Constitución Política de 1991*. Artículo 250.

1826 de 2017, puede pasar de ser pública a privada. La acción privada es definida como una institución o figura de orden procesal, mediante la cual la víctima de punible a través de su representante, ejercer las acción de investigación y acusación del sujeto activo que lo comete<sup>83</sup>.

El surgimiento de la acción penal privada, deviene de una concepción de la política criminal, que permite el traslado de la acción penal en cabeza del Estado a la víctima del delito, a fin de priorizar la acción penal y descongestionar la jurisdicción penal, en casos que aunque merecen ser investigados y sancionados, no ameritan el surtimiento de todas las etapas procesales que comprenden el proceso penal actual, máxime cuando existen altos índices de impunidad, ante la imposibilidad real de la jurisdicción penal de atender todos los casos puestos en su conocimiento con la prontitud y eficacia que espera la sociedad<sup>84</sup>.

Sumado a ello, los costos que implican la investigación y sanción de delitos de menor lesividad, bajo los mismos parámetros que indica la ley para el proceso penal ordinario, son significativamente mayores, a los beneficios que se obtiene de ello<sup>85</sup>

---

<sup>83</sup> SANCHEZ SANCHEZ, Susana. *El acusador privado en Colombia, una aproximación desde los principios del derecho penal*. Monografía Universitaria. Universidad Militar Nueva Granada. Bogotá D.C., 2013., p. 22.

<sup>84</sup> LÓPEZ DIAZ, Claudia. *Selección y priorización de delitos como estrategia de investigación en la justicia transicional*. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Volumen 442. Número 117. 2012., p. 527. “Un estudio comparado sobre la eficacia de los ordenamientos jurídicos internos, dejan a la vista una gran y preocupante realidad, que se traduce en la inmensa sensación de impunidad, de desconfianza que tiene la sociedad en general en los regímenes jurídicos, y en especial, el que hace relación con el derecho penal (...) La justicia penal se torna lenta y por lo tanto ineficaz. Con el correr del tiempo el sistema penal ha evidenciado su incapacidad para hacer frente a la inmensa demanda de decisiones que se vuelcan sobre él. Tiene a su cargo muchos casos, demasiados delincuentes, pocos funcionarios y escasos recursos”.

<sup>85</sup> Óp. Cit. MATUSAN ACUÑA, Christian Eduardo., CHAVES PEÑA, Edwin. *La pérdida del monopolio en el ejercicio de la acción penal y los límites constitucionales de su regulación en Colombia.*, p. 12. “Que el Estado esté constreñido a la persecución de aquellos delitos menores (V.gr hurto del celular), tal como ocurría en nuestra ley 600 de 2.000, acarrea, necesariamente, la puesta en marcha de una plataforma de grandes magnitudes y similares inversiones. La indagación y juzgamiento de un delito menor requiere, en términos generales, iguales garantías que aquellas propias de la investigación de un delito de alto impacto social (V.gr la consumación de un homicidio en persona protegida), lo cual genera la actividad de fiscales, investigadores, peritos, testigos, jueces de control de garantías, de conocimiento y, en algunos casos, la intervención de

La solución que propone el legislador ante esas falencias de la jurisdicción penal es la puesta en marcha de una iniciativa como el acusador privado a través de la Ley 1826 de 2017. Esta introducción del acusador privado, implica un cambio en el esquema tradicional del proceso penal, en especial frente a la consideración de que la competencia en la investigación de las conductas punibles, es competencia única y exclusiva del Estado, por ser este quien es el llamado a garantizar los derechos fundamentales, el ordenamiento jurídico y las garantías mínimas necesarias para la vida en sociedad.

Aun cuando, es necesario que el Estado investigue y sancione todas las conductas punibles, no es posible que pueda sacar adelante la gran cantidad de denuncias que se presentan a diario, lo que a su vez conduce a una ineficacia del aparato jurisdiccional, que a su vez evocan una desprotección de derechos y garantías constitucionales y legales<sup>86</sup>, lo que justifica que exista un proceso penal abreviado y una modificación de las partes, a fin de que estas se compadezcan de la situación actual de la jurisdicción penal<sup>87</sup>.

### **2.3 El bien jurídico tutelado: presupuesto de menor lesividad.**

Como bien se señalaba anteriormente, la acción penal privada solo es procedente en aquellos delitos en los que la incidencia es menos lesiva tanto para el Estado

---

magistrados de los tribunales e incluso, de presentarse el recurso extraordinario de casación y/o la acción de revisión, de aquellos integrantes de la propia Corte Suprema de Justicia. En igual sentido, se requiere de idénticas instancias procesales tales como: indagación suficiente, audiencias preliminares, imputación de cargos, formulación de acusación, audiencia preparatoria, de juicio oral y el trámite de los respectivos recursos de reposición y de alzada. Así las cosas, el hurto de un dispositivo móvil de comunicación cuyo coste en el mercado puede ser relativamente bajo para la víctima, termina por convertirse en una carga excesivamente onerosa para el Estado dada la “colosal” inversión necesaria para su indagación y juzgamiento”.

<sup>86</sup> VASQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo. *Derecho procesal Penal. Tomo I*. Editorial Rubina – Culzoni. Buenos Aires. 1995., p. 84.

<sup>87</sup> PEÑA GALVIS, Carlos Fernando., SARMIENTO GARCÍA, Álvaro Eduardo. *Acción penal: viabilidad de su desmonopolización*. Artículo de investigación para optar al título de Especialistas en procedimiento penal constitucional y justicia militar. Bogotá D.C. Universidad Militar Nueva Granada. 2016., p. 5. “(...) la figura de la Acción Penal Privada funcionaria en doble sentido, por un lado, disminuiría la impunidad en determinados delitos, y por otro, ayudaría a la descongestión judicial, específicamente para la Fiscalía General de la Nación”.

como para la víctima<sup>88</sup>. De ahí, que el legislador haya previsto la procedencia de esta conversión de la acción pública a privada, solo en los delitos denominados como querellables, que de acuerdo con el art. 74 a la Ley 906, reformado del art. 5º Ley 1826 de 2017 son los siguientes:

1. Para las que no sean prevista en la pena privativa de la libertad con excepción de las consiguientes:

- “Ofrecimiento, venta o compra de instrumento apto para interceptar la comunicación privada entre personas.
- Divulgación y empleo de documentos reservados.
- Abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto.
- Revelación de secreto.
- Utilización de asunto someto a secreto o reserva.
- Utilización indebida de información oficial privilegiada.
- Asesoramiento y otras actuaciones ilegales.
- Utilización indebida de información obtenida en el ejercicio de función pública.
- Utilización indebida de influencias derivadas del ejercicio de función pública”<sup>89</sup>.

2. De igual manera son querellales y por ende sujetos al proceso penal abreviado los siguientes delitos:

- Inducción o ayuda al suicidio.
- Lesiones personales sin secuelas que produjeren incapacidad para trabajar o enfermedad sin exceder de sesenta (60) días.
- Lesiones personales con deformidad física transitoria
- Lesiones personales con perturbación funcional transitoria.

---

<sup>88</sup> Óp. Cit. Ley 1826 de 2017. Artículo 28. “La conversión de la acción penal de pública a privada podrá autorizarse para las conductas que se tramiten por el procedimiento especial abreviado, a excepción de aquellas que atentan contra bienes del Estado.”

<sup>89</sup> Ley 1826 del 12 de enero de 2017, Op. cit., Art. 5.

- Parto o aborto preterintencional.
- Lesiones personales culposas
- Omisión de socorro.
- Violación a la libertad religiosa.
- Injuria.
- Calumnia
- Injuria y calumnia indirecta
- Injuria por vías de hecho.
- Injurias recíprocas.
- Maltrato mediante restricción a la libertad física.
- Malversación y dilapidación de los bienes familiares.
- Hurto simple cuya cuantía no exceda de ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales legales vigentes.
- Alteración, desfiguración y suplantación de marcas de ganado.
- Estafa cuya cuantía no exceda de ciento cincuenta salarios mínimos mensuales legales vigentes.
- Emisión y transferencia ilegal de cheques
- Abuso de confianza.
- Aprovechamiento de error ajeno o caso fortuito.
- Alzamiento de bienes
- Disposición de bienes propio gravado con prenda.
- Defraudación de fluidos.
- Acceso ilegal de los servicios de telecomunicaciones.
- Malversación y dilapidación de bienes.
- Usurpación de tierras.
- Usurpación de aguas.
- Invasión de tierras o edificios.
- Perturbación de la posesión sobre inmuebles
- Daño en bien ajeno.
- Usura y recargo de ventas a plazo
- Falta autoacusación

- Infidelidad a los deberes profesionales
- Quebrantamiento de derechos de reunión y asociación”<sup>90</sup>.

Ahora bien, la norma penal tiene como finalidad la protección de lo que esta considera como inherente de derechos humanos y libertad constitucional de carácter individual y colectivo. Esto es lo que se denomina como el bien jurídico.

La acepción de bien jurídico tiene dos ámbitos. El primero de éstos de carácter dogmático, comprende el bien jurídico como aquel valor o axioma del ordenamiento juicio que se encuentra protegido por la legislación penal en los eventos en que se comentan conductas que lo trasgredan y con los que se cause un daño injustificado.

El segundo ámbito, relaciona el bien jurídico tutelado en atención a la política criminal, que determina o selecciona que libertades o derechos deben ser protegidos desde la ley penal<sup>91</sup>. Esta última acepción del término de bien jurídico, es que el permite que exista la priorización de la acción penal, a conductas en donde efectivamente exista una puesta en peligro o una lesión de un axioma constitucional o legal de tal magnitud que amerite la limitación de derechos de quien lo realiza, a través de una pena<sup>92</sup>. Al respecto Matusan y Chaves indican que

“El delito no consiste en una mera consagración formal sino que su proceso de creación jurídica impone al legislador, entre otros, un límite político criminal que le permite desvalorar y conminar con pena solamente aquellas conductas que de manera injustificada y

---

<sup>90</sup> Ley 1826 del 12 de enero de 2017, Op. cit., Art. 5.

<sup>91</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. Décima Edición. Editorial Reppertor. Barcelona. 2015., p. 96.

<sup>92</sup> ARAQUE, Diego. *Estudios de derecho penal. Libro homenaje a Juan Fernández Carrasquilla*. Edición de la Universidad de Medellín. Medellín. 2012, p. 427.

significativa, amenazan o dañan al bien jurídico que con el tipo penal se pretende salvaguardar”<sup>93</sup>

Si bien es cierto, cualquier lesión a un bien jurídico tutelado debe ser castigada desde el ámbito penal, con atención a los presupuestos del principio de legalidad, algunas de éstas por su menor lesividad, pueden ser objeto de un trato diferenciado, mediante la acción penal privada, en cuidado que la naturaleza del bien jurídico atañe únicamente la órbita particular de quien es víctima.

En otras palabras, el injusto es significativamente de menor impacto respecto de otros delitos que además de atentar con la víctima, tienen una incidencia en la sociedad o en bienes colectivos, lo que a su vez implica o amerita una investigación desarrollada directamente por el Estado, como titular primigenio y preferente de la acción penal. En ese mismo sentido, lo consideran Matusan y Chaves, al indicar lo siguiente:

“(…) la acción privada solo puede referirse, bajo el primer criterio de la naturaleza del bien jurídico, a aquellos que no sobrepasen la órbita personal de la víctima del injusto. De ninguna manera podría extenderse a delitos que por su íntima relación con la persona, la existencia humana o su elevado impacto social, no son susceptibles de disposición, como la vida, aquellos cuya lesión es tenida en virtud de tratados internacionales como graves crímenes contra la humanidad (delitos de lesa humanidad, genocidio, crímenes de guerra), los que atentan contra los bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, los de narcotráfico, terrorismo, o aquellos internacionalmente considerados como delincuencia organizada transnacional por la convención de Palermo del año 2000 (lavado de activos y corrupción, que para el caso colombiano se denomina cohecho)

---

<sup>93</sup> MATUSAN ACUÑA y CHAVES PEÑA, Op. cit., p. 24.



Tampoco los delitos que atentan contra el bien jurídico de la administración pública, porque al ser de naturaleza colectiva es difícil identificar una víctima concreta<sup>94</sup>.

Estos criterios son adoptados por la Ley 1826 de 2017, al permitir que solo sea procedente la acción privada en el caso de los delitos querellables. Como se puede apreciar del catálogo enunciado anteriormente, los delitos en las que se permite la posibilidad de que se la víctima u otra autoridad quien ejerza la acción penal comprende bienes jurídicos tutelados relacionados con la protección de derechos de carácter subjetivo y/o de intereses de orden individual del querellante, como son el patrimonio económico o el buen nombre, e inclusive algunos que atentan contra la integridad personal, pero que en esencia no ponen en vilo o lesionan el bien jurídico de la vida.

Ello es permitido en atención a la aplicación que respecto al tipo, realiza tanto el legislador al momento de tipificar la conducta penal y de asignarle una sanción acorde con la posible vulneración que esta pueda tener en el bien jurídico, como el juez que debe evaluar la intensidad con la que se vulnero este bien jurídico, al momento de concretarse la conducta típica, antijurídica y culpable<sup>95</sup>.

Para el caso particular de la acción penal privada, es el mismo legislador quien en atención al principio de lesividad<sup>96</sup>, restringió la procedencia de ésta en el caso exclusivo de los delitos querellables o aquellos cuya pena no corresponda a la limitación del derecho a la libertad, en atención a la presentación mayoritaria de estos casos, que fueron el elemento que influyo de manera directa la congestión judicial, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004<sup>97</sup>, lo que en

---

<sup>94</sup> *Ibíd.*, p. 22.

<sup>95</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 13 de mayo de 2009, Rad. 31362. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

<sup>96</sup> VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Cuarta edición. Ediciones Jurídicas Andrés Morales. Bogotá, 2010. p. 51. “En otras palabras, la intervención punitiva solo es viable ante conductas que tengan trascendencia social y que afecten las esferas de libertad ajenas, sin que le sea permitido al derecho penal castigar comportamientos contrarios a la ética, inmorales o antiestéticos, so pena de invadir los terrenos de la moral”.

<sup>97</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C – 879 de 2008*. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

definitiva denotaba la necesidad de adoptar medidas para que los delitos de menor impacto social, tuvieran un proceso abreviado y expedito<sup>98</sup>, como el consagrado en la Ley 1826 de 2017.

En ese sentido, la menor lesividad es uno de los elementos que deben y orientan la acción privada en Colombia, máxime cuando ese es uno de los requisitos que establece el Acto Legislativo 06 de 2011. Al respecto Chaves indica lo siguiente:

“Adicional a las conductas que no son lesivas y en consecuencia impiden que se consideren típicas, existen otras caracterizadas por una lesividad menor; es decir, conductas que han afectado de manera injustificada el bien jurídico, pero no lo han hecho de forma intensa. En estos casos, el principio al que se ha venido refiriendo en este texto, permite la graduación del injusto en función de su gravedad. A estas situaciones hace referencia en el Acto Legislativo cuando exige, adicional a la naturaleza del bien jurídico, constatar una lesividad menor”<sup>99</sup>

---

<sup>98</sup> *Ibíd.* “En la actualidad son muchas las conductas que por su naturaleza no requieren la aplicación del trámite del Código de Procedimiento Penal y por lo tanto para su solución basta un tratamiento más rápido sin que esto vaya en detrimento de las garantías de las partes e intervinientes. (...)”.

<sup>99</sup> *Óp. Cit.* CHAVES PEÑA, Edwin Manuel. *La acción privada y su implementación en Colombia.*, p. 176.

## 2.4 El acusador privado en el proceso penal abreviado

Como se indica anteriormente, el llamado a ejercer dicha acción penal de forma preferente es la Fiscalía, según el art. 250 de la C.P. del 91. Sin embargo, en Ley 1826 de 2017, permite que, en el caso particular del proceso abreviado, sea la víctima, a través de su representante, la competente para ejercer la acción penal, en calidad de acusador privado la cual a solicitud de la víctima o de otra autoridad pública puede ser llevada a cabo de éstos, en calidad de acusadores privados, como se analizará a continuación.

La Ley 1826 de 2017, define el acusador privado como “aquella persona que al ser víctima de la conducta punible este facultada legalmente para ejercer la acción penal representada por su abogado”<sup>100</sup>. El acusador privado, en su rol de ejecutor de la acción penal, tiene las facultades que para el efecto tiene el querellante legítimo. Como lo expone el artículo 2º en la Ley 1826 / 2017, el querellante legítimo, puede ser la víctima de la conducta punible, a través de su representante, y en el caso de que ésta se encuentra incapacitada, podrá promover la acción penal, el representante legal de ésta.

En el caso de que la víctima hubiera fallecido, los llamados a ejercer la acción penal son los herederos. Excepcionalmente las autoridades del Estado también pueden fungir como acusadores privados. Al respecto el artículo indicado, señala lo siguiente:

“(…) Cuando la víctima estuviere imposibilitada para formular la querrela, o sea incapaz y carezca de representante legal, o este sea autor o participe de la conducta punible, puede presentarla el Defensor de Familia, el agente del Ministerio público o los perjudicados directos”<sup>101</sup>

---

<sup>100</sup> *Ibíd.*, Artículo 27.

<sup>101</sup> *Óp. Cit.* Ley 1826 de 2017. Artículo 2.

Otro querellante legítimo que prevé la norma es el Procurador General de la Nación, cuando se ven inmiscuido en el punible, una afectación al interés público o colectivo<sup>102</sup>. Asimismo, el legislador previo en el caso de hurto que el miembro de la Policía Nacional, que hubiese conocido del hecho, interponga la respectiva querrela, cuando la víctima de se encuentre imposibilitada para eso, con la salvedad de la actuación de acción penal privada, subsistirá en la víctima, a saber:

**“Parágrafo.** Cuando el delito de hurto, no haya sido puesto en conocimiento de la Administración de Justicia por el querellante legítimo, por encontrarse en imposibilidad física o mental para interponer la querrela, esta podrá ser instaurada dentro del término legal, por el miembro de la Policía Nacional, que, en el ejercicio de la actividad de policía, tenga conocimiento del hecho. En estos casos, la víctima de la conducta seguirá siendo querellante legítimo y el único facultado para ejercer la acusación privada”<sup>103</sup>.

Las facultades que tiene el acusador privado, respecto de la actuación de la acción penal, son las mismas y se encuentran a la cabeza de la Fiscalía General de la Nación. Esto quiere decir que el acusador privado, debe adelantar por sus medios los actos de investigación que se requieren para la construcción de la teoría del caso y la posible imputación del punible al presunto responsable, y las demás actividades que se derivan de las etapas del proceso penal abreviado<sup>104</sup>.

Ahora bien, la inclusión de la víctima dentro del proceso penal, ha venido evolucionando a partir del nuevo esquema del proceso penal adversarial. Al respecto cabe recordarse que bajo los parámetros del Decreto 2700 de 1991 y la

---

<sup>102</sup> *Ibíd.*

<sup>103</sup> *Ibíd.*

<sup>104</sup> *Ibíd.* Artículo 29. “La Ley 906 de 2004 tendrá un nuevo artículo 551, así: Artículo 551. Titulares de la acción penal privada. (...) El acusador privado hará las veces de fiscal y se seguirán las mismas reglas previstas para el procedimiento abreviado establecido en este libro. En todo aquello que no haya sido previsto de forma especial por este título respecto de las facultades y deberes del acusador privado, se aplicará lo dispuesto por este Código en relación con el fiscal. El desarrollo de la acción penal por parte del acusador privado implica el ejercicio de función pública transitoria, y estará sometido al mismo régimen disciplinario y de responsabilidad penal que se aplica para los fiscales”.

Ley 600 de 2000, aun cuando la víctima tenía la posibilidad de constituirse como parte civil dentro del proceso penal, su participación en el proceso penal, se veía limitada a presentar solicitudes, tales como la revocación de la resolución inhibitoria, sin que estuviese facultada para intervenir directamente en las diligencias<sup>105</sup>.

A la aplicación de la Ley 906/2004, subsana la falencia de falta de participación de la víctima dentro del proceso, dándole la posibilidad de constituirse en interviniente especial, pudiendo además de intervenir dentro de las etapas del proceso, iniciar un incidente de reparación integral, una vez se profiriera sentencia condenatoria<sup>106</sup>.

La Corte Constitucional, en aras de garantizarle a la víctima la posibilidad real de obtener justicia, también la facultó para intervenir respecto del aporte de pruebas, entre otras intervenciones. Por ejemplo en la sentencia C – 1154 de 2005, el alto tribunal, ratifica la posibilidad de que la víctima acuda al Juez de Control de Garantías, para que el decida sobre su inconformidad con el archivo de las diligencias, en aras de proteger el derecho de verdad, justicia y reparación<sup>107</sup>.

Asimismo lo corrobora el alto tribunal constitucional, al indicar que las decisiones que adopta el fiscal cuando se cierran las investigaciones penales, debe ser notificada a la víctima a fin de que ella intervenga en el proceso penal,

---

<sup>105</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-293 de 1995*. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz. “La Ley concede a quien aduzca que se siente lesionado con el delito, medios que, en esa etapa, juzga proporcionados a la defensa de su interés. En efecto: el denunciante o querellante (y es presumible que lo sea quien tenga interés directo en el esclarecimiento de los hechos) puede aportar las pruebas que juzgue conducentes para todos los efectos contemplados en el artículo 319, pedir revocación de la resolución inhibitoria (328), apelar de ella ante el respectivo superior y, en este caso, nombrar abogado que lo represente y conocer las diligencias practicadas (...)”.

<sup>106</sup> Óp. Cit. Ley 906 de 2004. 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”.

<sup>107</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-1154 de 2005*. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

manifestándose respecto a la sustentación que para el efecto indica la Fiscalía como soporte para prescindir de la acción penal<sup>108</sup>.

En el año 2006 la Corte Constitucional, establece que los intereses de la víctima en el proceso penal, van más allá de la obtención de una reparación económica por los daños causados. Por el contrario, el derecho al acceso a la justicia material, impone al Estado la necesidad de que esta participe de manera directa y personal en defensa de sus intereses, en todas las etapas del proceso penal, inclusive más allá de la etapa de indagación<sup>109</sup>. Aun así, ante la imposibilidad que existía de que la víctima pudiese ejercer la acción penal directamente, no le quedaba otra opción que hacerlo a través de la Fiscalía General de la Nación como órgano competente para adelantar la acción penal en Colombia<sup>110</sup>.

La imposibilidad de que la víctima, pudiese actuar directamente en el proceso penal y de que interviniera directamente (en especial en materia probatoria), era considerada como válida en atención a lo dispuesto por el principio de igualdad de armas, por considerar que existía un desequilibrio sustancial en el sistema adversarial, permitiendo en la práctica de la prueba, además de la Fiscalía a la

---

<sup>108</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-1177 de 2005*. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

<sup>109</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-454 del 7 de junio de 2006*. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

<sup>110</sup> CHAVES PEÑA, Edwin Manuel. *La acción penal privada y su implementación en Colombia*. Revista *Vía Iuris*. Número 14. 2013., p. 174. “La sentencia C – 454 de 2006, por medio de la cual la Corte extendió la posibilidad de intervención de las víctimas a la fase de indagación, y la obligación de la Fiscalía de asistir y brindarle información, no solo frente a su derecho a la reparación material, sino ante los de verdad y justicia. En el mismo fallo se comenta, se le concedió la posibilidad de intervenir en la audiencia preparatoria para hacer solicitudes probatorias. En torno a este último tema, debe traerse a colación lo señalado por la Corte Suprema de Justicia en providencia del 7 de diciembre de 2011, en la cual consideró que esta posibilidad de hacer solicitudes probatorias exige que la víctima las incorpore por intermedio de la Fiscalía, toda vez que en la Ley 906 no está consagrado el acusador privado, y en este orden de ideas, no puede esgrimir de manera unilateral pruebas sin que guarden relación con la teoría del caso de la Fiscalía, quien es en últimas el único sujeto habilitado constitucional y legalmente para intervenir en la práctica de la prueba en desarrollo de la audiencia de juicio oral”.

víctima, existiendo entonces dos sujetos procesales coadyuvando una misma teoría del caso<sup>111</sup>.

De otro lado, la sentencia C – 209 de 2007, mantiene que la víctima debe intervenir en el proceso penal, más indica que su intervención es de carácter autónoma y desligado de las funciones y el rol que debe tener la Fiscalía General de la Nación<sup>112</sup>. En ese entendido, la facultad de manera autónoma para que ejerza las siguientes solicitudes en el proceso penal:

- Solicitar la práctica de pruebas anticipadas.
- Acudir a la audiencia de formulación de imputación.
- Oponerse a la preclusión de la investigación presentada por la Fiscalía y aportar elementos materiales probatorios para sustentar su oposición.
- Participar de manera autónoma en la audiencia de formulación de acusación.
- Solicitar el descubrimiento de elementos materiales probatorios en la audiencia de formulación de acusación.
- Acudir a la audiencia preparatoria, a fin de solicitar la exclusión, inadmisión o rechazo de elementos materiales probatorios.
- Solicitar ante el juez de control de garantías la imposición de una medida de aseguramiento

---

<sup>111</sup> *Ibíd.*, p. 174. “La sentencia comentada, que podría ser la que más aspectos sobre la participación de la víctima en el proceso penal, ha abarcado, consideró que no era procedente autorizar su intervención en la práctica de la prueba durante la audiencia de juicio oral, por tratarse de un aspecto que desequilibraría y alteraría los rasgos estructurales del sistema con tendencia acusatoria desarrollado por la Ley 906, en especial su naturaleza adversarial que exige una igualdad de armas entre acusador y acusado”.

<sup>112</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-209 de 2007*. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

- Presentar la etapa del juicio alegatos de conclusión solicitando la condena al procesado<sup>113</sup>.

Con la posibilidad de que la víctima, funja como acusador privado, se concreta un avance significativo para proteger efectivamente los derechos de víctimas, a la “justicia, verdad y reparación”, máxime si este puede ejercer a *muto proprio* la acción penal, y orientar su teoría del caso a la consecución no solo de la reparación económica de los daños, causados, sino a buscar la verdad en el proceso y hacerla ver al juez de conocimiento. En ese mismo sentido lo consideran Benedetti y Torrado al señalar lo siguiente:

“Con la desmonopolización de la acción penal, se abre paso a la democratización del mismo a través del acceso de la víctima al proceso penal, ya no solo como un mero espectador muchas veces ignorante del mismo, sino como un actor trascendental que además de buscar la verdad y la sanción impuesta por el Estado, busca también la reparación integral del daño causado a su persona, a través de esta figura se logra un proceso mucho más eficiente frente a la búsqueda primaria de solución de conflicto entre víctima y victimario, situación que responde a los mecanismos de justicia restaurativa, planteado dentro de nuestra legislación y en nuestra carta constitucional.

Lo anterior, dado a que, gracias a la figura del acusador privado, se procura darle mayor importancia al rol de víctima como un sujeto activo e independiente, con facultades propias dentro del proceso, pues este tiene intereses que son de vital importancia y que gracias a este modelo se pretende atender, los cuales son: la verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición. A través de la acusación particular la víctima retoma su lugar históricamente perdido y adquiere una posición que le fue arrebatada”<sup>114</sup>

---

<sup>113</sup> *Ibíd.*

<sup>114</sup> BENEDETTI QUIÑONES, Renata., TORRADO ROJAS, Luisa Fernanda. *Desmonopolización de la acusación penal en Colombia: implementación de la figura del acusador particular en el*



A pesar de ello, la participación de la víctima dentro del proceso penal, como acusador privado ha generado discusión en especial por la incapacidad que esta tiene para ejercer los actos de investigación, en las mismas condiciones que lo realiza la Fiscalía General de la Nación. Al respecto Peña y Sarmiento indican lo siguiente:

“Respecto del Acto Legislativo 06 de 2011, la Fiscalía General de la Nación es el titular de la acción penal y como tal, debe cumplir con las funciones asignadas en el mandato constitucional, sin embargo, con la adición del párrafo segundo se estaría trasladando esta titularidad de la acción penal a otras entidades administrativas y a las víctimas, quienes en un momento determinado tendrían que soportar cargas que no les corresponden o que simplemente no están en capacidad de asumir”<sup>115</sup>

En la actividad probatoria, es donde se presume existen los problemas de la igualdad en el acusador privado, como se analizará a continuación.

---

*procedimiento penal colombiano*. Monografía Universitaria. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá D.C., 2013., p. 21.

<sup>115</sup> Óp. Cit. PEÑA GALVIS, Carlos Fernando., SARMIENTO GARCÍA, Álvaro Eduardo. *Acción penal: viabilidad de su desmonopolización.*, p. 11.

### **CAPITULO III. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE ARMAS DEL PROCESO PENAL, EL MINISTERIO PÚBLICO Y EL ACUSADOR PRIVADO**

Hechas las anteriores precisiones, es necesario entrar a evaluar si la presencia del Ministerio Público y del acusador privado en el proceso penal, es un elemento que desbalancea las cargas procesales. Cada una de estas instituciones tiene sus características principales. Por lo anterior y como primera medida, se conceptualizará el principio de igualdad de armas, en el contexto del proceso penal, para luego entrar a identificar si existe o no vulneración de este principio en el proceso penal, por el Ministerio Público en primera instancia, y posterior a ello por parte del acusador privado.

#### **3.1 El principio de igualdad de armas en el proceso penal.**

El principio de igualdad de armas se deriva del principio constitucional del debido proceso, definido por la Carta Política en los siguientes términos:

“**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”<sup>116</sup>

La corte constitucional indica 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 del *ius puniendi*<sup>117</sup>. Al respecto Mendieta y Jaramillo indican lo siguiente:

“(…) el derecho penal tiene como objetivo procesar y condenar a los responsables de haber cometido un delito, en aras del restablecimiento de los derechos de la víctima. Empero, por muy importante que estos objetivos sean promulgados para acabar con la impunidad, el derecho penal exige que la justicia sea la base de todos los procesos y los juicios. Por ello el derecho penal desde sus albores ha reconocido que los acusados tienen el derecho a pedir solo una cosa; que reciban un juicio justo tanto en los hechos como en la ley”<sup>118</sup>

En ese mismo sentido lo considera la Corte Constitucional al que la importancia del principio de igualdad de armas, en el marco del debido proceso,

“(…) radica en que 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

---

<sup>116</sup> Óp. Cit. CONSTITUCIÓN POLITICA DE 1991. Artículo 29.

<sup>117</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-127 de 2011*. Magistrado Ponente: María Victoria Calle Correa. “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”.

<sup>118</sup> MENDIETA CAÑAS, Adriana Constanza., JARAMILLO MUÑOZ, Jorge Luis. La eficacia del principio de igualdad de armas como amparo de los derechos constitucionales de defensa y debido proceso, y su aplicación en el ámbito probatorio del sistema procedimental penal acusatorio en la ciudad de Manizales durante los años 2012 u 2013 ante los jueces de control de garantías. Monografía Universitaria. Universidad Libre de Colombia. Pereira. 2015

ser afectado por las decisiones que se adopten sobre la base de lo actuado”<sup>119</sup>

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<sup>120</sup>. Para el sistema acusatorio, así lo reconoce en su artículo 8º al señalar lo siguiente:

**“Artículo 8º. 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

---

<sup>119</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C – 025 del 27 de enero de 2009*. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>120</sup>. *Ibíd.*, p. 12.

(...)”<sup>121</sup> (resaltado fuera del texto original)

Para principio de igualdad de armas se cimienta lo que propone Ferrajoli como la humanización del proceso penal, que busca no solo la protección de los derechos fundamentales de la víctima, sino que también considera que es necesario garantizar condiciones mínimas de dignidad humana y de respeto por los derechos fundamentales, de que es titular el investigado, acusado o procesado según sea el caso<sup>122</sup>. De la misma manera la corte constitucional al definir principio de igualdad de armas con los siguientes requisitos:

“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”<sup>123</sup>

Dentro de estas garantías mínimas, se encuentra el derecho del implicado, de defender sus intereses y buscar la manera legal de demostrar su inocencia, ante la acusación que le atribuye el ente acusador. 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

---

<sup>121</sup> Óp. Cit. Ley 906 de 2004., Artículo 8.

<sup>122</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta. Madrid. 2005., p. 82.

<sup>123</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C – 536 del 28 de mayo de 2008*. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería.

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<sup>124</sup>. En ese sentido, el principio de igualdad de armas, se cimienta además el debido proceso para el derecho universalmente reconocido, y que hace referencia a la igualdad de todas las personas ante la ley. Al respecto y con acierto, Mendieta y Jaramillo, indican lo siguiente:

“Así pues, en aras de la igualdad, la mayoría de los sistemas penales están obligados en sus documentos fundacionales a garantizar la igualdad de armas, además la doctrina que ha sido desarrollada a lo largo de los años ha reafirmado su preeminencia. Por tanto, la igualdad de armas es un elemento indivisible de la justicia, un requisito indispensable de un juicio contradictorio que impregna todo el proceso judicial”<sup>125</sup>

La introducción del principio de igualdad de armas dentro del proceso penal, como presupuesto del derecho al debido proceso, se justifica en la medida en que las facultades probatorias y técnicas con las que cuenta el defensor, no son las mismas que las del ente acusador, es decir la Fiscalía General de la Nación. Le asiste entonces razón a Daza cuando indica que la adopción del principio de igualdad de armas en el proceso penal

“(…) se justifica por el desequilibrio al interior de las instituciones y las medidas procesales adoptadas por el Código de Procedimiento Penal que, de una u otra manera, afectan derechos o garantías de la defensa,

---

<sup>124</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-127 del 2 de marzo de 2011*. M.P. María Victoria Calle Correa.

<sup>125</sup> Óp. Cit. MENDIETA CAÑAS, Adriana Constanza., JARAMILLO MUÑOZ, Jorge Luis.

“La eficacia del principio de igualdad de armas como amparo de los derechos constitucionales de defensa y debido proceso, y su aplicación en el ámbito probatorio del sistema procedimental penal acusatorio en la ciudad de Manizales durante los años 2012 u 2013 ante los jueces de control de garantías”.

en tanto dejan en situación de desigualdad frente al titular de la acción penal en el desarrollo del juicio”<sup>126</sup>

Así las cosas, para principio de igualdad de armas, modula las actuaciones que hacen parte del proceso penal, en el sentido de garantizar la participación equitativa de todos los sujetos procesales, en los mismos términos, bajo las mismas condiciones, de manera imparcial y justa<sup>127</sup>, con arreglo a las normas preexistentes (principio de legalidad) y con el debido respeto por los derechos del implicado<sup>128</sup>. Asimismo, lo considera la Corte Constitucional, que, respecto del principio de igualdad de armas, indica 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

---

<sup>126</sup> DAZA, Alfonso. *El principio de igualdad de armas en el sistema procesal penal colombiano a partir del acto legislativo 03 de 2002*. Revista Principia Iuris. Volumen 12. Número 12., 2009., p. 123.

<sup>127</sup> DAMASKA R, Mirjan. *What is the point of international criminal justice?*. Chicago Ken Law Review. Número 83. Volumen 1. 2008., p. 338.

<sup>128</sup> ZAPPALA, Salvatore. *The rights of victims v the rights of the accused*. Journal of International Criminal Justice. Número 8. Volúmen 1. 2010., p. 140.

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”<sup>129</sup>

Así las cosas, es claro que principio de igualdad de armas, busca lograr una equidad procesal predicable de todos los sujetos del proceso penal, a fin de que se mantengan las características propias de un sistema acusatorio o adversarial, en atención a la teleología que para el efecto señala un Estado democrático y pluralista como Colombia.

De ahí que el principio de igualdad de armas, materializa el elemento de equidad procesal, que demanda el principio del debido proceso, el cual se concreta en un trato equivalente del juez a las dos partes, no solo en cuanto a sus intervenciones en el proceso, sino respecto de la información que le ponen en conocimiento que sustenta cada teoría del caso, a partir del aporte de medios probatorios y la contradicción de los que se alegan en su contra<sup>130</sup>, y el plazo razonable que se requiere para ello<sup>131</sup>. Hechas estas precisiones y conocimiento el núcleo esencial del principio de igualdad de armas, se entrará a analizar si existe o no vulneración de dicho principio, con los roles que ejercen tanto Ministerio Público como acusador privado.

---

<sup>129</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-536 del 28 de mayo de 2008*. M.P. Jaime Araujo Rentería.

<sup>130</sup> *Ibíd.* “El principio de igualdad de armas responde a la lógica que impone la metodología de investigación de los sistemas penales de tendencia acusatoria, ya que en este sistema ambas partes procesales, tanto la Fiscalía como el imputado o acusado, le es dable recaudar material probatorio durante la etapa de investigación, así como solicitar y controvertir pruebas en la etapa de juicio, lo cual pone en evidencia el papel diligente y activo que se le otorga al imputado y acusado en materia probatoria durante las diferentes etapas del proceso penal”.

<sup>131</sup> *Óp. Cit.* MENDIETA CAÑAS, Adriana Constanza., JARAMILLO MUÑOZ, Jorge Luis.

“La eficacia del principio de igualdad de armas como amparo de los derechos constitucionales de defensa y debido proceso, y su aplicación en el ámbito probatorio del sistema procedimental penal acusatorio en la ciudad de Manizales durante los años 2012 y 2013 los jueces de control de garantías., p. 71. “Este es el principal punto de vista que debe tenerse en cuenta cuando se explica la igualdad como el derecho de una parte en un procedimiento para realizar adecuadamente su función, con el fin de influir en el resultado de la investigación en su favor. Al dar sentido a esta garantía, se está dando por sentado, así como una aplicación efectiva y significativa, al principio de contradicción e imparcialidad audi el alteram partem el cual requiere que la parte demandada tenga tiempo suficiente para preparar su respuesta”.



### 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 a la fecha el Ministerio Público en el proceso penal, significa o comporta un desbalance en las cargas procesales, que vulnera el principio de igualdad de armas. Con ello se desconoce los principios fundantes del sistema adversarial, en la medida en que éste precisamente lo que pretende es darle una connotación de imparcialidad, justicia, y equidad entre las partes y quien dirime la controversia. Fernández al respecto, indica que 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<sup>132</sup>.

Las facultades que tiene el Ministerio Público de conformidad con lo indicado en el artículo 111 de la Ley 906 de 2004, así lo demuestran a saber:

**“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.

---

<sup>132</sup> Óp. Cit. FERNANDEZ LEÓN, Wanda. *Procedimiento penal acusatorio y oral*. Segunda Edición. Editorial Librería Ediciones del Profesional. 2010., p. 391.

c) Velar porque se respeten los derechos de las víctimas, testigos, jurados y demás intervinientes en el proceso, así como verificar su efectiva protección por el Estado

d) Participar en aquellas diligencias o actuaciones donde proceda la disponibilidad del derecho por parte de la víctima individual o colectiva y en las que exista disponibilidad oficial de la acción penal, procurando que la voluntad otorgada sea real y que no se afecten los derechos de los perjudicados, así como los principios de verdad y justicia, en los eventos de aplicación del principio de oportunidad.

e) Denunciar los fraudes y colusiones procesales”.

Si bien es cierto, la protección de los bienes colectivos y la garantía de los derechos humanos y del ordenamiento jurídico es necesario, no se explica porque esa función deba ser ejercida por una autoridad que genera un desbalance en el proceso penal como el Ministerio Público. Ello podría ser y debería ser un deber del juez, como director y arbitro primigenio del proceso penal. Si de lo que se trata es de la protección de los intereses de la víctima, para ese caso, quien es el llamado a garantizar ello, es la Fiscalía como representante de ésta, luego entonces las competencias del Ministerio Público se harían innecesarias, al poder ser ejercidas por las autoridades que identifican el proceso adversarial.

La presencia del Ministerio Público acentúa en gran medida el ya evidente desbalance que existe entre las partes del proceso adversarial. La misma Corte Constitucional ha señalado, que aun con el proceso de tipo adversarial existe desigualdades institucionales, por cuanto el Estado en representación de la Fiscalía, tiene mayores y mejores posibilidades de sustentar su caso, en especial en lo que se refiere a la recolección del material probatorio. Es por ello que la Corte Constitucional, considera que el juez el que debe fungir 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<sup>133</sup>.

Aun cuando el Ministerio Público, no tiene la connotación de ser un sujeto procesal, le asisten facultades y derechos de intervención en el proceso penal que inciden de manera directa en la decisión que puede adoptar el juez, en favor de alguna de las partes. En otras palabras, las acciones realizadas por el Ministerio Público, aun cuando sean válidas y necesarias, no pueden evitar coadyuvar cualquiera de las teorías del caso, desbalanceando la posición de alguna de los sujetos procesales, respecto del otro a quien el Ministerio Público indirectamente contribuye, bajo el argumento de representante de la sociedad y de los Derechos Humanos. A manera de ejemplo, el artículo 339 de la Ley 906 de 2004, indica la posibilidad de que el Ministerio Público pueda participar en el escrito de acusación, solicitando la corrección o adición al mismo, cuando considera que la proposición hecha por la Fiscalía presenta falencias<sup>134</sup>. Esta facultad comportar una forma de

---

<sup>133</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C – 396 del 23 de mayo de 2007*. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. “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”.

<sup>134</sup> Óp. Cit. Ley 906/2004. 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. (...)”.

afectación al principio de igualdad de armas, en atención a que es solo de competencia y cargo de la Fiscalía, proyectar el escrito de acusación. Con 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.

Ahora si bien es cierto, la víctima también puede intervenir con las mismas posibilidades que el Ministerio Público respecto del escrito de acusación, el hecho de 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, ya que como se indicó en acápite anteriores, el Ministerio Público, tiene la posibilidad de realizar solicitudes probatorias en la audiencia preparatoria<sup>135</sup>. Aunque dicha facultad es subsidiaria, ello no significa que no incida de maneras negativa en los intereses de la víctima. Si bien es cierto, estas solicitudes probatorias, pueden contribuir también a la teoría del caso de la víctima, ello no significa que no se presente un desbalance probatorio, aunque este sea contra el ente acusador.

Previo a que el Ministerio Público realice solicitudes probatorias, se entiende que éste ha debido realizar una investigación previa del caso. Ello se presume un elemento necesario, en atención a que, para las solicitudes probatorias, se deben cumplir con las condiciones de pertinencia, necesidad y conducencia de la prueba, y para que una solicitud probatoria cumpla con ello, se hace necesario que exista una evaluación previa de dicha solicitud, en atención a los hechos del caso.

---

<sup>135</sup> *Ibíd.* 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 pudiese tener esencial influencia en los resultados del juicio, solicitará su práctica”.

Ahora si bien es cierto, estas 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. Lo mismo sucede en los interrogatorios y conainterrogatorios ejercidas en el juicio oral, en el que el Ministerio Público está facultado para preguntar lo que considere necesario para esclarecer el caso<sup>136</sup>, sin tener en cuenta que ello puede comportar una contribución a cualquiera de los sujetos procesales.

En ese mismo sentido lo consideran Téllez, Céspedes y Espinel, al señalar que el 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<sup>137</sup>. Se entiende que el deber del juez, es 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, en atención a que la naturaleza de su presencia en el proceso penal, 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.

---

<sup>136</sup> *Ibíd.* Artículo 397. “Excepcionalmente, el juez podrá intervenir en el interrogatorio o conainterrogatorio, 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”.

<sup>137</sup> *Óp. Cit.* TELLEZ SALAS, Ronie Robet., CESPEDES NIEVES, Justo Armando., ESPINEL RICO, Camilo Ernesto Fidel Orlando. *El Ministerio Público y su necesidad para el sistema penal acusatorio colombiano*. p. 79. “En el debate probatorio las partes intervienen en la práctica de la prueba, ejerciendo el interrogatorio y los conainterrogatorios conforme a la técnica establecida, en esta práctica el Ministerio Público, al igual que el Juez, puede hacer preguntas complementarias a los testigos a efectos de que la información transmitida por estos sea lo más clara posible. Considerando lo anterior en el ejercicio del debate probatorio se corre el riesgo de generar un evidente desequilibrio entre las partes, ya que frente a la facultad expresa de desarrollar preguntas complementarias por parte del Ministerio Público se puede llegar a establecer aspectos que alguna de las partes por negligencia no hizo en su respectivo interrogatorio o conainterrogatorio”.

En ese mismo sentido lo ratifica la Corte Suprema de Justicia, al indicar que 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<sup>138</sup>. Sumado a ello, existe también injerencia del Ministerio Público en la etapa de proferir sentencia, permitiéndole la impugnación de la sentencia<sup>139</sup>, 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 contera se considera como una facultad que va en contravía del debido proceso y del principio de igualdad de armas<sup>140</sup>.

Bajo estos preceptos es claro que el elemento de la neutralidad, Ministerio Público en proceso penal, queda totalmente desvirtuada, en atención a las facultades que este tiene, desde su estatus de interviniente especial. Si se analiza con atención,

---

<sup>138</sup> Óp. Cit. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *Sentencia del 5 de octubre de 2011*. “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”.

<sup>139</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia T- 582 del 11 de agosto de 2014*. Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa. “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”.

<sup>140</sup> Óp. Cit. TELLEZ SALAS, Ronie Robet., CESPEDES NIEVES, Justo Armando., ESPINEL RICO, Camilo Ernesto Fidel Orlando. *El Ministerio Público y su necesidad para el sistema penal acusatorio colombiano*. p. 81. “En atención a la facultad que el asiste al Ministerio Público, de ser representante de la sociedad en el proceso penal y garante de los derechos y garantías de los intervinientes en el proceso, se encuentra facultado para impugnar decisiones proferidas en el curso del proceso, claro está, no deja de ser curioso que la señalada la función del Ministerio Público en ejercicio de los medios de impugnación se degrade al no está limitada pues esta actuación se puede confundir claramente con la posición que asume una parte transgrediéndose el principio de igualdad de armas”.

estas mismas facultades que tiene el Ministerio Público pueden ser ejercidas por las partes que hacen parte del proceso adversarial.

A manera de ejemplo, se podría decir que, en las audiencias preliminares, el juez de control de garantías puede suplir la presencia del Ministerio Público, en atención a que es de su competencia, garantizar que el proceso se lleve a cabo con arreglo a los postulados que se derivan del debido proceso y la dignidad humana, así como a las formas propias de cada juicio.

En ese mismo sentido, el juez de conocimiento en la etapa de juzgamiento, debe cumplir con supremo garante de los derechos involucrados en dicha etapa, en especial de los del acusado, por ser su posición evidentemente desventajosa respecto de la del ente acusador.

Así las cosas, las instituciones procesales actuales deben y tienen la capacidad para asumir el rol y funciones que ejerce el Ministerio Público en el proceso penal. Ahora en persistir la presencia del Ministerio Público en el proceso penal, es necesario que el legislador en sus facultades, limite la actuación de este interviniente a ejercer una vigilancia dentro del proceso penal, sin que pueda actuar o solicitar en ella ninguna actuación. De ahí que solo sea de su competencia, manifestarle al juez los posibles yerros en los que se pueda incurrir en el proceso, a efecto de que este las decida de plano.

A modo de corolario de este acápite se indica por qué hasta la fecha la presencia del Ministerio Público, comporta una forma de afectación del principio de igualdad de armas, por cuanto actúa indirectamente a lo largo del proceso penal en las diligencias, con facultades que deberían ser solo del resorte de las partes, y que evidentemente hacen del sistema adversarial solo una ilusión consagrada en la norma, que dista mucho de la realidad en la jurisdicción penal en Colombia.

### **3.3 El acusador privado y el principio de igualdad de armas en el proceso penal**

Al realizar críticas al proceso penal de carácter acusatorio, consagrado en la Ley 906 de 2004 se han centrado en el desequilibrio procesal que ha existido a partir de la concepción de un proceso con intervinientes ajenos al esquema tradicional acusatorio<sup>141</sup>. Fernández es clara al señalar que la presencia de más de tres sujetos procesales en el sistema adversarial, comporta un evidente desbalance en el proceso penal, contrariando los postulados de la igualdad de las partes<sup>142</sup>.

La introducción del acusador privado como parte en el proceso penal, en principio no comportaría ningún desbalance en el proceso penal, en atención a que, con su introducción, La Fiscalía General de la Nación se desliga la acción penal. En otras palabras, la Fiscalía como ente acusador, sustituye sus facultades al acusador privado para que éste, pueda ejercer los actos de investigación, acusación, entre otros, que hacen parte del proceso penal<sup>143</sup>. En ese sentido, la víctima persigue a través de su apoderado, la justicia y la sanción del delito cometido, con sus propios medios.

A pesar de ello, se considera que el legislador no previó algunas falencias del acusador privado, que en definitiva pueden afectar el balance en el proceso penal, en especial en materia probatoria como se analizara en el presente acápite.

De conformidad con lo que señala el artículo 250 constitucional, el competente para recolectar los elementos materiales probatorios que se presentaran al juicio

---

<sup>141</sup> DÁVILA, Andrés. *Justicia e impunidad en Colombia: reflexiones a propósito de una reforma ¿fallida?* 2012., p. 6. Disponible en: <http://library.fes.de/pdf-files/bueeros/kolumbien/09149.pdf>

<sup>142</sup> Óp. Cit. FERNANDEZ, Wanda. 2010., p. 125.

<sup>143</sup> Óp. Cit. Ley 1826 de 2017. Artículo 1. Modifíquese el artículo 66 de la Ley 906 de 2004, el cual quedará así.



oral destinados a determinar la responsabilidad penal del acusado, es La Fiscalía General de la Nación, facultado a la acción penal en Colombia<sup>144</sup>.

Ahora bien, en los actos que se requiere para la investigación del punible y el ejercicio de la acción penal, la Fiscalía debe desarrollar algunos actos de investigación que se consideran complejos, por cuanto limitan o tienen injerencia en los derechos fundamentales del acusado, como allanamientos, interceptación de comunicaciones, entre otros, que se hace necesario para poder conocer la existencia del hecho punible y su relación con el procesado.

En la conversión que señala el artículo 1º de la Ley 1826 de 2017, quien es el llamado a realizar los actos de investigación en la acción penal privada, es el acusador privado, por sustituirse en este el rol que en principio debería fungir la fiscalía. En teoría quien debe realizar todos los actos de investigación es el acusador privado por sus propios medios.

Sin embargo, los artículos 34 y 35 de la Ley 1826 de 2017, prevén una concurrencia en materia probatoria del acusador privado y la fiscalía en lo que respecta a los actos complejos de investigación, a saber:

**“Artículo 34.** La Ley 906 de 2004 tendrá un nuevo artículo 556, así:

**Artículo 556. Actos de investigación.** El titular de la acción privada tendrá las mismas facultades de investigación de la defensa.

El acusador privado no podrá ejecutar directamente los siguientes actos complejos de investigación: interceptación de comunicaciones, inspecciones corporales, registros y allanamientos, vigilancia y

---

<sup>144</sup> Óp. Cit. *Constitución Política de 1991*. Artículo 250. “(...) En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá: (...) Asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción. En caso de requerirse medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales, deberá obtenerse la respectiva autorización por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías para proceder a ello”.

seguimiento de personas, vigilancia de cosas, entregas vigiladas, diligencias de agente encubierto, retención de correspondencia y recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicaciones.

**Artículo 35.** La Ley 906 de 2004 tendrá un nuevo artículo 557, así:

**Artículo 557. Apoyo investigativo.** Cuando se autorice la conversión de la acción penal, la investigación y la acusación corresponden al acusador privado.

Excepcionalmente, el acusador privado podrá solicitar autorización para la realización de actos complejos de investigación ante el juez de control de garantías, en este evento, el juez además de verificar el cumplimiento de los requisitos legales, valorará la urgencia y proporcionalidad del acto investigativo.

De encontrarlo procedente, el juez ordenará al fiscal que autorizó la conversión de la acción penal o al que para el efecto se designe, que coordine su realización. La ejecución del acto complejo de investigación estará a cargo este código, para realizar el control posterior correspondiente. Legalizado el acto, la evidencia recaudada y la información legalmente obtenida en la diligencia serán puestas a disposición del acusador privado respetando los protocolos de cadena de custodia (...)<sup>145</sup>.

De la interpretación de las anteriores disposiciones, es claro que existe una concurrencia probatoria entre Fiscalía y acusador privado cuando se tratan de actos complejos de investigación. Ahora bien, es claro que los actos complejos de investigación no pueden ser ejercido directamente por el acusador, por cuanto este no tiene la competencia de limitar derechos fundamentales, ya que ello pertenece única y exclusivamente a la órbita de acción del Estado y los

---

<sup>145</sup> Óp. Cit. Ley 1826 de 2017. Artículos 34 y 35.

representantes de éste, en el proceso penal son el juez y la Fiscalía general de la Nación, debiendo éste segundo asegurar los elementos materiales probatorios que implican limitación de derechos fundamentales y el primero verificar la legalidad de estos y en los casos previstos por la ley, autorizar la limitación de derechos. Al respecto la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

“De conformidad con el numeral 3 del artículo 250 de la Carta, la Fiscalía General de la Nación deberá asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia, mientras ejerce su contradicción. En caso de requerirse medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales, deberá obtenerse la respectiva autorización por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías para proceder a ello. Esta disposición establece el principio general para el aseguramiento de los elementos materiales probatorios, según el cual cuando haya afectación de derechos fundamentales, la práctica de medidas para obtener tales elementos probatorios requiere autorización judicial.

Según esta disposición constitucional es la “afectación de derechos fundamentales” la que obliga al Fiscal a solicitar de manera expresa y específica la autorización judicial previa. El empleo del término “afectación” supone, según su grado, una “limitación” o “restricción” al ejercicio o goce de un derecho fundamental. Dicha limitación o restricción (i) debe estar prevista en una ley (principio de reserva legal), y requiere, además, (ii) de la intervención judicial (principio de reserva legal), para determinar si resulta irrazonable o desproporcionada”<sup>146</sup>.

Aun así, esa coadyuvancia en materia probatoria, genera una ventaja injustificada para el acusador privado frente a las posibilidades reales de la defensa de competir no solo con las posibilidades que tiene el acusador privado de lograr

---

<sup>146</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C – 591 del 20 de agosto de 2014*. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

elementos materiales probatorios, más los que contribuye la Fiscalía referidos a actos complejos de investigación.

Lo anterior, no implica un desconocimiento de las razones que conllevaron al legislador a limitar la actividad probatoria del acusador privado en el ámbito de los actos que implican limitación de derechos fundamentales, por cuanto los mismos envuelven actividades que pueden generar excesos, máxime si se tiene en cuenta que la víctima, en atención a su búsqueda de justicia, podría abusar de las facultades que para el efecto le concede la ley, como acusador privado. En ese mismo sentido, lo considera Chaves al indicar lo siguiente:

“Los reales problemas radican en el debilitamiento del rol del procesado ante el ingreso de un nuevo acusador, como también en la imposibilidad de exigir del acusador privado un deber de objetividad, predicable y exigible en los supuestos de acción pública-. Así las cosas, la “privatización” del derecho penal no puede dejar de verse como la preponderancia de la venganza privada, más aun cuando su oficialización, como ha ocurrido en el caso colombiano, obedece la falta de capacidad administrativa para afrontar la congestión judicial, con lo que de entrada se observa la carencia de análisis en torno al desmedido uso del derecho penal para afrontar los conflictos sociales y un paulatino regreso a las concepciones eminentemente retribucionista de la pena”<sup>147</sup>.

Aun así, podría decirse que de ser necesaria la realización de este tipo de actos, es del resorte del acusador privado evaluar dicha contingencia y proveer otras posibilidades al proceso para la construcción de su teoría del caso o en el caso de que sean imprescindible la realización de este tipo de actos, se prescinda de la conversión de la acción penal de pública a privada, máxime si se tiene en cuenta que es prácticamente imposible que el acusador privado pueda sustituir en

---

<sup>147</sup> Óp. Cit CHAVES PEÑA, Edwin Manuel. *La acción penal privada y su implementación en Colombia.*, p. 169.

igualdad de condiciones, en materia probatoria a la Fiscalía General de la Nación. Al respecto Benedetti y Torrado indican lo siguiente:

“En cuanto a las actividades propias de la investigación, el acusador particular es quien tiene el deber de realizar todas las actividades para lograr con la identificación del responsable del ilícito y demostrar la configuración de los elementos de identificación del tipo penal, lo que conlleva a una crítica que se ha extendido a varias de las latitudes estudiadas anteriormente, pues es evidente que un representante de víctimas no cuenta con la capacidad económica y técnica para poder agrupar todos los elementos materiales probatorios necesarios que serán posteriormente llevados a juicio y que conducirán a la certeza del juez para que este puede determinar la responsabilidad penal del procesado.

Adicionalmente, todas las actividades que la ley contempla en la etapa de indagación e investigación deberán contar con la autorización previa o posterior dependiendo del caso del Juez de Control de Garantías, pues este es quien debe evaluar y determinar la pertinencia sobre la actuación que pretenda realizar el acusador particular para incluirlo dentro de su futuro acervo probatorio y debe realizar ejercicio de ponderación de derechos con el fin de no llegar a vulnerar principios y garantías constitucionales

Esto por supuesto, no presenta un alivio a la posición del acusador privado, pues realmente a través de esta figura resulta bastante oneroso poder realizar todas las actividades que anteriormente llevaba a cabo el Fiscal de conocimiento con cargo directo al Estado ya que ahora todas van a llegar a ser una carga exclusiva para la víctima”<sup>148</sup>.

---

<sup>148</sup> BENEDETTI QUIÑONES, Renata., TORRADO ROJAS, Luisa Fernanda. *Desmonopolización de la acusación penal en Colombia: implementación de la figura del acusador particular en el procedimiento penal colombiano.*, p. 35.

De lo contrario, se estaría vulnerando el principio de igualdad de armas, en atención a que en materia probatoria estarían concurriendo dos sujetos: acusador privado y Fiscalía General de la Nación, lo que desbalancearía las cargas procesales, en atención a que la defensa no contaría con un órgano externo que colabore con la gestión probatoria, en pro del acusado.

De otra forma, se hace incoherente que exista como principio rector la igualdad de armas, cuando existen elementos desiguales entre los sujetos y en especial en materia probatoria, por la incidencia que ello tiene en el sentido del fallo, y máxime si se tiene en cuenta que “(...) el aparato estatal investigativo, por regla general, tiene mayor fortaleza económica, orgánica y funcional que la defensa a cargo de particulares”<sup>149</sup>.

Ahora bien, la finalidad que persigue la acción penal no es otra que la de encontrar la verdad de los hechos y la impartición de la justicia. En atención a esos presupuestos, la acción penal debe entenderse como una responsabilidad del Estado que lejos de buscar un resarcimiento económico en favor de la víctima, pretende un resarcimiento integral, que comprenda no solo a la víctima sino a la sociedad en general.

Esos factores deben ser uno de los elementos de análisis que debe tener en cuenta la Fiscalía, ante la posibilidad de la conversión de la acción penal pública a privada, evaluando no solo la congestión judicial como elemento que justifica prescindir de la acción penal pública, sino la gravedad del delito (así tenga la calidad de querellable) y más aún, si se hace necesario para conocer la verdad de los hechos, ejercer actos de investigación que impliquen limitación de derechos fundamentales.

Con lo anterior, se quiere llegar al punto de establecer que si la Fiscalía asume que la conducta punible no reviste mayores implicaciones dañosas y que por tanto

---

<sup>149</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C – 396 del 23 de mayo de 2007*. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

puede ser susceptible de una acción privada, debe entenderse que dicho delito no comporta la necesidad tampoco de su intervención en materia probatoria.

De ser así, la Fiscalía debería negarse a la conversión de la acción penal, pues como bien lo señala los artículos precedentes, solo ella es competente para realizar actos de investigación complejos que impliquen una limitación de los derechos fundamentales del procesado, más no es posible ni pertinente que concurren dos sujetos realizando actos de investigación. Ello pone en clara desventaja a la defensa técnica, al tener no solo que buscar sus propios medios de prueba, sino también ajustarse a los actos de investigación que realiza la defensa y los que coadyuva la Fiscalía General de la Nación.

Al respecto, es necesario recordar lo que indicaba Daza respecto del principio de igualdad de armas, y los elementos que se desprenden de éste, en especial los relacionados con el derecho que tienen las partes a que, en el proceso penal, cada uno de los sujetos procesales, tengan las mismas oportunidades procesales, elementos, herramientas y “armas” de defensa de sus intereses, lo que difícilmente puede lograrse si concurren dos sujetos en la investigación y recolección de material probatorio.

Al respecto Trejo indica que un desbalance en materia probatoria, implica no solo una vulneración al principio de igualdad de armas, sino una violación directa al debido proceso, por cuanto acentúa la posición desventajosa que tiene la defensa respecto del ente acusador<sup>150</sup>, lo que contraría la finalidad del principio de igualdad de armas, que en esencia buscó que todos los sujetos procesales contaran con las mismas herramientas. Al respecto Mendieta y Jaramillo, indican lo siguiente:

“La igualdad de armas, en este sentido, significa que las partes gozan de los derechos de participación y la igualdad de acceso a los recursos.

---

<sup>150</sup> TREJO, LISI. *Problemas prácticos del proceso penal a la luz del principio de igualdad de armas como garantía constitucional del imputado*. 2014. Disponible en: <http://p3.usal.edu.ar/index.php/aequitasvirtual/article/viewFile/3473/4305>

Aunque tal vez no sea sorprendente dado que el derecho penal internacional moderno es un fenómeno relativamente nuevo, permeado por la corriente de los derechos humanos internacionales desarrollada en las últimas décadas”<sup>151</sup>.

Ahora se podría objetar que esta facultad de ejecutar actos complejos es excepcional o residual y solo procede en los delitos donde sea necesaria la intervención o limitación de los derechos fundamentales del procesado. Sin embargo, se corre el riesgo de que sea todo lo contrario, y sea más frecuente la presentación de este tipo de “ayuda” al acusador privado, lo que presume un incremento en la posición dominante del Estado frente al acusado, que es precisamente lo que se quería prevenir con el sistema adversarial.

Ahora bien, de no ser procedente, la limitación de la acción penal privada, como se propone en este escrito, habría que entrar a evaluar la posibilidad de que al igual que la Fiscalía ayuda en actos complejos de investigación a la víctima como acusador privado, se le permita a la defensa acudir a un órgano de defensa que contribuya con la recolección de elementos materiales probatorios en favor de la defensa. En ese mismo sentido lo consideran Mendieta y Jaramillo al indicar lo siguiente:

“Así las cosas, es cada vez más común que muchos Estados incorporen al interior del sistema penal una oficina especial, es decir, un órgano, en pie de igualdad con la fiscalía, dedicado a salvaguardar los derechos de la defensa durante todo el procedimiento – no confundir con el papel de la defensoría pública en el caso colombiano. Así pues, el reconocimiento a este derecho, seguido por la inclusión rutinaria de un órgano de

---

<sup>151</sup> Óp. Cit. MENDIETA CAÑAS, Adriana Constanza., JARAMILLO MUÑOZ, Jorge Luis. *La eficacia del principio de igualdad de armas como amparo de los derechos constitucionales de defensa y debido proceso, y su aplicación en el ámbito probatorio del sistema procedimental penal acusatorio en la ciudad de Manizales durante los años 2012 u 2013 ante los jueces de control de garantías.*, p. 45.



defensa en los tribunales y respaldado con recursos suficientes, es un avance institucional importante en la protección de la igualdad de armas en la última década por parte del derecho penal internacional

Así, en Colombia, la expectativa general a futuro sería para obtener una igualdad de armas eficiente y real, estas oficinas especiales de defensa instituidas en el derecho penal internacional podrían, a su vez, contribuir a reequilibrar las desigualdades de prueba y de fondo que existe en la actualidad. A través de campañas coordinadas para restaurar la confrontación adversarial, las oficinas de defensa pueden promover el desarrollo del *cluster* del procedimiento, el derecho a la defensa y el debido proceso. Además de situar a la defensa en el mapa dentro y fuera de los tribunales, las oficinas de defensa se convierten en un recurso invaluable para los equipos de defensa de oficio, pro bono o *ad honorem* que van y vienen. Proporcionando una plataforma para la promoción de defensa que podría estimular el progreso hacia un sentido más sustantivo de la igualdad de armas y la propagación de lo que Damaska denomina como el evangelio de los derechos humanos<sup>152</sup>.

De acuerdo a lo anterior, es deber entonces del legislador, limitar la acción del acusador privado en el aspecto probatorio, en el entendido de condicionar la conversión de la acción penal pública en privada, cuando no involucre necesariamente actos de investigación complejos que, o en el caso de que sean necesario estos, sea directamente la fiscalía quien funja como acusador en el proceso penal, por supuesto bajo los parámetros del proceso abreviado señalado en la Ley 1826 de 2017. Ello en nada incidiría en la situación de congestión judicial, ni desvirtuaría la finalidad del proceso abreviado, en atención a que, así la Fiscalía deba ejercer la acción penal, ello se llevaría a cabo en forma concentrada como lo indica el proceso abreviado, de lo que se desprende que no habría lugar a ningún tipo de dilación de las actuaciones procesales.

---

<sup>152</sup> *Ibíd.*, p. 58.

## CONCLUSIONES GENERALES

El cambio de paradigma que se realiza en el año de 1991, con la adopción de la Constitución Política vigente, ha generado en Colombia lo que se denomina la constitucionalización del derecho. Los derechos fundamentales, se encuentran a la orden del día y son el derrotero principal al momento de proferirse cualquier ejercicio legislativo, al punto tal que ello es sujeto al control del máximo intérprete de la Constitución Política: la Corte Constitucional.

En el ámbito penal, el mayor cambio introducido con la Constitución Política de 1991, es la consideración del debido proceso y de los subprincipios que de este se derivan, los cuales han tenido una particular importancia en el proceso penal. La jurisdicción penal, ha tenido significativos avances en lo que respecta a las formas y procedimientos de la acción penal, pasando de un esquema inquisitivo propio de Estados antidemocráticos, despóticos y autoritarios, a un esquema adversarial, buscando la consideración y aplicación del principio de igualdad y equidad procesal, y tendiente a la protección y reconocimiento de los derechos del procesado.

Como es bien sabido, en el proceso penal, se debate la vulneración de un derecho, el quebrantamiento del ordenamiento jurídico y la causación de un daño, con la comisión de un punible contemplado en la ley como tal. La finalidad que tiene el proceso penal, es entonces buscar la verdad de lo ocurrido y con ello la búsqueda de la justicia. Para ello, el sistema adversarial prevé oportunidades procesales que le permiten a cada uno de los sujetos e intervinientes, mostrar al juez su versión de los hechos.

El acusador busca convencer al juez, más allá de toda duda razonable que el autor del delito es el acusado y que por ende le asiste el deber de responder penalmente por sus hechos. Por el otro lado, el acusado, busca que su principio de presunción de inocencia no se vea desvirtuado y llevar al

convencimiento del juez que de que no existe el delito, o que de existir no es posible endilgarle responsabilidad penal.

Esa es en esencia la finalidad del proceso penal adversarial, que busca que los dos sujetos involucrados con igualdad presenten su caso a un tercer imparcial, denominado juez. Sin embargo, el esquema adoptado por el legislador en el año 2004, bajo la Ley 906 de 2004 incluye otros intervinientes que inciden en el desarrollo del proceso penal: la víctima y el Ministerio Público.

La víctima, ha tenido un reconocimiento paulatino dentro del proceso penal, como sujeto de derechos y no solo como sujeto pasivo, titular de un derecho de reparación económica. Por el contrario, los desarrollos jurisprudenciales que, para el efecto, ha señalado la Corte Constitucional, evidencian que la víctima como interviniente dentro del proceso penal, tiene derecho a través de su representante de ejercer algunas solicitudes en pro de sus intereses, bien sea forma autónoma (aunque con limitaciones) o a través de la Fiscalía General de la Nación como su representante en la acusación.

Por su parte el Ministerio Público, esta erigido como un 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. Es entonces un representante más del Estado dentro del proceso penal, que al igual que la víctima, tiene facultades de intervención en las actuaciones procesales, en aras de la salvaguarda de las instituciones mencionadas anteriormente.

Ahora bien, el principio de igualdad de armas, prevé que, en el proceso penal, debe existir un 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. Los desarrollos jurisprudenciales de la Corte Constitucional, así lo indican y lo reconocen como

uno de los subprincipios derivados del debido proceso, que justifican la adopción de un esquema adversarial.

Sin embargo, y a pesar de la intención loable del legislador, la presencia del Ministerio Público, representa en esencia un desbalance en el proceso penal, y con ello una vulneración directa al principio de igualdad de armas, ya que éste a pesar de su calidad de interviniente especial (y no de sujeto procesal), 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.

Si bien es cierto, la protección de las garantías mínimas es necesaria e imprescindible, así como la protección del patrimonio público, dichos intereses pueden verse representados en las figuras tradicionales del esquema acusatorio, es decir el juez, el fiscal y la defensa. Particularmente en el caso del juez, este como representante del Estado en el proceso, debe fungir como supremo garante tanto de las garantías procesales como de los derechos de las partes y del ordenamiento jurídico.

Luego entonces, no se entiende él porque es necesaria 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. Por esa razón y dando respuesta al problema de investigación, se considera 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.

Ahora bien, en el caso del acusador privado, también es claro que existe una vulneración del principio de igualdad de armas. El Derecho Penal como una de las ramas que hace uso de la facultad sancionatoria del Estado, debe encontrarse en cabeza de las autoridades estatales, en atención a las implicaciones que, respecto de los derechos fundamentales, tiene la aplicación de sanciones.

En ese sentido, la acción penal es por definición una potestad que en principio debe corresponder única y exclusivamente al órgano delegado para el efecto, que, para el caso colombiano, corresponde ser la Fiscalía General de la Nación, tal como lo dispone el artículo 250 constitucional. Al igual que en el caso del Ministerio Público, la Fiscalía y todos los demás intervinientes deben ajustarse a los postulados del debido proceso, en especial a lo señalado en el principio de igualdad de armas.

Ahora bien, dentro de los elementos que se desprenden de este debido proceso y de la igualdad de armas, se encuentra el derecho de la defensa de aportar y de contradecir las pruebas que contribuyan a la sustentación de su versión de los hechos y con ello la presunción de inocencia de su defendido. En el caso del sistema penal inquisitivo, estas facultades de la defensa eran casi que nulas o muy limitadas. No sucede así en el caso del sistema adversarial, que precisamente se basa entre otros principios, en la oralidad, la publicidad y la inmediación de la prueba.

En principio, podría decirse que la adopción del sistema adversarial solucionaría los problemas que se presentaron en el sistema inquisitivo, en especial en lo relacionado con las facultades autoritarias del juez en el desarrollo del proceso. Si bien es cierto, la adopción de dicho sistema comportó un gran avance en materia de reconocimiento y protección de derechos y una clara y directa aplicación de los postulados del garantismo penal, las contingencias en materia de congestión judicial, se agudizaron, en especial en delitos de bagatela y de escasa incidencia social, que congestionaban al ente

acusador (Fiscalía) generando impunidad y falta de credibilidad en la acción penal.

El legislador en el año 2007, mediante la Ley 1153 referente a los delitos de pequeñas causas penales, adopta la posibilidad de que fuera directamente la víctima quien ejerciera la acción penal, en aras de descongestionar a las Fiscalías, y en aras de priorizar la acción penal pública en casos de mayor relevancia y lesividad a bienes jurídicos. Sin embargo, ese intento legislativo, fracasó al tiempo en que la Corte Constitucional, declara inexecutable lo consignado en esa legislación, por considerar que desconocía el artículo 250 constitucional.

El Constituyente, en atención a ello, en el año 2011, mediante el Acto Legislativo 06, introduce la posibilidad de que la víctima o el querellante legítimo, pudiese ejercer la acción penal, subrogando a la Fiscalía General de la Nación, lo que viene a concretarse o materializarse mediante la Ley 1826 de 2017, a través de la cual se adopta un proceso penal abreviado para los delitos querellables y se adopta la figura del acusador privado.

Aunque loable y justificada la intención del legislador, la realidad del proceso abreviado es otra, ya que no se previeron algunos elementos en materia probatoria, que desbalancean las cargas procesales y con ello el principio de igualdad de armas, en especial en materia probatoria. Como se analiza en esta investigación, aun cuando es cierto que existe una sustitución de la acción pública y se convierte esta en privada, desligándose la Fiscalía del ejercicio de la acción penal, ésta por disposición legal, debe contribuir con la realización de los actos complejos de investigación, que corresponden ser aquellos que implican una limitación justificada de los derechos fundamentales del acusado.

En principio, ello es justificado en la medida en que solo el Estado tiene la facultad de limitar derechos fundamentales. Sin embargo, ello contribuye directa y exclusivamente al acusador privado y coadyuva con su construcción de la teoría del caso, lo que, de conformidad con los presupuestos del principio

de igualdad de armas, significa una desventaja sustancial de la defensa respecto del acusador privado.

Si bien es cierto, que la Fiscalía prescinde de la acción penal, aun continua ligada al proceso en materia probatorio, existiendo “tras bambalinas” un contribuyente directo y exclusivo del acusador privado. Bajo la óptica del principio de igualdad de armas, esa coadyuvancia en materia probatoria, se hace inconducente, en la medida en que la defensa no cuenta con ningún otro apoyo que el que pueda procurar por sus propios medios para recolectar elementos materiales probatorios, que sean de utilidad para la defensa de su cliente.

De lo anterior se deriva que, con dichas disposiciones, existe un reforzamiento injustificado de la institucionalidad en el proceso penal, lo que a su vez conlleva una vulneración directa al principio de igualdad de armas, que precisamente pretende evitar dichas situaciones. En atención a ello y para dar respuesta al problema de investigación planteado, es necesario indicar que la figura del acusador privado, aun cuando directamente no afecta el principio de igualdad de armas, sus precariedades en materia probatoria que implican la coadyuvancia de la Fiscalía en dicha gestión si generan un desbalance en dicho principio, por lo que se hace necesario que el legislador, se manifieste al respecto, reformando las disposiciones contenidas en la Ley 1826 de 2017.

Para el efecto, se considera necesario que en una posible reforma el legislador, tenga en cuenta las siguientes recomendaciones:

- Que se prescinda de la conversión de la acción penal pública a la acción penal privada, cuando el delito y la investigación del mismo amerite el ejercicio de actos de investigación complejos. En tal evento, ello debe ser una de las condiciones de procedencia de dicha conversión, y que a la fecha no ha ni fue considerada por el legislador, al momento de proferir la respectiva ley.

- Que se permita al acusador privado ejercer dichos actos complejos de investigación, con la supervisión y acompañamiento del juez de control de garantías, en aras de evitar excesos por parte de la víctima, ante la inminente posibilidad de que esta busque en estas facultades un ejercicio excesivo de las facultades que temporalmente le asisten como acusador privado. En este caso, se considera viable que la Fiscalía pueda concurrir al desarrollo de estas actividades probatorias, en aras de garantizar que estas se desarrollen con atención a los procedimientos establecidos para el efecto, sin que ello implique una realización directa de ello.



## BIBLIOGRAFIA

### DOCTRINA.

ARAQUE, Diego. *Estudios de derecho penal. Libro homenaje a Juan Fernández Carrasquilla*. Edición de la Universidad de Medellín. Medellín. 2012.

AVELLA FRANCO, Pedro Oriol. *Estructura del proceso penal acusatorio*. Edición de la Fiscalía General de la Nación y la Escuela de Estudios e Investigaciones Criminalistas y Ciencias Forenses. Bogotá D.C., 2007.

BENEDETTI QUIÑONES, Renata., TORRADO ROJAS, Luisa Fernanda. *Desmonopolización de la acusación penal en Colombia: implementación de la figura del acusador particular en el procedimiento penal colombiano*. Monografía Universitaria. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá D.C., 2013.

CHAVES PEÑA, Edwin Manuel. *La acción penal privada y su implementación en Colombia*. Revista Vía Iuris. Número 14. 2013.,

CORTES, Gustavo Adolfo. *El Ministerio Público en lo penal*. Edición del Instituto del Ministerio Público y la Procuraduría General de la Nación. Bogotá D.C, 2003.

DAMASKA R, Mirjan. *What is the point of international criminal justice?*. Chicago Ken Law Review. Número 83. Volumen 1. 2008.

DAZA, Alfonso. *El principio de igualdad de armas en el sistema procesal penal colombiano a partir del acto legislativo 03 de 2002*. Revista Principia Iuris. Volumen 12. Número 12., 2009.

DÁVILA, Andrés. *Justicia e impunidad en Colombia: reflexiones a propósito de una reforma ¿fallida?* 2012., p. 6. Disponible en: <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/kolumbien/09149.pdf>

FIERRO MENDEZ, Heliodoro. *La acción civil en el derecho procesal penal*. Editorial Leyer. Bogotá D.C. 2008

FERNANDEZ LEÓN, Whanda. *Procedimiento Penal Acusatorio y Oral*. Segunda Edición. Volumen II. Editorial Librería Universitaria. 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías (la ley del más débil)*. Editorial Trotta. 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta. Madrid. 2005.

FONTECILLA RIQUELME, Rafael. *Tratado de Derecho procesal Penal. Tomo I*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1978.

LEONE GIOVANNI. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Editorial EJEA. Santiago de Chile. 1963.

LÓPEZ DIAZ, Claudia. *Selección y priorización de delitos como estrategia de investigación en la justicia transicional*. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Volumen 442. Número 117. 2012.

MENDIETA CAÑAS, Adriana Constanza., JARAMILLO MUÑOZ, Jorge Luis. *La eficacia del principio de igualdad de armas como amparo de los derechos constitucionales de defensa y debido proceso, y su aplicación en el ámbito probatorio del sistema procedimental penal acusatorio en la ciudad de Manizales durante los años 2012 u 2013 ante los jueces de control de garantías*. Monografía Universitaria. Universidad Libre de Colombia. Pereira. 2015

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. Décima Edición. Editorial Reppertor. Barcelona. 2015.

MARÍN VÁSQUEZ, Ramiro Alonso. *Lo más humano de la nueva justicia. Resarcir los daños a las víctimas y el respeto por los responsables de delitos son los pilares del sistema oral.* Revista Huellas. Número. 50. 2005.

MATUSAN ACUÑA, Christian Eduardo., CHAVES PEÑA, Edwin Manuel. *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. 2015.

PEÑA GALVIS, Carlos Fernando., SARMIENTO GARCÍA, Álvaro Eduardo. *Acción penal: viabilidad de su desmonopolización.* Artículo de investigación para optar al título de Especialistas en procedimiento penal constitucional y justicia militar. Bogotá D.C. Universidad Militar Nueva Granada. 2016.

PROCURADURIA GENERAL DE LA NACIÓN. *El Ministerio Público en el Estado Social de Derecho.* Edición de IEMP. Bogotá D.C., 2006.

RAMIREZ, Jaime. *Estructura del Estado.* Editorial Librería Ediciones del Profesional Limitada. Bogotá D.C., 2013.

RAMIREZ CLAVES, Gonzalo. *El derecho en el contexto de la globalización.* Edición de la Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C. 2007

ROXIN, Claus. *Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal.* Editorial Rubinzal – Culzoni. Bogotá D.C., 2007.

SANCHEZ SANCHEZ, Susana. *El acusador privado en Colombia, una aproximación desde los principios del derecho penal.* Monografía Universitaria. Universidad Militar Nueva Granada. Bogotá D.C., 2013.

TELLEZ SALAS, Ronie Robet., CESPEDES NIEVES, Justo Armando., ESPINEL RICO, Camilo Ernesto Fidel Orlando. *El ministerio público y su necesidad para el sistema penal acusatorio colombiano.* Monografía universitaria. Universidad Libre de Colombia. Bogotá. 2013.

TREJO, LISI. *Problemas prácticos del proceso penal a la luz del principio de igualdad de armas como garantía constitucional del imputado*. 2014. Disponible en: <http://p3.usal.edu.ar/index.php/aequitasvirtual/article/viewFile/3473/4305>

VASQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo. *Derecho procesal Penal. Tomo I*. Editorial Rubina – Culzoni. Buenos Aires. 1995.

VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Cuarta edición. Ediciones Jurídicas Andrés Morales. Bogotá D.C., 2010.

YOUNES MORENO, Diego. *Derecho constitucional colombiano*. Editorial Legis. Bogotá D.C., 2012.

ZAPPALA, Salvatore. *The rights of victims v the rights of the accused*. Journal of International Criminal Justice. Número 8. Volúmen 1. 2010.

## **LEGISLACION**

ASAMBLEA CONSTITUYENTE. *Constitución Política de 1991*.

CONGRESO DE COLOMBIA. “Ley 14 del 14 de octubre de 1821”. *Sobre la organización de los tribunales y juzgados*. Recuperado de: [http://www.bdigital.unal.edu.co/21/34/leyes\\_de\\_1821.pdf](http://www.bdigital.unal.edu.co/21/34/leyes_de_1821.pdf).

CONGRESO CONSTITUYENTE. *Constitución de la República de Colombia*. 1830. Disponible en: <http://www.banrepcultural.org/sites/default/files/89668/brblaa168141.pdf>

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. “Acto legislativo 1 del 18 de junio de 1945. *Por el cual se confieren algunas atribuciones al director de la policía*. Diario Oficial No. 25769 del 17 de febrero de 1945.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. “Ley 600 del 24 de julio de 2000”. *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*. Diario Oficial No. 44.097 del 24 de julio de 2000.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. “Ley 906 del 31 de agosto de 2004”. *Por la cual se expide el Código Penal*. Diario Oficial 45658 del 1 de septiembre de 2004.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. “Acto legislativo 06 de 2011”. *Por el cual se reforma el numeral 4 del artículo 235, el artículo 250 y el numeral 1 del artículo 251 de la Constitución Política*. Diario Oficial 48.263 del 24 de noviembre de 2011.

CONGRESO DE COLOMBIA. “Ley 1826 del 12 de enero de 2017”. *Por medio de la cual se establece un procedimiento penal especial abreviado y se regula la figura del acusador privado*. Diario Oficial No. 50.114 del 12 de enero de 2017.

CONSEJO NACIONAL LEGISLATIVO. “Ley 61 de 1886”. *Provisional sobre organización y atribuciones del Poder Judicial y el Ministerio Público y algunos procedimientos especiales*. Diario Oficial 6.881 – 6.882 del 5 de diciembre de 1886.

CONVENCIÓN NACIONAL. *Constitución Política de los Estados Unidos de Colombia de 1863*. Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=13698>

DELEGATARIOS DE LOS ESTADOS COLOMBIANOS. *Constitución Política de la República de Colombia del 5 de agosto de 1886*. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7153#14>

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. “Decreto 01 de 1984”. *Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo*. Diario Oficial 36439 del 10 de enero de 1984.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. “Decreto 409 del 27 de marzo de 1971”. *Por el cual se introducen reformas al Código de Procedimiento Penal y se codifican todas sus normas*”. Diario Oficial No. 33.303 del 3 de mayo de 1971.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. “Decreto 50 del 13 de enero de 1987”. *Código de Procedimiento Penal*. Diario Oficial No. 37.754 del 13 de enero de 1987.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. “Decreto 2700 del 30 de noviembre de 1991”. *Por el cual se expiden las normas de Procedimiento Penal*. Diario Oficial No. 40.190 del 30 de noviembre de 1991.

SENADO Y CAMARA DE REPRESENTANTES DE LA NUEVA GRANADA. *Constitución de la República de Nueva Granada de 1843*. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=13695>.

SENADO Y CÁMARA DE REPRESENTADANTE DE LA NUEVA GRANADA. *Constitución de la República de Nueva Granada del 20 de mayo de 1853*. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=13696>.

## **DOCUMENTOS OFICIALES**

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. “Proyecto de Ley 48 de 2015”. *Por medio de la cual se definen las contravenciones penales, se establece un procedimiento especial abreviado para ellas y se regula la figura del acusador privado*”. Gaceta del Congreso No. 591 del 12 de agosto de 2015.

## **JURISPRUDENCIA**

CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C – 293 de 1995*. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C – 399 del 7 de septiembre de 1995.*  
Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia T – 881 del 17 de octubre de 2002.*  
Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C – 591 del 9 de junio de 2005.*  
Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C – 1154 de 2005.* Magistrado  
Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C – 1177 del 17 de noviembre de 2005.* Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C – 454 del 7 de junio de 2006.*  
Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C – 209 del 21 de marzo de 2007.*  
Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C – 396 del 23 de mayo de 2007.*  
Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C – 536 del 28 de mayo de 2008.*  
Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería.

CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C – 879 del 10 de septiembre de 2008.*  
Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C – 025 del 27 de enero de 2009.*  
Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C – 144 del 3 de marzo de 2010.*  
Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez.

CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C – 127 de 2011*. Magistrado Ponente: María Victoria Calle Correa.

CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C – 260 del 6 de abril de 2011*. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia T – 582 del 11 de agosto de 2014*. Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa.

CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C – 591 del 20 de agosto de 2014*. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de casación penal. Sentencia del 13 de mayo de 2009. Magistrado Ponente. Julio Enrique Socha Salamanca. Radicado 31.362.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 5 de octubre de 2011. Magistrado Ponente: José Leónidas Bustos Martínez. Expediente 30.592.