

Fecha de recepción: 23 de marzo de 2018

Fecha de aceptación: 15 de abril de 2018

Referencia: ESPINEL RICO, Camilo Ernesto. *El Ministerio Público En El Sistema Penal Acusatorio Colombiano*. (2018) Universidad de Nariño: Revista Científica CODEX. Vol. 4. Núm. 6. Disponible en: [revistas.udenar.edu.co/index.php/codex](http://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex)

## RESUMEN

El presente artículo ha tenido por finalidad plantear una serie de argumentos sobre la particular intervención del Ministerio Público en el sistema Penal Acusatorio Colombiano resaltando que, dadas las particularidades de este interviniente y las facultades conferidas al mismo, no existe un referente similar en legislaciones extranjeras situación que permite afirmar que su concepción, en el modelo acusatorio Colombiano, es sui generis lo que ha implicado desnaturalización de las bases de lo que se pretende sea un sistema acusatorio. De esta manera se busca identificar las características del sistema penal acusatorio, los antecedentes del Ministerio Público, las razones para que este interviniente desarrolle su función en sistema penal acusatorio colombiano y verificar la posición jurisprudencial al respecto.

---

<sup>30</sup> Artículo de reflexión.

<sup>31</sup> Abogado, Universidad Libre de Colombia, seccional Cúcuta. Especialista en Derecho Penal Universidad Autónoma de Bucaramanga (UNAB), Magister en Derecho Penal Universidad Libre de Colombia, Especialista en Casación Penal Universidad La Gran Colombia. Especialista en Derecho Constitucional Universidad Libre seccional Cúcuta, Integrante del Grupo JUPRO de la Universidad de Pamplona. Docente investigador de la Universidad de Pamplona. [camiloespinel\\_abg@hotmail.com](mailto:camiloespinel_abg@hotmail.com)

## **PALABRAS CLAVE:**

Persecución Penal. Acusatorio, Ministerio Público, Acción Penal.

## **ABSTRACT**

The present article has the purpose to raise a series of arguments about the particular intervention of the Public Ministry Office in the Colombian Criminal Accusatory system. Emphasizing that given the particularities of this intervener and the powers conferred thereto, there is no similar reference in foreign legislations. That allows to affirm that its conception, in the Colombian accusatory model, is *sui generis* which has implied denaturalization of the foundations of what is intended to be an accusatory system. In this way, it is sought to identify the characteristics of the accusatory criminal system, the background of the Public ministry Office, the reasons for this intervener to develop the function in the Colombian accusatory criminal system and to verify the jurisprudential position in this regard.

## **KEY WORDS**

Criminal prosecution. Accusatory, Public Ministry, Criminal Action.

## **1. INTRODUCCIÓN**

En las perspectivas de las sociedades políticamente organizadas bajo la forma de un Estado de derecho, la comisión de un hecho delictivo desencadena una reacción por parte del poder público, a la que, de forma sintética, se puede denominar persecución penal. Por persecución penal hay que entender el conjunto de actuaciones que desarrollarán los poderes públicos, en cuanto Tienen conocimiento de la comisión de una conducta punible, que permitirán, en Último término, operar la consecuencia jurídica prevista sobre quien resulte ser responsable, de conformidad con las circunstancias concurrentes en el caso concreto.

En el sistema acusatorio, que es la forma que actualmente se ha venido adaptando en los ordenamientos jurídicos occidentales del tipo civil law, se ha asumido, en especial en Iberoamérica, que la investigación estará cargo del Ministerio Público.

El problema es evitar que esa institución del Ministerio Público se convierta en ineficaz o arbitraria, o ambas cosas. El éxito de la reforma procesal penal depende de su capacidad de desmontar la muy extendida idea de que existe un juego de suma cero entre garantías y eficiencia. Es decir, que todo lo que se gana en términos de garantías, de respeto de los derechos, debe hacerse a costa de sacrificar eficiencia. Los antiguos sistemas inquisitivos ya demostraron que era falsa esta afirmación, pues como se sabe sus resultados eran tan magros en el respeto a los derechos como en términos de eficiencia en la persecución y sanción del delito. Ahora la exigencia es para los nuevos sistemas reformados demostrar que son capaces, respetando la presunción de inocencia, el derecho a defensa y todos los otros derechos básicos involucrados, de responder frente al crecientemente importante fenómeno de la delincuencia.

En Colombia desde el año 2004, con la implantación de un nuevo sistema de procedimiento penal de tendencia acusatoria, se ha observado como la figura del Ministerio Público ha representado una serie de dificultades en el desarrollo del modo adversarial que le es propio a este tipo de procedimiento. Esta situación ha ocasionado una serie de jurisprudencias

contradictorias y de actuaciones procesales que generalmente rompen el equilibrio entre las partes.

En base a lo anterior, que da origen al presente estudio de carácter documental, que estima las razones de necesidad para la existencia del Ministerio Público, en el actual sistema procesal penal. El análisis parte de la estructura del modelo penal acusatorio, su naturaleza, facultades y principios rectores que sustentan las actuaciones procesales de los intervinientes y que para su desarrollo metodológico, se hizo uso de la doctrina, la jurisprudencia y de referencias internacionales, pudiendo identificar las características de otros sistemas procesales de corte acusatorio.

Frente a esto, este artículo establece una serie de objetivos generales y específicos que buscan llevar a cabo la ejecución del problema de investigación. Se ha planteado como objetivo general del presente documento investigativo, determinar la necesidad del Ministerio público en el sistema acusatorio Colombiano. El camino a recorrer para alcanzar la meta propuesta, implica alcanzar los siguientes objetivos específicos: (i) identificar las características del sistema penal acusatorio Colombiano (ii) identificar los antecedentes del Ministerio público en el sistema penal colombiano y (iii) analizar las facultades de ministerio público en el sistema penal acusatorio.

## **2. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN**

Al carecer de referentes internacionales y ser ajeno al sistema Penal acusatorio, de acuerdo a las funciones que en Colombia se le han asignado, es necesario elevar el cuestionamiento referente a si es fundamental la presencia del Ministerio Público Colombiano o si, por el contrario, la concepción sui generis de esta figura en Colombia, constituye un desarrollo de los principios acusatorios y las garantías procesales.

### 3. METODOLOGÍA DE INVESTIGACIÓN

La metodología seleccionada como herramienta para la consecución de objetivos obedece al enfoque cualitativo con una técnica de revisión documental mediante el fichaje, fundamentada en los principios del enfoque hermenéutico. Para Ávila (2006) este tipo de investigación “consiste en la selección y recopilación de información por medio de la lectura y crítica de documentos y materiales bibliográficos de bibliotecas, hemerotecas, centros de documentación”. Por su parte, Vélez y Galeano (2002) definen la investigación documental como aquella donde “se recupera y trasciende reflexivamente el conocimiento acumulado sobre determinado tema para develar desde ella, la dinámica y lógica presentes en la descripción, explicación o interpretación que los fenómenos en cuestión hacen los teóricos o investigadores”.

Por su parte el enfoque hermenéutico como expone Gadamer (2012), permite la óptima interpretación de un texto, ya que se fundamenta en evitar la arbitrariedad y los criterios subjetivos del intérprete o investigador, centrándose únicamente en el contenido de los textos o eventos que se quieren interpretar. La relación existente entre el enfoque hermenéutico y la investigación revisión documental, se sustenta en las características básicas de estos: la vivencia humana y la práctica diaria como fuentes del conocimiento, la necesidad de inmersión por parte del investigador, la no teorización innecesaria de la actividad humana, y la no confusión entre la teoría sobre la actividad y la actividad misma, con un carácter primordial, la necesidad de que toda actividad estudiada sea revisada dentro del contexto en el que toma lugar. Estos elementos convierten al enfoque hermenéutico en un método idóneo para la presente investigación, al permitir la óptima recolección de información a partir de los principios que sustentan el sistema penal acusatorio, los antecedentes de la figura estudiada y sus facultades al interior del proceso penal.

## 4. APROXIMACIONES TEÓRICAS

### 4.1. Principios y Garantías Constitucionales en el proceso penal

En la Constitución se encuentran consagrados un conjunto de derechos, principios y garantías que configuran un modelo de proceso. La tutela efectiva (art 86) y el debido proceso (art. 29), se instituyen como derechos fundamentales pero a la vez como garantías de protección de los derechos frente a los poderes del Estado, los derechos son reconocidos como en los artículos 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 37 y 40 son de aplicación y exigencia inmediata. El proceso es definido como un instrumento de realización de la justicia.

Se ha justificado que el proceso penal se construye como consecuencia de la necesidad de asegurarle a todos, la libertad y la igualdad, en especial para moderar la superioridad del Estado dentro del mismo, por lo que surge el compromiso de establecer normas y mecanismos que limiten ese poder y se pueda cuestionar la actividad y decisiones del juez y demás funcionarios que actúan en el proceso. Con mayor razón, en este proceso, puesto que está en juego la dignidad humana, éste debe asumirse con una visión altamente garantista. Conviene señalar, en primer orden, la función limitadora que sobre el sistema penal ejercen los derechos humanos, pues debe ser claro que es la garantía sobre ellos el fin básico y esencial del sistema jurídico<sup>32</sup>. En este

---

<sup>32</sup> GÓMEZ LÓPEZ, Jesús O. (2000), Aproximaciones a un concepto democrático de culpabilidad. Bogotá: Editorial Doctrina y Ley, p. 102. GIMENO SENDRA, Vicente., Derecho Procesal Penal, Madrid, Editorial Colex, 2004 p. 61, argumenta que “el derecho fundamental a la libertad no se podría hacer valer con eficacia dentro del proceso, si no existieran otros derechos fundamentales de incidencia procesal, que, aunque no de modo exclusivo (Véase art. 18 CE), se encuentran contenidos esencialmente en el art. 24, de entre los cuales el más importante es el derecho a la defensa”

sentido el derecho Penal está sometido a la Constitución (art. 4 C Col, art. 7 CRBV, art. 9.1 y 3 CE)

El sistema Procesal Penal de Corte acusatorio introducido en el ordenamiento jurídico Colombiano a través del acto legislativo 003 de 2002, fue producto de la necesidad evidente de crear un procedimiento expedito, ágil y que evidenciara el respeto a los derechos y garantías de todos los intervinientes en el proceso penal, rindiendo culto a la consagración y respeto de Derechos y garantías contemplados en la constitución Política Colombiana.

Ha indicado la Honorable Corte Constitucional,<sup>33</sup> que los principios reguladores de la acción penal en Colombia, siguen gozando de rango constitucional, se interpretan a la luz de las disposiciones relevantes de los instrumentos internacionales de derechos humanos que vinculan a Colombia (art. 93, C.P.), y deben ser desarrollados, por mandato de la Constitución, y \_del acto mismo Acto Legislativo 003 de 2002, a través de disposiciones legales orientadas a precisar su alcance y contenido específicos en el contexto del procedimiento penal. Aunque bien señala Vásquez J., (2007) sobre la significancia de estos, son diversas las interpretaciones que se pueden desarrollar:

*“Mientras que por su acepción lingüística pueda entenderse como principio, “la primera parte de una cosa o acción, la base o fundamento de algo, las nociones primeras de una ciencia, el concepto o idea fundamental que sirve de base a un orden determinado de conocimientos o sobre la que se apoya un razonamiento”; y como Valor, “lo que una determinada moral establece como ideal”. Dentro de las áreas del saber cómo la filosofía del derecho y la teoría jurídica, estos*

---

<sup>33</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-592 de 2005; Magistrado Ponente: TAFUR GALVIS, Álvaro. Radicado: D-5412

*preceptos pueden representar un criterio fundante dentro de un sistema normativo.”*

En Colombia, los principios reguladores, como fundantes del procedimiento penal, están consagrados en el acto legislativo 003 de 2002, desarrollado en la ley 906 de 2004, como menciona Vásquez J., (2007) pg 78, el avance legislativo de lo que se ha denominado bajo el *nomen juris* de “*Título Preliminar*” dentro del Código de Procedimiento Penal, no es otra cosa que “*la continuación de un intitulado dentro del cual se consignan los preceptos axiológico-normativos que el legislador a impreso al sistema de enjuiciamiento penal colombiano.*”.

A continuación se relacionan algunos principios que por su incidencia en el tema de investigación es pertinente resaltar.

a) Principio de legalidad.

El principio de legalidad implica el respeto y acatamiento de las normas, especialmente aquellas pre existentes a la comisión de la conducta, distinguiéndose dos criterios fundamentales, la mera legalidad y la estricta legalidad (Ferrajoli, 2009). Esta última desarrolla una serie de garantías derivadas, como: la garantía criminal, jurisdiccional, ejecutiva o penitenciaria (Fernández, 2011). Beccaria, en su obra *De los delitos y las penas* es uno de los primeros tratadistas que llama la atención sobre el principio de Legalidad, como una reflexión frente al poder punitivo del Estado y la necesidad de limitación, pensamiento que podría considerarse punto de partida del garantismo moderno.

Un ciudadano no se encontrará en el limbo si comete una conducta punible, que dicho sea de paso también es considerada como punible previamente a su realización. En dónde con anterioridad a la misma se establece el procedimiento, las formas y demás situaciones procesales,



implicando que el principio de legalidad, aunado con la concepción del debido proceso, lo componen, entre otros (Ferrajoli, 2009), los siguientes postulados:

Nulla poena sine crimine.

Nullum crimen sine lege.

Nulla culpa sine iudicio.

Nullun iudicium sine acusacione

Nulla acusacione sine probatione.

Nulla probatio sine defensione.

El delito y la pena, deben existir previamente al acto que le es imputado al ser humano, en palabras de López: “El derecho punitivo del estado democrático solo puede criminalizar actos humanos; nadie puede ser juzgado ni condenado sino de conformidad con la ley pre existente al acto que se imputa; por tanto, el objeto de imputación solo puede ser un comportamiento humano, activo u omisivo, realizado como expresión de la conciencia y voluntad del autor, si no hay acto humano no puede haber delito. La misma expresión conducta implica entender que es una manifestación compuesta de una doble estructura, la fase objetiva y la fase subjetiva, configuración objetiva- subjetiva que será recogida en los tipos penales” (2015, p. 32)

Constituyen, a su vez, garantías inherentes al principio de legalidad la siguientes: garantía criminal, que implica que previo a la conducta endilgada deba existir la norma que la ha prohibido, la garantía jurisdiccional, que indica que previo a la comisión d la conducta deba estar asignado el juez competente para juzgar el asunto, garantía penal, que trata de que previo a la ejecución del comportamiento prohibido deba estar establecida la pena a imponer, la garantía de ejecución, que señala que previa a la conducta deba estar establecida la forma como esta ha de purgarse, entre otras. (Mir, S. 2014. Pg. 106)

b) Favorabilidad.

El principio de legalidad, es postulado rector del principio de favorabilidad, el cual implica que en la eventualidad de que coexistan leyes procesales, que regulen una misma situación jurídica, se verificarán los efectos sustanciales y se aplicará la que represente mayores beneficios a la suerte del procesado, conforme lo preceptúa el artículo 6 de la ley 906 de 2004.<sup>34</sup>

La Corte Constitucional también se ha pronunciado al respecto determinado que el principio de favorabilidad constituye un elemento fundamental del debido proceso que no puede desconocerse. El carácter imperativo del inciso segundo del artículo 29 de la Carta no deja duda al respecto y así lo enuncia el Alto Tribunal:

*“Así, en el caso de sucesión de leyes en el tiempo, si la nueva ley es desfavorable en relación con la derogada, ésta será la que se siga aplicando a todos los hechos delictivos que se cometieron durante su vigencia, que es lo que la doctrina denomina ultractividad de la ley. La retroactividad, por el contrario, significa que cuando la nueva ley contiene previsiones más favorables que las contempladas en la ley que deroga, la nueva ley se aplicará a los hechos delictivos ocurridos con anterioridad a su vigencia.”<sup>35</sup>*

La Corte también señala sobre el particular que, tratándose de la aplicación del principio de favorabilidad en materia penal, no hay lugar a distinciones entre normas sustantivas y normas

---

<sup>34</sup> Artículo 6 de la ley 906 de 2004. *“la ley procesal de efectos sustanciales permisiva o favorable, aun cuando sea posterior a la actuación, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.”*

<sup>35</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-592 de 2005. Magistrado Ponente: Dr. TAFUR GALVIS, Álvaro. Radicado: D-5412.

procesales, debido a que el texto constitucional no establece diferencia alguna que permita un trato diferente para las normas procesales.

Como bien lo ha comentado Ronald Jesús Sanabria Villamizar <sup>36</sup>, bajo esta concepción de proceso, es dable valorar las reglas de prueba en términos de coherencia con la producción de conocimiento, pudiendo calificarlas como pro epistémicas, cuando la regla potencializa este fin, neutro o indiferentes al valor verdad y contra epistémicas, cuando la regla dificulta o impide la generación de conocimiento de los enunciados fácticos que son tema de prueba dentro de un proceso determinado (un ejemplo típico de este tipo de reglas sería la exclusión de prueba ilícita relevante).

Un claro ejemplo de aplicación de las instituciones del sistema penal acusatorio, frente a aquellas reguladas por el antiguo sistema procesal penal de la ley 600 de 2000, hace referencia a aquellos casos en los cuales se presentaba para la anterior ley, la sentencia anticipada cuya rebaja, después de la indagatoria y hasta antes de ejecutoriada la resolución de cierre de la investigación, era de 1/3 parte y frente a la nueva regulación de la ley 906 de 2004 que permite una rebaja de la mitad en sede de imputación de cargos presentándose que hay coexistencia de normas que regulan situaciones fácticas similares.<sup>37</sup>

Lo anterior por cuanto la aceptación o allanamiento de cargos como la sentencia anticipada son institutos que dan por terminado el proceso de forma anticipada, proceden de la voluntad libre, consiente y espontánea del procesado y conllevan a una rebaja sustancial, sólo que una es más conveniente que otra, por lo que la rebaja de la ley 906 de 2004, referente al allanamiento o aceptación de cargos en sede de imputación, se aplica por favorabilidad a las situaciones reguladas por la ley 600 de 2000 en donde se presenta la sentencia anticipada

---

<sup>36</sup> SANABRIA VILLAMIZAR, Ronald Jesús. *La Prueba Pericial En El Proceso Penal Colombiano*. Universidad de Nariño: Revista Científica CODEX. Vol. 3. Núm 4. Disponible en: [revistas.udenar.edu.co/index.php/codex](http://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex)

<sup>37</sup> Espinel Rico, C. E., & Clavijo Rangel, S. L. (2017). Criterios para la inaplicación de la Ley 890 de 2004 en delitos con prohibición de beneficios en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 8 (14), 87-114.

Sin embargo, no sólo se han presentado situaciones en que se hace uso del concepto de favorabilidad a una norma posterior a la regulación procedimental penal anterior, asimismo el concepto de favorabilidad puede ser aplicado retroactivamente como ha ocurrido con procesos regulados por la ley 906 de 2004, a los cuales se han aplicado instituciones propias de la ley 600 de 2000, por encontrarse bajo unos mismos presupuestos fácticos, tal y como ha sucedido con el evento de la reparación integral, no contenido en la nueva ley, el cual se juzga en vigencia de la ley 906 de 2004.<sup>38</sup>

La Corte Constitucional se ha referido a dicha situación considerando que la aplicación del principio de favorabilidad es una competencia del juez de conocimiento, en cada caso particular y concreto, pues solo a él le corresponde determinar cuál es la norma que puede beneficiar o favorecer al procesado. Lo cual significa que el referido principio no es predicable frente a normas generales, impersonales y abstractas, como ya ha tenido oportunidad de señalarlo el Alto Tribunal:

*"En principio, el carácter más o menos restrictivo de una disposición penal, por sí misma, no quebranta la Constitución. El principio de favorabilidad, plasmado en el tercer inciso del artículo 29 de la C.P., se dirige al juzgador y supone la existencia de estatutos permisivos o favorables que coexisten junto a normas restrictivas o desfavorables. La aplicación preferente de la norma favorable no significa la inconstitucionalidad de la desfavorable dejada de aplicar, tacha que solo puede deducirse de su autónomo escrutinio frente a la Constitución". (...)*  
*"El juez al asumir la función de intérprete genuino de dos disposiciones penales, igualmente especiales, está positivamente vinculado, como todo hermeneuta en materia penal, por la norma que obliga a optar de manera preferente por la ley*

---

<sup>38</sup> Corte Suprema de Justicia. Abril 13 de 2011. Magistrada Ponente: Dra. GONZÁLEZ DE LEMOS, María del Rosario. Radicado: 35946.

*permisiva o favorable, máxime cuando ésta es posterior en el tiempo y comprende en su contenido la materia tratada por la anterior (C.P. art. 29)”.<sup>39</sup>*

c) Derecho de Defensa.

Una de las condiciones de validez del proceso penal es la plena garantía y respeto del derecho de defensa, que constituye la expresión más evidente de la concepción del debido proceso y que, al interior del sistema penal acusatorio, implica no solo un derecho, sino una serie de derechos y garantías de obligatorio cumplimiento so pena de nulidad e inexistencia de los actos que se desarrollen sin acatamiento.

El ejercicio de la defensa en materia penal comprende dos modalidades, la defensa material y la defensa técnica. La defensa material, es la que ejerce directamente el sindicado; La segunda, la defensa técnica, es la que ejerce en nombre de aquél un abogado escogido por el indiciado, denominado defensor de confianza, o bien a través de la asignación de un defensor público proporcionado directamente por el Estado a través del Sistema Nacional de Defensoría Pública. En el proceso penal con tendencia acusatoria el derecho de defensa se evidencia más claramente con la especificación del principio de “igualdad de armas”. La jurisprudencia constitucional ha sostenido que éste hace parte del núcleo esencial del derecho a la defensa y al debido proceso, y su garantía plena es completamente relevante si se considera que de su ejercicio se deriva la garantía de otros derechos como el de igualdad de oportunidades e instrumentos procesales, en palabras de la Corte Constitucional:

---

<sup>39</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-371 de 2011. Magistrado Ponente: Dr. VARGAS SILVA, Luis Ernesto. Radicado: D-8301.

*“El principio de igualdad de armas “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>40</sup>*

Hace parte de esta garantía fundamental el derecho a guardar silencio, a no auto incriminarse, la inmunidad penal, a entender los cargos que se presentan, a contar con un profesional del derecho que ejerza la defensa técnica, a conocer, presentar y controvertir las pruebas que se presenten en contra, a tener un juicio público, concentrado y con inmediación de las pruebas y a renunciar a algunos de estos derechos, en la eventualidad de negociaciones o allanamiento de cargos.

d) Principio dispositivo.

Éste principio, considerado pilar fundamental del proceso civil<sup>41</sup>, encuentra sustento en el proceso penal acusatorio colombiano al establecerse, en un primer momento, la necesidad de que existan sustento en las decisiones que se adopten, y, en un segundo momento, al prohibirle al juez la posibilidad de decretar pruebas de oficio.<sup>42</sup>

En las diferentes actuaciones que requieren afectación de derechos y garantías fundamentales, se exige que el Juez al momento de adoptar su decisión adquiriera un grado de conocimiento

---

<sup>40</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-127 de 2011. Magistrado Ponente: Dra. CALLE CORREA, María Victoria. Radicado: D-8228.

<sup>41</sup> Palacios, citado por Aguirrezabal, lo define como “aquel en cuya virtud se confía a la actividad de las partes tanto el estímulo de la función judicial como la aportación de materiales sobre los que ha de versar la decisión del juez.”

<sup>42</sup> **ARTÍCULO 361. Ley 906 de 2004. PROHIBICIÓN DE PRUEBAS DE OFICIO.** En ningún caso el juez podrá decretar la práctica de pruebas de oficio.

determinado a partir de la interpretación de elementos materiales probatorios, siguiéndose la fórmula de exigir inferencia razonable a partir de estos o la exigencia de motivos fundados que sustenten su decisión.

Lo anterior implica que en el sistema penal acusatorio quien solicite pronunciamiento judicial para resolver una situación específica deba apoyar sus pretensiones con elementos de convicción<sup>43</sup> so pena de que sus argumentaciones sean consideradas especulaciones máxime cuando existe, como se indicó, una expresa prohibición hacia el funcionario judicial de ejercer pruebas de oficio situación que lleva a que cada parte sea activa y ejerza labores tendientes a demostrar sus afirmaciones.

Pese a lo anterior esta postura ha sido aclarada por la corte suprema de justicia en lo referente estableciendo excepciones al decreto de pruebas de oficio permitiéndose éstas, excepcionalmente, al trámite del incidente de reparación integral, la acción de revisión, al ejercicio del juez de control de garantías y aquellas necesarias en sede de ejecución de la sentencia.<sup>44</sup>

#### e) Derecho a un proceso justo

---

<sup>43</sup> El principio dispositivo constituye un pilar fundamental del proceso civil, en virtud del cual se entiende que la tutela jurisdiccional de los derechos e intereses solo puede iniciarse a petición de parte. Tanto la iniciación del proceso como el contenido del objeto del mismo corresponde configurarlo exclusivamente a las partes, ello sin perjuicio de la facultad del juzgador para hacer un ajuste razonable a los pedimentos de los litigantes, siempre que no altere el tema discutido. Aguirrezabal, Maite, El principio dispositivo y su influencia en la determinación del objeto del proceso<sup>[1]</sup> en el proceso civil chileno. Revista de derecho Privado, n.o 32, enero - junio de 2017.

<sup>44</sup> Al respecto puede consultarse el auto AP2356-2018 del 30 de mayo de 2018. Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente Dr. Eugenio Fernandez Carlier, sobre la posibilidad de Decretar Pruebas de oficio en el incidente de reparación integral, la acción de Revisión, etc...

Bajo la denominación del debido proceso (due process of law)<sup>45</sup>, la nueva cultura jurídica engloba, al comenzar el siglo XXI, el conjunto de garantías que aseguran los derechos del ciudadano frente al poder judicial y que establecen los límites al poder jurisdiccional del Estado para afectar los derechos de las personas.<sup>46</sup> Tal vez, no es exagerado afirmar que el debido proceso al juicio imparcial, transparente e idóneo es el instrumento más importante del ser humano en defensa de su vida, libertad, valores, bienes y derechos. Es importante destacar que conforme al artículo 49 de la Constitución Nacional, el artículo 14 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de las Naciones Unidas, de 1966 y el artículo 8 de la Convención americana sobre derechos humanos, de 1969, el debido proceso no se aplica exclusivamente a la actuación judicial (civil, penal, contencioso-administrativo, laboral, agraria, familia, constitucional, penal- militar) sino también a las administrativas, incluso en las actuaciones de particulares en que se ventilen derechos.

Partimos de la idea del proceso penal como algo mucho más complejo, es un centro de recolección epistémica, es el momento en el que se debe centrar toda la atención de los participantes en el juicio para que al juzgador le llegue.<sup>47</sup> El debido proceso se estatuye como

---

<sup>45</sup> A partir de la quinta y sexta enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, de 1781, prácticamente todas las constituciones de los estados democráticos incorporaron las garantías del debido proceso y el juicio público equitativo e imparcial y les confirieron rango de derecho fundamental. Empero, ese derecho fundamental no fue respetado en Europa por las tiranías nazi de ADOLF HITLER en Alemania y fascista de BENITO MUSSOLINI en Italia, y en países de otros continentes por las dictaduras imperantes.

<sup>46</sup> GARRIDO de CÁRDENAS, Antonieta. ““El debido proceso como derecho fundamental en la constitución de 1999 y sus medios de protección”, en Bases y principios del sistema constitucional venezolano, 2 Tomos. Ponencias del VII Congreso Venezolano de Derecho Constitucional. San Cristóbal, 2001. tomo I, p. 130. expresa la autora que “ 1) El debido proceso se consagra como derecho individual de carácter fundamental, integrado por un conjunto de garantías constitucionales de naturaleza procesal, que permiten su efectividad, 2) El debido proceso, se encuentra cimentado sobre la base de que se garantice al individuo por parte del Estado, un procedimiento justo, razonable y confiable en el momento que se imponga su actuación ante los órganos administrativos o jurisdiccionales.

<sup>46</sup> GARRIDO de CÁRDENAS, Antonieta. ““El debido proceso como derecho fundamental en la constitución de 1999 y sus medios de protección”, en Bases y principios del sistema constitucional venezolano, 2 Tomos. Ponencias del VII Congreso Venezolano de Derecho Constitucional. San Cristóbal, 2001. tomo I, p. 130. expresa la autora que “ 1) El debido proceso se consagra como derecho individual de carácter fundamental, integrado por un conjunto de garantías constitucionales de naturaleza procesal, que permiten su efectividad, 2) El debido proceso, se encuentra cimentado sobre la base de que se garantice al individuo por parte del Estado, un procedimiento justo, razonable y confiable en el momento que se imponga su actuación ante los órganos administrativos o jurisdiccionales.

<sup>47</sup> PÁEZ JAIMES, Juan Camilo. La Invalidez Lógico-Jurídico De La Aplicación De La Dinamización De La Carga De La Prueba En El Proceso Penal Colombiano Permitida Por La Sala Penal De La Corte Suprema De Justicia. Universidad de Nariño: Revista Científica CODEX. Vol. 3. Núm. 4. Págs. Xxx a xxx. Disponible en: [revistas.udenar.edu.co/index.php/codex](http://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex)



una garantía y un derecho fundamental. Como garantía en cuanto recoge el proceso como tutela efectiva de los derechos y que aquel debe movilizarse bajo la legalidad del obrar y la fundamentación adecuada de cada una de sus resoluciones. Como derecho en cuanto pertenece a la esfera fundamental de la persona y constituye un mandato para los jueces y cualquiera otra autoridad (poder), sea de la naturaleza que sea, abarcando incluso las relaciones entre particulares.<sup>48</sup>

En diversos autores se encuentra una aproximación a la definición del debido proceso siempre relacionándolo con las garantías que deben darse para que haya un proceso satisfactorio de justicia, así nos dice VILLAMIL PORTILLA "La doctrina define el debido proceso como la suma de garantías que protegen al ciudadano, sometido a cualquier proceso, aquellas le aseguran a lo largo de la actuación una recta y cumplida administración de justicia, la seguridad jurídica y la emisión de las resoluciones judiciales conforme a derecho"<sup>49</sup>.

Lo establecido en el artículo 29 de la Constitución colombiana, forma un grupo de garantías procesales que sin duda tienen el carácter de derechos fundamentales<sup>50</sup>. Estos principios son

---

<sup>48</sup> IBÍDEM, p. 130. "El debido proceso, debe entenderse como derecho fundamental, que en materia procesal constituye piedra angular del Estado de Derecho. Cuenta con una doble finalidad: por una parte proteger los derechos fundamentales dentro de una relación procesal; y por la otra obtener del órgano al que compete una decisión no solo justa y razonable sino fundamentalmente confiable. Tal como está diseñado en la Constitución de 1999, el debido proceso bajo una óptica material, se erige como un derecho garantizador, y valga la redundancia, de garantías procesales, en consecuencia, es un límite frente al actuar de los órganos procedimentales (inclúyase en esta denominación administrativos y/o jurisdiccionales), y bajo una óptica formal, se consuma por la exigencia del cumplimiento de ciertos actos dentro del proceso cualesquiera sea su oportunidad y naturaleza".

<sup>49</sup> VILLAMIL PORTILLA, Edgardo. Teoría Constitucional del Proceso, Bogotá: Editorial Doctrina y Ley, 1999, p. 50.

<sup>50</sup> ORGANISMOS INTERNACIONALES. El debido proceso y el derecho a un juicio justo e imparcial, tal como se ha analizado en páginas anteriores, están amparados bajo el nombre de "garantías judiciales" en los artículos 14 y 15 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de las Naciones Unidas, de 1962; los artículos 8 y 9 de la Convención Americana sobre derechos humanos o "Pacto de San José", de 1969 y el artículo 6 de la Convención Europea para la protección de derechos humanos y libertades fundamentales, de 1950. En todo caso hay muchos organismos internacionales vigilando el cumplimiento del respeto a los derechos humanos, tales como: La comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de las Naciones Unidas, el Comité contra la Tortura, la Subcomisión de Prevención de discriminaciones y protección a las minorías, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Amnistía Internacional (AI), Pax Christi, Human Rights Watch, Comisión Andina de Juristas, Comisión Internacional de Juristas, Asociación de juristas demócratas, etc.

aplicables al conjunto de actos que conformen un expediente, pleito o proceso, abarcando tanto el ámbito judicial como el administrativo y el privado.

Finalmente, en este punto debe decirse que las garantías constitucionales procesales que conforman el debido proceso están íntimamente conectadas con la satisfacción del modelo político que las inspiran, esto es, con el Estado democrático; por supuesto, con el modelo jurídico-político del Estado democrático y social de derecho y de justicia; lo que significa que basta que ande mal dicho modelo, y ello se reflejará en el proceso. Por ejemplo, si hay irrespeto a la autonomía e independencia del poder judicial y del juez, es posible, entonces, la sumisión del juez al poder dominante y no existirá una justicia imparcial. El poder Judicial tiene que administrarse, organizarse y funcionar sin injerencia de los otros poderes para mantener la garantía del equilibrio entre poderes, de la efectividad de los derechos constitucionales y de una justicia transparente, idónea e imparcial.

En palabras de Sanabria: “la finalidad del Constituyente fue establecer un mecanismo jurídico de corte sancionador que tuviera la idoneidad de disuadir a los agentes estatales de cometer actos contrarios a los derechos fundamentales constitucionales para obtener evidencia útil para criminalizar a la delincuencia”<sup>51</sup>

#### f) Principio Acusatorio

En principio tenemos que la Constitución al consagrar la presunción de inocencia como derecho fundamental, impone a la acusación la carga de aportar las pruebas incriminatorias; pero,

---

<sup>51</sup> Sanabria Villamizar, R. J. (Julio-Diciembre de 2014). Teleología de la cláusula de exclusión en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 5(9), (83-110)

además, del art 29 constitucional se deriva la existencia de un sistema acusatorio que rige nuestro derecho penal y según el cual no hay condena sin acusación.

Se realiza sobre la base de la acusación, sin perjuicio de las garantías procesales reconocidas por la Constitución y los Tratados de Derecho Internacional de Derechos Humanos aprobados y ratificados por el País. En el sistema acusatorio el juez queda dispensado de la iniciativa de la persecución penal y, por consiguiente, a diferencia del juez instructor inquisidor no se auto-propone la materia del juicio la cual, por el contrario, se le presenta como contenido de la acusación que se postula y sostiene por persona distinta del juez. El acusador y el acusado; concurren ante el juez en igualdad de derechos y obligaciones, y el juzgamiento generalmente se hace en libertad hasta el pronunciamiento de la sentencia.

Consiste en la potestad del titular del ejercicio de la acción penal de formular acusación ante el órgano jurisdiccional penal, con fundamentos razonados y basados en las fuentes de prueba válidas, contra el sujeto agente del delito debidamente identificado. La dimensión práctica del acusatorio se concreta mediante el acto procesal penal que se denomina acusación. Sin acusación previa y válida no hay juicio oral. El órgano jurisdiccional no puede iniciar de oficio el juzgamiento. La acusación válidamente formulada y admitida produce eficacia (efecto) vinculante. Su fundamento es la idea rectora de que sin previa acusación es imposible jurídicamente el advenimiento del juzgamiento oral, público y contradictorio.

En virtud del principio acusatorio se reconoce nítidamente la separación de funciones para el desarrollo del proceso penal: al Fiscal le corresponde la función demandante, la función persecutoria del delito, por ello es el titular del ejercicio de la acción penal pública y de la carga de la prueba. Asume la conducción de la investigación desde su inicio (art. 200 NCPP) y está obligado a actuar con objetividad, indagando los hechos constitutivos de delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado, con esa finalidad conduce y controla jurídicamente los actos de investigación que realizan los órganos de policía.

En tanto que al órgano jurisdiccional le corresponde la función decisoria, la función de fallo; dirige la etapa intermedia y la etapa de juzgamiento; le corresponde resolver los conflictos de contenido penal, expidiendo las sentencias y demás resoluciones previstas en la ley. Este esquema supone la intervención de un acusador activo que investiga y requiere y de un tribunal pasivo, un árbitro entre las partes que controla y decide, preservando la efectiva vigencia de la imparcialidad judicial. Un fiscal que investiga sólo en la etapa preliminar, en plazos determinados y que tiene que acusar en base a elementos de convicción, En este sistema el Juez asume su rol de garante de la vigencia plena de los derechos humanos, este principio acusatorio tiene como finalidad principal realizar la garantía de imparcialidad del tribunal, esto es la actuación objetiva del tribunal, limitada a las tareas decisorias que no se comprometen con la hipótesis persecutoria.

El contenido intrínseco al principio acusatorio, es la necesidad del requerimiento del fiscal para iniciar el procedimiento, se trata de una exigencia que impide que el tribunal inicie de oficio a la investigación o someta a proceso al imputado de oficio. El juez por iniciativa propia no puede investigar o poner en marcha o impulsar el proceso. En consecuencia, el Principio Acusatorio implica la necesaria diferencia entre el ejercicio de la acción penal y el ejercicio de la potestad jurisdiccional, aunque ambas tienen una finalidad convergente: aplicar la ley penal en forma justa y correcta. Hay una diferenciación teórica, normativa y práctica entre la potestad persecutoria y la potestad jurisdiccional, por ello el titular de la potestad persecutoria del delito, del ejercicio público de la acción penal es el fiscal; en tanto que al Poder Judicial le corresponde exclusivamente dirigir la etapa intermedia y la etapa procesal del juzgamiento.

Implica también, que no se pueda condenar más allá de los hechos fijados en la acusación, de suerte que debe haber una correlación entre acusación y sentencia. Además, conlleva, en caso de impugnación, que no pueda agravarse la situación del recurrente (prohibición de la reformatio

in peius), a menos que la parte contraria haya introducido impugnación por considerarse agraviado con la sentencia.

La doctrina entiende el principio acusatorio como aquel que se lleva a cabo con base a una acusación por hechos calificados, por la ley, como punibles, rodeado de una serie de derechos y garantías<sup>56</sup>, es una definición simple. GIMENO SENDRA expresa que el principio acusatorio responde a los siguientes caracteres: a) atribución de la instrucción y juicio oral a órgano judicial diferentes, b) distribución de las funciones de acusar y juzgar, c) correlación entre acusación y fallo, y d) prohibición de la reformatio in peius.

El principio acusatorio en el sistema democrático y Estado constitucional supone un proceso con todas las garantías, siendo su esencia la separación de las funciones acusadoras y las decisoras, en las cuales se enfrentan las partes en igualdad de armas.

#### 4.2.El Ministerio Público y algunos referentes internacionales.

##### 4.2.1. Italia

Así pues,, sería de vital importancia señalar la experiencia italiana que adoptó un sistema adversarial siguiendo la senda tomada por Alemania con la Ordenanza Procesal, que otorgó atribuciones exclusivas al Ministerio Público en la investigación (Indagazione Preliminare), siendo esta indagatoria preparatoria sujeta a escrutinio por parte de juez de la investigación (Giudice per la indagine preliminare).

La vía italiana del Pubblico Ministero constituye una de las aportaciones más originales y a la vez discutidas en el actual contexto europeo. El vigente ordenamiento jurídico italiano relativo

al Ministerio Público, que arranca del decreto sobre organización judicial de 1941 y de la Constitución de 1947, configura al fiscal, en líneas muy generales, como un magistrado que, sin formar parte del Poder Judicial, goza de las mismas garantías que la magistratura, desvinculado del Poder Ejecutivo, sin una dependencia jerárquica nacional sino territorial y con una fuerte intervención en el proceso penal<sup>52</sup>. El Ministerio Público de Italia posee, como en la mayoría de los países de Europa Continental, el monopolio de la acción pública.

Otro aspecto interesante del Ministerio Público de Italia va en el sentido de su pertenencia al Poder Judicial, y dada su dimensión persecutora, los magistrados en Italia se dividen en Magistrados requeridores y Magistrados Juzgadores. Siendo el Ministerio Público un órgano absolutamente independiente de los jueces, y a lo interno del MP no existen jerarquía entre sus miembros, todos tienen el mismo rango, sin embargo, eso no impidió a que en el organigrama institucional se estableciera una relación de subordinación entre sus miembros por razones eminentemente prácticas.

Uno de los principios que rigen al Ministerio Público italiano, que coincide a la de otros países corresponde al de oportunidad, del cual, su aplicación se sujeta a limitaciones (reglado) y bajo control judicial. La negociación (Patteggiamento) la promueve el Ministerio Público en la audiencia preliminar e implica renunciar al juicio para que al imputado se le imponga una pena negociada o libertad bajo ciertas condiciones. Este procedimiento se aplica en aquellas infracciones penales que no superen los 5 años.

Si hubiera que elegir una palabra para definir en conjunto al modelo italiano de Ministerio Público, esa palabra sería, sin duda, la independencia. El modelo italiano de Ministerio Público se construye sobre una independencia política, una importante autonomía orgánica interna, una

---

<sup>52</sup> FLORES PRADA, Ignacio. Poder de acusar y el Modelos de Ministerio Público. El Ministerio Público en Italia. Sevilla. Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, s/f.

clara independencia en la dirección de la investigación y en el ejercicio de la acción penal, y una cierta independencia personal de cada uno de los miembros del Ministerio Público.

#### 4.2.2. Francia

En el modelo francés, que aún conserva el procedimiento mixto de instrucción preparatoria, el Ministerio Público juega un papel eminentemente subsidiario en materia criminal, pues es sabido que al juez de instrucción criminal, la ley le encarga la investigación de los hechos punibles catalogados como crímenes.

El Ministère public francés (también denominado Parquet)<sup>53</sup> es un órgano con rango de autoridad compuesto principalmente por magistrados —a veces representado por otras personas, como los funcionarios de la policía— que ejerce la acción pública contra las infracciones que hayan causado algún problema de orden público, y que vela por los intereses más generales de la población ante todas las jurisdicciones del ordenamiento judicial. Se encarga de emprender acciones penales y tiene el cometido de acusar (o no acusar). En Francia, está bajo la jerarquía del poder político a través del Ministro de Justicia (Garde des Sceaux) y la Dirección de Asuntos Penales e Indultos.

Sin embargo, en materia correccional la Ley le faculta al Ministerio Público la dirección de la investigación, apoderando la jurisdicción de juicio de manera directa porque en materia correccional no existe un juez instructor.

---

<sup>53</sup> El término Parquet procede del francés antiguo y su significado era parque pequeño o cercado: “Le parquet désigne le lieu où se tenaient les magistrats du Ministère Public : l’enceinte dans la grand chambre délimitée sur trois côtés par les sièges des juges et sur le quatrième par la barre, ce cœur de la salle, un espace clos et sacré, petit parc ou parquet” (Ministère de la justice et des libertés [www.justice.gouv.fr/index.php?rubrique=10050&ssrubrique=10288&article=11910](http://www.justice.gouv.fr/index.php?rubrique=10050&ssrubrique=10288&article=11910))

El Ministère public representa los intereses de la sociedad y con vistas a ello ejerce la acción pública (es decir, emprende las diligencias oportunas en tanto que demandante, interviniendo en el proceso como una parte principal). Actúa tanto en la fase de instrucción como durante el juicio. En el ámbito civil actúa de dos formas: como parte principal (como acusación o defensa) de oficio o en los casos especificados por la ley, o a favor de la defensa del orden público; o como parte interviniente cuando interviene para dar a conocer su parecer respecto a la aplicación de la ley en un asunto en el que tenga comunicación<sup>54</sup>.

Asimismo, los servicios de la policía judicial están a disposición del Ministère public a fin de investigar las infracciones, lo que le permite decidir o no la puesta en marcha de la acción pública.

En el país galo, los miembros del Ministerio Público pertenecen al Poder Judicial, pero esto no quiere decir que le deben lealtad a ese poder, puesto que están ligados por medio de una dirección jerárquica con el Ministerio de Justicia, institución que conoce, incluso, hasta las acciones disciplinarias de dichos miembros<sup>55</sup>.

Existe una marcada coincidencia en cuanto al criterio de oportunidad que se asemeja al de Estados Unidos: En Francia el MP le faculta de manera discrecional prescindir de la acción penal pública en infracciones penales hasta cinco años o negociar una pena con el acusado, sin control judicial y sin dictamen motivado, a través del mecanismo de Composition Pénale. Para llegar a un acuerdo con respecto a esta composición se necesita la conformidad del acusado y de que éste acepte las condiciones propuestas.

---

<sup>54</sup> DELGADO PUGÉ, Iván. La composición del Ministerio Fiscal en España y en Francia: cuestiones de traducción y terminología. *Anales de Filología Francesa*, n.o 18, 2010, pp. 119-135. [1]

<sup>55</sup> Importante resaltar que el Ministerio de Justicia Francés traza la política criminal del Estado.



La aplicación de esta categoría al Ministerio Público parte de la necesaria distinción entre la autonomía funcional y la autonomía política en el sistema de ejercicio de la acción penal. Por un lado, al Gobierno corresponde el ámbito de decisión política, estableciendo los criterios y prioridades generales de la política criminal para el ejercicio de la acción penal. La ejecución se encomienda a una institución diferente, el Ministerio Público, que dispone de competencias exclusivas para aplicar dicha política criminal dentro de los márgenes de la legalidad.

El Ministerio Público, que es la parte pública del proceso penal francés, es decir, quien debe ejercer la acción pública, tiene a su cargo, además del poder de persecución, lo que en Francia se llama la *enquête préliminaire*, es decir, las primeras averiguaciones, que realiza con la ayuda de la Policía Judicial, con control del Procurador de la República y de la Cámara de Acusación. Desde 1990 trabaja una comisión, al parecer sin perspectivas de éxito de momento, en una reforma general del proceso penal, que introduciría entre otras la instrucción del proceso penal a cargo del Ministerio Fiscal, con base en el fundamental argumento de parecer exorbitantes los poderes de investigación del actual Juez de Instrucción.

#### 4.2.3. España

El Ministerio Público guarda cierta similitud con el francés, ya que ambos países, son tributarios de la tradición del sistema mixto de enjuiciamiento penal. En España, la Constitución establece que el ministerio fiscal «ejerce sus funciones por medio de órganos propios», y la ley dispone— artículo 2 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal que éste se encuentra “integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial”, lo cual no corresponde con la verdad, en virtud de que el gobierno es quien designa al Fiscal General del Estado<sup>56</sup>, aunque, antes de proponer el nombramiento al Rey, debe escuchar la opinión del Consejo General del Poder Judicial, opinión que no lo vincula.

---

<sup>56</sup> MARCHENA GÓMEZ, Manuel. El Ministerio Fiscal: Su pasado y su futuro, Marcial Pons, Madrid, 1992, pp.25-26.

El gobierno puede remover libremente al Fiscal General. Con la existencia de este cargo, se intentó romper la dependencia jerárquica directa de la institución respecto al ministro de justicia; sin embargo, el Fiscal General depende políticamente del gobierno; la práctica así lo demuestra.

Un órgano dotado de autonomía con respecto al Poder Judicial, pero independiente con relación a la rama ejecutiva del gobierno español, dirigido por un Fiscal General elegido por el Rey, a propuesta del Gobierno Parlamentario, previa consulta del Consejo Judicial, se demarca como modelo a seguir a nivel de Ibero-América. El Ministerio Fiscal español se rige por los principios de unidad, jerarquía organizacional y de imparcialidad.

El ministerio fiscal es un órgano con relevancia constitucional al que el artículo 124 de la Constitución Española, dentro del título dedicado al Poder Judicial, se refiere en los siguientes términos: El ministerio fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los tribunales y procurar ante ellos la satisfacción del interés social. El ministerio fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad.

#### 4.2.4. Alemania

En Alemania, el ministerio público constituye un ente independiente del poder judicial y de la rama ejecutiva. Estamos ante un verdadero estamento de la persecución penal que por su configuración blindada cualquier injerencia que pueda socavar su funcionamiento.

El ministerio público en Alemania no se encuentra legalmente encuadrado dentro del poder ejecutivo ni del judicial, aunque constituye una rama independiente de la administración de justicia, que está situado entre esos dos poderes. Probablemente la anterior aseveración sea correcta desde un punto de vista formal, pero no material. Lo que importa es la autonomía real del ministerio público y de sus fiscales.

En Alemania, este tipo de procuración de justicia no ha conducido al deterioro de las libertades y de los derechos humanos, en virtud de un efectivo control jurisdiccional de los actos y decisiones del fiscal o de la policía.

Contrario al ministerio público de otras latitudes, su participación en el proceso no se considera como una parte, sino como un ente imparcial. En ese sentido, la doctrina apunta: “El fiscal del proceso penal alemán no es parte. Por ello no tiene que reunir, unilateralmente, material de cargo contra el imputado, sino que debe investigar las circunstancias que sirvan de descargo”<sup>57</sup> (subrayado nuestro).

En materia probatoria, se presentan ciertas diferencias entre los sistemas acusatorios de unos y otros países. Así, en Italia, las pruebas obtenidas irregularmente son sometidas a un régimen de nulidades procesales; en tanto que en Alemania, no existe una regla de exclusión general y el juez debe realizar un juicio de proporcionalidad al momento de analizar la validez de la prueba.

Finalmente, en cuanto al derecho continental europeo debe indicarse que en Alemania, Italia y Portugal, la atribución de la competencia para instruir las causas penales al ministerio público, cambio importante respecto a las regulaciones anteriores, ha sido fundamentada con base en diversas consideraciones, pero no tiene el mismo alcance en todos esos países, ni excluye en ningún caso absolutamente la actividad de un juez en la instrucción penal.

---

<sup>57</sup> ROXIN, C. Derecho Procesal Penal. ob. cit. p. 53

#### 4.2.5. Sistema Latino-Americano

Las ideas ventiladas en Europa han traspasado el Atlántico y han ido llegando a diversos países latinoamericanos, no curiosamente por influencia del poderoso vecino del norte, los Estados Unidos de Norteamérica, aunque con su apoyo económico importante para la reforma de la Justicia en esos Estados, sino a través de Europa y, principalmente del Derecho alemán.

En América Latina encontramos una riqueza de modelos propios e interesantes, aunque, sin reconocer marcadas influencias con los modelos de Europa.

En Argentina, por ejemplo, el ministerio público, al igual que en Alemania, es un ente independiente al Poder Judicial y su función se bifurca. Y aquí reside lo interesante de este modelo. Es un órgano constitucional bicéfalo integrado por el Ministerio Público Fiscal, dirigido por el Procurador General de la Nación y encargado de la acción de los fiscales, y el Ministerio Público de Defensa dirigido por el Defensor General de la Nación y encargado de la acción de los defensores oficiales o públicos<sup>189</sup>. Los fiscales son los encargados de defender los intereses públicos en los procesos judiciales, instando la acción pública, en tanto que los defensores públicos son los encargados de defender los derechos de las personas perseguidas por los tribunales del país o que, por alguna circunstancia no pueden ejercer su defensa, como en el caso de los menores, incapaces o afectados por discriminaciones.

El Ministerio Público es un órgano independiente, con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad. El MP Argentino se divide en una rama acusadora denominada Ministerio Público Fiscal y en un Ministerio Público de la Defensa. Es decir, la defensoría pública es parte integral del Ministerio Público.

Argentina, país federado<sup>58</sup>, los sistemas procesales son disímiles porque algunas provincias han adoptado el modelo adversarial y otros el mixto. Aunque el sistema federado todavía sigue bajo la égida del modelo inquisitivo reformado, obviamente hay excepciones como es el caso de la provincia de Salta<sup>59</sup>.

En Costa Rica, en donde ya está consagrada legalmente la investigación a cargo del Ministerio Fiscal, aunque todavía no entrada en vigor, puede ser útil distinguir tres períodos de tiempo en la evolución que ha llevado a esta conclusión: 1o) Por un lado, el Código de Procedimientos Penales de 1973, que sustituyó al de 1910 tomando como modelo el Código de Procedimientos Penales argentino de la provincia de Córdoba,<sup>60</sup> dispuso en su art. 186, par. I que "el Juez de Instrucción deberá proceder directa e inmediatamente a investigar los hechos que aparezcan cometidos en su jurisdicción", permitiéndose una mínima actividad instructoria a cargo del Ministerio Público en caso de citación directa (art. 404), que era un proceso penal, allí catalogado de especial, para el enjuiciamiento de delitos menos graves o cometidos flagrantemente (art. 401)<sup>61</sup>.

---

<sup>58</sup> Las Provincias son verdaderos estados con legislaciones internas emanadas de parlamentos provinciales; distinguiéndose de la legislación federal.

<sup>59</sup> Aunque actualmente cursa en el Congreso Argentino una reforma que consagrará una justicia penal acusatoria, desformalizada y excluyendo el sumario.

<sup>60</sup> El Código costarricense de 1973 fue redactado por el jurista argentino Alfredo VELEZ MARICONDE, el autor del Código de Córdoba de 1939 y del Código de la misma provincia argentina de 1970. con colaboración de v. SOLER, Sebastián y LLOBET RODRÍGUEZ, J. La reforma procesal penal Un análisis comparativo latinoamericano-alemán. San José: Escuela Judicial, 1993. p. 13. El Código argentino de Córdoba se inspiró a su vez en los Códigos procesales penales italianos de 1913 y 1930 (el llamado Código ROCCO, antes mencionado, obra de MANZINI). Véase MAIER, J.B.J. La reforma del procedimiento penal en Costa Rica. Revista Judicial de Costa Rica, 1989. No 47, p. 101.

<sup>61</sup> GONZÁLEZ ÁLVAREZ / MORA MORA / HOUED VEGA. Perspectivas de reformas al Código de Procedimientos penales. En: Revista Judicial de Costa Rica, 1989, No 47, p. 48. [1] [2] [3] [4] [5] [6] [7] [8] [9] [10] [11] [12] [13] [14] [15] [16] [17] [18] [19] [20] [21] [22] [23] [24] [25] [26] [27] [28] [29] [30] [31] [32] [33] [34] [35] [36] [37] [38] [39] [40] [41] [42] [43] [44] [45] [46] [47] [48] [49] [50] [51] [52] [53] [54] [55] [56] [57] [58] [59] [60] [61] [62] [63] [64] [65] [66] [67] [68] [69] [70] [71] [72] [73] [74] [75] [76] [77] [78] [79] [80] [81] [82] [83] [84] [85] [86] [87] [88] [89] [90] [91] [92] [93] [94] [95] [96] [97] [98] [99] [100]

La doctrina que comentó estos preceptos se planteó lógicamente la conveniencia o no de que instruyera el Fiscal, dando una serie de argumentos en favor de sus tesis y criticando las contrarias<sup>62</sup>.

2o) En un período de tiempo que podríamos denominar intermedio, el de reforma, se elaboró un proyecto de nuevo Código Procesal Penal de 1994, inspirado en el Derecho europeo, en el Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica de 1988<sup>63</sup> y en el nuevo Código Procesal Penal de Guatemala, que se apartó radicalmente de la orientación tradicional costarricense, optando indubitadamente por la instrucción de las causas penales competencia del Ministerio Público en su art. 72, si bien las medidas restrictivas de derechos fundamentales sólo podrán ser adoptadas judicialmente (art. 240).<sup>64</sup> Sus autores eran plenamente conscientes en ese tiempo de la necesidad de aprobar además paralelamente una Ley Orgánica del Ministerio Fiscal, inexistente en ese momento en Costa Rica, pero hoy ya aprobada, completándolo quizás con otras medidas<sup>65</sup>.

3o) Finalmente, con fecha 28 de marzo de 1996, la Asamblea Legislativa costarricense aprobó el nuevo Código Procesal Penal, que entrará en vigor el primer día del año 1998. Este Código, recogiendo la propuesta de reforma, atribuye al Ministerio Fiscal la competencia para lo que se denomina allí "investigación fiscal preparatoria", que debe practicar con objetividad (arts. 63, 180, 289, 290 y (p. 348)291CPP), quedando la competencia para adoptar medidas restrictivas de derechos constitucionales en manos del Juez, entre otras posibles actuaciones (por ejemplo, la prisión provisional, art. 238).<sup>66</sup> El precepto clave de los citados es el art. 290, I, en virtud del

---

<sup>62</sup> LLOBET RODRÍGUEZ, J. Código de Procedimientos Penales anotado y comentado. 2a edición. San José: Juricentro, 1991, pp. 210 y 492.

<sup>63</sup> Vid Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Disponible <http://www.iibdp.org/es/documentos.html>

<sup>64</sup> CRUZ CASTRO, F. Principios fundamentales para la reforma de un sistema procesal mixto. El caso de Costa Rica. Revista costarricense de Ciencias Penales 1994, No 8, pp. 46 a 48.

<sup>65</sup> GONZÁLEZ ÁLVAREZ, D., El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal Revista costarricense Ciencias Penales, 1993, No 7, pp. 63 a 69.

<sup>66</sup> Véanse los comentarios sobre el Ministerio Fiscal publicados en la obra colectiva, editada por la Corte Suprema de Justicia y la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Reflexiones sobre el nuevo proceso penal San José de Costa Rica: Imprenta Mundo Gráfico, 1996, cuyos autores principales son: MORA MORA, L.P. Los principios fundamentales que informan el Código, pp. 3 y ss; TIJERINO PACHECO, J.M. El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal, pp. 88 y ss. ; CRUZ CASTRO, F. El Ministerio Público en el nuevo Código, pp. 251 y ss.; y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, D. El procedimiento preparatorio, pp. 547 y ss.

cual "el Ministerio Público practicará las diligencias y actuaciones de la investigación preparatoria que no requieran autorización judicial ni tengan contenido jurisdiccional".

La razón fundamental del cambio se sostiene en que la investigación a cargo del proceso es mucho más imparcial, objetiva y justa para lo verdaderamente importante, el juicio oral, si la realiza el Ministerio Fiscal que, de ir el proceso penal normalmente, se convertirá luego en parte acusadora, que si la continúa llevando el juez. Esta paradoja de que investigue quien va a ser parte y su insalvabilidad deberá ser convenientemente analizada.

#### 4.3. Antecedentes de la figura del Ministerio Público en Colombia.

Continuando con la línea investigativa propuesta en la presente tesis, es necesario desarrollar un recorrido histórico sobre los orígenes del Ministerio Público, su nacimiento legislativo, así como exponer el contexto político colombiano que dio origen a dicha figura y los principios rectores que lo soportan en la actualidad.

Pues bien, el Ministerio Público, conforme a los lineamientos constitucionales y legales actuales, está constituido como un organismo de control encabezado por el Procurador General de la Nación, conforme lo establecen los artículos 275 y siguientes de la Constitución Política colombiana, pero su concepción y naturaleza ha tenido una evolución peculiar en el ordenamiento jurídico interno, especialmente por su rol en materia penal, frente al sistema acusatorio adoptado mediante el acto legislativo 03 de 2004; el Ministerio Público está definido como: "Un órgano de control autónomo e independiente, que ejerce funciones relacionadas con la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés colectivo y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas".

El antecedente histórico más remoto de la figura del Procurador, se encuentra en el reglamento provisional para el establecimiento del poder judicial, expedido por el Congreso de Angostura, el 25 de febrero de 1819, aunque según FIERRO H., “su introducción constitucional se evidenció en la Carta de 1830 ya que no fue tenido en cuenta este decreto por los constituyentes en 1821”<sup>468</sup> Cortés G., (2003) Pg 14.

Sin embargo, en el periodo comprendido de 1821 hasta la institucionalización constitucional en la Carta de 1830, las funciones que pueden considerarse como atribuidas posteriormente al Ministerio Público, las ejercían los fiscales de la Alta Corte de Justicia, quienes obligatoriamente emitían concepto en las causas criminales, de hacienda pública y civiles así como la participación, con los magistrados, en las decisiones de empate (Ley 14 de 1821).

De acuerdo a la compilación realizada por CORTÉS G., “la institucionalización del Ministerio Público, dio a lugar en la Constitución de 1830, expedida el 29 de abril de ese año, en virtud del artículo 100 de dicha Carta”; en dicha Carta Política, se crea la figura del Procurador como agente del poder ejecutivo, con atribuciones para defender a la nación ante los tribunales y juzgados, así como velar por el cumplimiento y observancia de la ley; estaba conformado por el Procurador General, los Procuradores Generales de los departamentos, los síndicos personeros y los agentes de Policía.<sup>67</sup> A pesar de la implementación constitucional de la carta de 1830, agrega el citado autor “el Ministerio Público dejó de ser una figura constitucional a partir de 1832 ya que las cartas fundamentales del Estado de Nueva Granada, de ese año, y la Carta de 1843, de la República de Nueva Granada, no lo contemplaron” por lo cual las funciones específicas del Ministerio Público fueron asumidas por los Fiscales de la Suprema Corte y los Fiscales de los tribunales de distrito y agentes fiscales.

---

<sup>67</sup> CORTES, Gustavo Adolfo; El Ministerio Público en lo penal; instituto de estudios del Ministerio Público, ob. cit. p. 16.



CORTÉS<sup>68</sup> señala que para el año 1853 “vuelve a institucionalizarse constitucionalmente la figura del Ministerio Público y del Procurador General, con la Constitución Política de la Nueva Granada de ese año”, en donde se le encarga a este ente la función de defender los intereses del estado, ejercer vigilancia sobre la Rama Judicial, dirigir la labor de los fiscales entre otras, y en especial la defensa de la Constitución.

En dicha carta política se disponía que el Procurador General y los fiscales de los tribunales fuesen designados por elección popular en atención a su carácter de representantes de la sociedad, a que en ella reside el poder de vigilancia de la actividad estatal, sin embargo éste sistema fue abolido debido a los inconvenientes que presentó su aplicación.

En la Constitución de 1863, conocida como Constitución de Rionegro, se regula la conformación y las funciones del Ministerio Público estableciéndose que éste estaba conformado por la cámara de representantes, por un procurador denominado Procurador General de la Nación y por las demás autoridades que regulara la ley (Voces del artículo 73 de la Constitución de 1863), teniendo, entre otras, las funciones de velar por el desempeño de los funcionarios de la Unión y ejercer la acusación ante el senado a la Corte Suprema Federal y a los funcionarios juzgados por esta corporación.

En 1886 se crea la Constitución que más ha perdurado en Colombia y en ella se estableció que el Ministerio Público sería ejercido por un procurador General de la Nación, por los fiscales de los tribunales superiores de distrito y por los demás fiscales y funcionarios que determinara la ley, todo lo anterior bajo la coordinación del Gobierno.

FIERRO señala que en la Carta política de 1886, “El Ministerio Público se encontraba bajo la dirección del gobierno, pero solo en lo atinente al direccionamiento político ya que las facultades

---

<sup>68</sup> IDEM, p. 17.

jerárquicas, funcional y disciplinaria radicaban exclusivamente en el Procurador” (Sentencia de fecha 14 de septiembre de 1971, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, citada por FIERRRO, entendiéndose este órgano como auxiliar de la Justicia y representante de los intereses legítimos de la sociedad cuyas funciones principales fueron: “perseguir los delitos y contravenciones, procurar la defensa de personas acusadas sin justa causa, velar por la fiel y exacta observancia de las leyes y buscar la indemnización de perjuicios”.

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”. 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 intervención del Ministerio Público anterior a 1991, era activa en el proceso, pero no decisoria ni obligante.

Pese a lo anterior, solo en la presidencia de Alfonso López Pumarejo es que el Ministerio Público en Colombia adquiere mayor relevancia ya que es reestructurado y dotado de más dependencias administrativas como la Dirección de Negocios Administrativos y Constitucionales, Sección de Vigilancia Administrativa y Estadística, Sección de Negocios Civiles y Sección de Negocios Penales y de Orden Social y se crearon los procuradores Delegados en lo Civil y en lo Penal.

Dos nuevas reformas constitucionales, de 1945 y 1947, dan un impulso a la figura del procurador y de los fiscales, el procurador pasa a ser elegido por la cámara de terna enviada por el primer mandatario, al mismo tiempo los agentes del Ministerio Público adquieren la misma categoría, remuneración, privilegios y prestaciones que los magistrados y jueces ante quienes ejercerían el cargo.

Afirma CORTÉS G475., que “en 1964 se crean los procuradores de distrito, encargados de que en las regiones del país existiese una agencia del Ministerio público, vigilante de los fiscales y de la justicia y encargada de las demás funciones del Ministerio Público, dentro de cada jurisdicción.”

Con el decreto extraordinario 01 de 1984, por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo, se establecieron los deberes y facultades del Ministerio Público, correspondiéndoles a sus agentes velar por el ejercicio y efectividad del derecho de petición como lo señala el artículo 75 de dicho decreto:

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 entenderá 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 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.

La ley 4a de 1990, publicada en el diario oficial el 5 de enero de ese año, fortalece las funciones de las procuradurías regionales y seccionales que asumen, por competencia, la denominación de departamentales, intendenciales, comisariales y provinciales.

Esta ley introduce herramientas más eficaces para la defensa de los derechos e intereses de la nación, pues crea la procuraduría delegada en lo Civil que a su vez es conformada por las secciones de asuntos civiles, laborales y administrativos y de vigilancia de tribunales de arbitramento. (Artículo 1 de la ley 4 de 1990).

## **5. EL PROCESO PENAL ACUSATORIO Y EL ROL DEL MINISTERIO PÚBLICO**

La nueva estructura del proceso penal adoptada por el Acto Legislativo 03 de 2002, por medio del cual se modificó el artículo 250 de la Constitución Política, desarrollado por la Ley 906 de 2004, la que a su vez fue reformada por la Ley 1142 de 2007, configuración normativa mediante la cual el constituyente derivado adoptó un sistema de enjuiciamiento acusatorio, requiere un cuidadoso estudio por los operadores jurídicos, en especial por parte de los fiscales y por todos los participantes, actores y observadores del sistema acusatorio en el país.<sup>69</sup>

---

<sup>69</sup> AVELLA FRANCO, Pedro Oriol. Estructura del proceso penal acusatorio. Fiscalía General de La Nación Escuela de Estudios e Investigaciones Criminalísticas y Ciencias Forenses. 2007, p. 29.

El proceso penal en Colombia ha cursado por diversos sistemas de enjuiciamiento, que por sus características principales se han clasificado básicamente en dos modelos: el sistema acusatorio y el sistema inquisitivo. De este último puede señalarse que ha sido adoptado por Estados “de condiciones antidemocráticas, dictatoriales y despóticas, que utilizaron el sistema penal como herramienta para la perpetuación del poder, matizado esencialmente por la circunstancia de ser el ente encargado de investigar las conductas delictivas, el mismo que ejercía las funciones de acusación, de juzgamiento, de imposición de la pena y su ejecución (...)”.

Dentro de sus máximas se encuentra la defensa de la escrituralidad, el secreto, la permanencia de la prueba y entre éstas la de confesión lograda mediante la tortura, en los famosos juicios de Dios, contrario, al sistema acusatorio que es observado en estados democráticos, expresando ROXIN<sup>70</sup> que “de su condición esencial es el hecho de que la acusación es función perfectamente diferenciada de la de juzgamiento, y que la defensa tiene reales posibilidades de hacer efectivas sus aspiraciones”.

La estructura principal del sistema acusatorio se consagra en la separación de las funciones de acusación y juzgamiento, la oralidad, la publicidad, la realización de la prueba en juicio y la imparcialidad del juez, por lo cual se entiende como un sistema adversarial, donde las partes, Fiscalía y defensa, se enfrentan en igualdad de oportunidades ante un juez, quien, con base en las pruebas y argumentos, decide si condena o absuelve. Así mismo aparece plausible la participación del Ministerio Público y la víctima: “el primero en aras de salvaguardar el orden jurídico y la segunda para que se le garanticen la verdad, la justicia y la reparación”.<sup>71</sup>

---

<sup>70</sup> ROXIN Claus. Derecho Procesal Penal, ob. cit., p. 4.

<sup>71</sup> HERRERA, Libardo. El papel del Ministerio Público en el sistema penal acusatorio colombiano. Bogotá: Colombia. 2010, P. 75.

Con la entrada en vigencia de la Carta Política de 1991, se introdujeron incipientes sistemas procesales con tendencia acusatoria hasta concluir finalmente con la modificación sustancial que se llevó a cabo a través del Acto Legislativo 03 de 2002, desarrollado por la Ley 906 de 2004 que contiene el nuevo código de procedimiento penal, adoptándose un sistema con preferente adscripción acusatoria.

Este modelo que fuere resultado de “reflexiones serenas de quienes integraron la Comisión Constitucional y de muchos servidores de la Rama Judicial, integrantes de la academia, profesionales de derecho y gremios en general,” tiene como fundamento constitucional, los artículos 29 y 250.

El artículo 29 contempla el derecho de todo ciudadano a un proceso “público sin dilaciones injustificadas, así como a presentar pruebas y a controvertir las que allegue en su contra”; el artículo 250 dispone que:

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. No podrá en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del 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 que ejerza las funciones de garantías.

Del mismo modo, se sustenta en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos,

contentivos de normas superiores relativas a los principios de publicidad, oralidad, celeridad, inmediación y contradicción propias del sistema acusatorio.

### 5.1. El Ministerio Público en la ley 906 de 2004

La Ley 906 de 2004, introduce el llamado sistema penal acusatorio en Colombia, estableciendo en sus articulados la función del Ministerio en dos ejes fundamentales, el primero como garante de los derechos y garantías de los intervinientes y segundo como representante de la sociedad en el proceso, situación que permite un amplio espectro de facultades de este agente en el nuevo sistema procesal penal.

Esta entidad en materia penal es un interviniente en el proceso y desarrolla su labor a lo largo de la actuación, desde la indagación hasta el juicio oral y público, en donde tercia activamente en los actos de investigación realizados por la policía judicial, en coordinación con la Fiscalía, y participa en las diferentes audiencias preliminares, etapa ésta en la cual se dispone sobre la afectación o no de derechos y garantías de los intervinientes en el proceso penal.

Como interviniente en el nuevo esquema procesal penal goza de unas amplias facultades, que le permiten actuar en etapas de indagación e incluso intervenir en la fase de ejecución de la sentencia, a pesar de que en las discusiones iniciales no se tenía presupuestada la existencia del Ministerio Público, por no ser concebible dentro de un sistema de partes, en donde la fiscalía es la titular de la acción penal y lleva la dirección de la investigación y por su parte la defensa ejerce su labor amparada en una serie de postulados garantistas, por lo cual la presencia de una figura de carácter facultativa resultaba incoherente.

No obstante lo anterior, y ante la estructura del código de procedimiento penal, el Ministerio Público se presenta en un aparte diferente al de las partes e intervinientes, así lo explica en detalle FERNÁNDEZ:

“Bajo la denominación “Ministerio Público”, la Ley 906 de 2004 lo presenta en el título IV totalmente separado de las partes e intervinientes, lo que indiscutiblemente traduce que no pertenece, jurídicamente, a ninguna de estas dos categorías. Sin embargo, la Procuraduría cumple en el antejuicio y en el juicio un rol, no solo igual, sino superior al de los adversarios del clásico sistema penal acusatorio, caracterizado precisamente por una estructura trial que por igualdad y equilibrio rechaza la presencia de más de tres actores: dos institucionales, el Juez y el acusador y uno institucionalizado, que no es otro que el imputado representado por la defensa.”

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 actuó 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.

Como garante de los derechos humanos el Ministerio Público ejerce las siguientes funciones según el artículo 111, del código de procedimiento penal:

- Procurar que las decisiones judiciales cumplan con los cometidos de lograr la verdad y la justicia;



- Procurar que las condiciones de privación de la libertad como medida cautelar y como pena o medida de seguridad se cumplan de conformidad con los tratados internacionales, la Carta Política y la ley;
- Procurar el cumplimiento del debido proceso y el derecho de defensa;
- Participar, cuando lo considere necesario, en las audiencias conforme a lo previsto en este código.

Y como representante de la sociedad en el proceso, según el artículo 111, del código de procedimiento penal:

- Solicitar condena o absolución de los acusados e intervenir en la audiencia de control judicial de la preclusión;
- 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;
- 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; 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.

La presencia del Ministerio Público en el nuevo sistema procesal penal se justifica verificando la esencia propia de la República de Colombia, como Estado Social de Derecho, garantista de los derechos humanos y protector del interés general sobre el particular, el cual instaura en sus máximas resguardo a las libertades individuales y límites al poder estatal; es por lo anterior que en los principios fundantes de la Carta Política, se enuncian las facultades intervencionistas del Estado, creándose un sistema de poderes y control al mismo, muestra de ello es la figura misma

del Ministerio Público, en cabeza del Procurador General de la Nación, el cual está facultado para defender el desarrollo y respeto de los derechos humanos y garantías de todos los ciudadanos, principalmente aquellos que se ven enfrentados a un juicio penal.

La Carta Política de 1991 definió al Ministerio Público como ente de control y no estableció límites en su participación, lo que facultó al legislador a instaurar las funciones de esta figura, por lo cual en el sistema procesal penal, su participación, intervención y movilidad ha tenido un amplio campo de acción.

## 5.2. El Ministerio Público y su papel en la indagación y en la investigación.

Desde el inicio del sistema procesal penal, una vez recibida la noticia criminal por denuncia, querrela, petición especial o de oficio, la Fiscalía General de la Nación, (Art. 66 de la ley 906 de 2004) como titular de la investigación y de la acción penal, desarrolla las actividades a seguir a efectos de verificar la materialidad del hecho que se le ha puesto en conocimiento y lograr así establecer quién es el autor o partícipe de la conducta correspondiente.

De acuerdo al artículo 207 (Ley 906 de 2004), en desarrollo de estas actividades, y como producto del plan metodológico:

El fiscal ordenará la realización de todas las actividades que no impliquen restricción a los derechos fundamentales y que sean conducentes al esclarecimiento de los hechos, al descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física, a la individualización de los autores y partícipes del delito, a la evaluación y cuantificación de los daños causados y a la asistencia y protección de las víctimas.

Por lo cual, la investigación no requerirán orden de ninguna autoridad, sólo orden del fiscal y legalización posterior, ahora bien cuando ocurra una invasión de gran magnitud en la esfera de los derechos y garantías fundamental, será necesaria una orden previa por parte del Juez de Control de Garantías.

Entre mayor complejidad requiera el acto de investigación y mayor sea la invasión a la esfera de intimidad e invasión a los derechos y garantías del investigado, gran rigurosidad exigirá su práctica; caso contrario a los actos urgentes que al ser hechos de investigación que no invaden ostensiblemente derechos y garantías se ejercen por parte de los organismos atribuidos con la función de policía judicial sin necesidad de orden por parte del fiscal ni juez, tales como entrevistas, inspección al lugar de los hechos y demás similares.

Ya cuando el acto de investigación empieza a transgredir derechos y garantías requerirá orden previa por parte del fiscal y legalización posterior por parte del Juez de Control de Garantías, como es el caso del allanamiento a la morada, por parte de los miembros de policía judicial (Artículo 219 de la Ley 906 de 2004). Al respecto la honorable Corte Suprema de Justicia ha hecho mención:

En relación con la primera categoría de funciones, esto es, la de garante de los derechos humanos y de los derechos fundamentales, al Ministerio Público le corresponde, entre otras, las de ejercer vigilancia sobre las actuaciones de la policía judicial que puedan afectar garantías fundamentales. En tal medida, debe verificar que las diligencias de allanamiento no se desvíen de su finalidad o se realicen sobre elementos u objetos no susceptibles de registro y que se lleven a cabo dentro de los términos pre establecidos ; igualmente, que se cumplan los presupuestos, objetivos, las limitaciones y el término establecidos

para la interceptación de comunicaciones, la búsqueda selectiva de datos, los registros y toma de muestras corporales, o exámenes científicos que involucren al indiciado o imputado, pues en caso contrario, se halla facultado para pedir la terminación o la limitación de la medida, o, de ser el caso, solicitar la exclusión de la evidencia obtenida con transgresión del ordenamiento jurídico

72

De otra parte, cuando se invade la esfera de derechos y garantías de las personas, necesariamente se requiere orden previa por parte del Juez de Control de Garantías, quien ante la solicitud y argumentación que hace el fiscal y una vez escuchados los planteamientos de los intervinientes, dícese de la víctima o su representante, o el mismo Ministerio Público, al verificar la viabilidad constitucional y legal del acto, pero sobre todo su necesidad, lo ordena para que sea practicado o de no resultar imperioso su cumplimiento lo niega.

Ante lo anterior se evidencia que el desarrollo del sistema procesal se efectúa con un lineamiento garantista 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 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 garantista, 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>72</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, 5 de octubre de 2011. Dr. Magistrado Ponente: BUSTOS MARTÍNEZ, José Leónidas. Radicado: 30592.

### 5.3. El Ministerio Público y su papel en la etapa de acusación

Según el artículo 336 de la Ley 906 de 2004, con la presentación del escrito de acusación, se inicia la etapa de juicio en el nuevo sistema procesal penal, la cual es seguida por la audiencia de formulación de acusación ante el Juez de Conocimiento, en la cual se determinará la calidad de víctima y se resolverá sobre lo pertinente a impedimentos que surjan en esta etapa procesal.

En dicha audiencia el fiscal efectuará la acusación formalmente y al finalizar la misma se fijará fecha y hora para la diligencia preparatoria del juicio, resaltándose en este aspecto que el rol del Ministerio Público, no se limita a escuchar la acusación sino que comprende la posibilidad de solicitar correcciones o adiciones al escrito de acusación, cuando éste no esté ajustado a los parámetros del artículo 337 del código de procedimiento penal, además, el escrito de acusación le es entregado a efectos de que conozca los pormenores de la acusación y vele porque el llamado descubrimiento probatorio se haga de la forma más completa.

Cuando el Ministerio Público asista a la audiencia de formulación de acusación, es deber del Juez de Conocimiento ponerle de presente el escrito de acusación y darle la oportunidad para que se manifieste las observaciones que a bien tenga sobre el mismo y se pronuncie sobre causales de impedimento que concurran en el funcionario judicial, situación que de presentarse puede o no ser tenida en cuenta por el Juez de Conocimiento y de resolverse contrario a la postura del Ministerio Público, éste está legitimado para recurrir cuando lo considere.

En todo caso, el rol del Ministerio Público en la audiencia de formulación de acusación se circunscribe a los postulados de legalidad y pretende que su función de garante se centre en que la acusación se realice, inicialmente con el respeto de derechos y garantías de las partes e intervinientes, y que no concurran nulidades que a la postre afecten el proceso y los postulados

de economía y celeridad de presentarse un impedimento y no ser puesto en conocimiento, por ejemplo.

#### 5.4. El Ministerio Público y su papel en la audiencia preparatoria y el descubrimiento probatorio.

La audiencia preparatoria tiene por objeto planear, delimitar y determinar la actividad probatoria que se desarrollará en la audiencia de juicio oral. Para adelantarla, es necesario que se haya realizado la audiencia de formulación de acusación. En relación con la misma la Corte Constitucional, en sentencia C-1194 de noviembre 5 de 2005 afirmó que “tiene como fundamento la fijación de las pruebas que se harán valer en el juicio oral”

Así las cosas, en la audiencia preparatoria se llevarán a cabo lo atinente a las solicitudes probatorias de cada una de las partes, la fiscalía y la defensa enunciarán las pruebas que pretenderán hacer valer y argumentarán lo correspondiente a pertinencia y conducencia a fin de que sus pruebas sean decretadas, así mismo se llevarán a cabo las estipulaciones probatorias.

Frente a la posibilidad de que el Ministerio Público solicite pruebas para ser practicadas en el juicio oral y público se requiere 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, como lo ha indicado la Corte Suprema de justicia “Este desequilibrio podría generar efectos nocivos para las posibilidades defensivas, si, por ejemplo, el Ministerio Público, para tratar de encubrir la negligencia del órgano acusador” Proceso 30592. Providencia del cinco (05) de octubre de dos mil once (2011). M.P. José Leónidas Bustos Martínez

En la misma oportunidad la corte señaló lo siguiente, frente a la carga adicional del juez de conocimiento para mantener el equilibrio procesal: **“Cabe señalar que dicha facultad de iniciativa probatoria, debe ser celosamente ponderada por el Juez, más que por las partes intervinientes, toda vez que la normatividad le adscribe a aquél, como tercero supra parte en el proceso, el deber de preservar el equilibrio entre acusación y defensa.** En consecuencia, le compete impedir, limitar o morigerar, según sea el caso, todas aquellas actuaciones o intervenciones del Ministerio Público que puedan comprometerlo, rechazando las preguntas que excedan el propósito de complementariedad fijado en la ley y se aproximen a un interrogatorio o un contrainterrogatorio vedado por el ordenamiento, por tratarse de hechos o circunstancias que no han sido materia de postulación”. (Negrilla de la Sala).

En cuanto a las estipulaciones probatorias, el papel que desempeña el Ministerio Público se circunscribe a la verificación de que las mismas sean legales y que en el proceso de dar por ciertos hechos y circunstancias probadas, no desborde la esencia del debate probatorio, por ejemplo estipularse la responsabilidad penal, lo que dejaría el debate probatorio en la nada.

Cumplido todo lo señalado anteriormente, el juez debe proceder a ordenar las pruebas solicitadas por las partes, atendiendo las reglas de pertinencia y admisibilidad.<sup>73</sup> En esta audiencia, destáquese, no hay controversia probatoria.

##### 5.5. El Ministerio Público en el juicio oral.

En la audiencia de juicio oral y público se inicia el debate probatorio y se presenta la llamada teoría del caso (Artículo 371 de la ley 906 de 2004) por parte de la fiscalía y la defensa, sin que ningún otro interviniente presente esta hipótesis argumentativa ya que de lo contrario afectaría el principio de igualdad de armas y el equilibrio argumentativo entre defensa y fiscalía que en esta parte se presentase.

---

<sup>73</sup> Artículo 376 de la Ley 906 de 2004.

Además de lo anterior, el limitante para que el Ministerio Público presente 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.

#### 5.6. El Ministerio Público, su rol en el debate probatorio.

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 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 principio de igualdad de armas y el equilibrio entre las parte en el proceso.

De otra parte, ejerciendo la función de garante que le compete al Ministerio Público, éste puede oponerse a las preguntas que formulen las partes, cuando éstas no se ajusten a la técnica establecida para el interrogatorio y el conainterrogatorio, por ejemplo oponerse cuando en el interrogatorio directo se formulen preguntas que sugieran la respuesta o que sean repetitivas, o



en el contrainterrogatorio que sean preguntas confusas y que ofendan a los testigos lo que legitima al Ministerio Público para actuar y conjurar ésta desviación en el proceso.

En todo caso, en desarrollo del debate probatorio y del juicio oral, el rol del Ministerio Público es limitado y solo se activa, por decirse así, cuando existe violación de derechos y garantías, cuando se presente desconocimiento de las ritualidades propias del sistema penal y cuando sea necesario dar claridad a un punto específico, la Corte Suprema de Justicia, ha ratificado dicha consideración de la siguiente manera:

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. (Óp. Cit., Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, 5 de octubre de 2011.)

#### 5.7. El Ministerio Público y la legitimación frente al sentido del fallo

Una vez terminado el debate probatorio las partes y los intervinientes presentaran sus alegaciones finales, sus conclusiones sobre lo que se acaba de ver en el debate probatorio y harán

su intervención solicitando absolución o condena, basados en las pruebas recaudadas, el Ministerio Público hará su intervención como representante de la sociedad y demandará al juez de conocimiento que condene o absuelva al procesado así lo estipula el artículo 443 de la ley 906 de 2004.

Ahora bien, de acuerdo al artículo 102 de la ley 906 de 2004, de existir condena se iniciará, una vez ejecutoriado el fallo, el incidente de reparación integral el cual se da a lugar por solicitud de la víctima o su representante o por solicitud del fiscal o del Ministerio Público.

En Virtud del artículo 102 del Código de Procedimiento Penal, se faculta al Ministerio Público para que dé inicio al incidente de reparación integral en busca de la reparación de las víctimas, que dicho sea de paso, no solo se materializa frente a la pretensión económica sino que incluye infinidad de circunstancias en virtud de los derechos que a la víctima le asisten como lo son la verdad, justicia y reparación

#### 5.8. El Ministerio Público y su facultad de impugnar decisiones

En atención a la facultad que le 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 estar limitada pues esta actuación se puede confundir claramente con la posición que asume una parte transgrediéndose el principio de igualdad de armas.

Es claro que si la decisión adoptada transgrede derechos y garantías esta debe ser impugnada y el Ministerio Público debe ejercer activamente su rol, pero también es cierto que al no estar

regulada la facultad de impugnación, para este sujeto sui generis, permite que se desborde y genere motivaciones diferentes a las referidas, ocasionando en muchos casos un desequilibrio entre los extremos procesales, siendo la incitación que impulsa las actuaciones de esta figura, en muchas oportunidades, únicamente de índole personal.

## **6. CONCLUSIONES**

El Estado Colombiano, como Estado Social de Derecho tiene dentro de sus funciones principales y constitucionales la de salvaguardar los derechos de todos sus ciudadanos, fundamentalmente el de la dignidad humana.

En la Constitución Política Colombiana de 1991, se establece la existencia del Ministerio Público, cuyo fin es garantizar y salvaguardar los derechos constitucionales de todos los ciudadanos, quedando dicha facultad en cabeza de la Procuraduría, facultando así su intervención en los procesos judiciales, en los casos en que sea necesario proteger el orden jurídico.

El encargo de la función mencionada anteriormente generó que se impusieran al Ministerio Público una amplia gama de facultades que le permiten participar e intervenir en todas las etapas de un proceso judicial, capacidades que lo llevan hasta a solicitar absolución o condena en el sentido del fallo o impugnar una decisión judicial.

Teniendo en cuenta que dentro de los principios que deben guiar un proceso judicial se tiene el de igualdad de las partes, al tener el Ministerio Público la facultad de influir sobre el sentido del fallo e impugnar decisiones, podría causarse un desequilibrio procesal, desbordando las funciones que le son propias al Estados.

En virtud de lo anterior, se ha visto que la participación del Ministerio Público en el sistema penal acusatorio colombiano establecido por la Ley 906 de 2004, resulta bastante controversial, por lo que se hace necesario que este tema sea objeto de estudio.

Con la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004, se implementaron nuevas figuras como la del juez de control de garantías, el principio de oportunidad y en general la implantación de un nuevo esquema de procedimiento, centrándose en la oralidad con el fin de propender por la celeridad procesal.

Esta participación se lleva a cabo a través de las Procuradurías Delegadas para la Casación Penal, las Procuradurías Delegadas para la Investigación y Juzgamiento Penal, la Procuraduría Delegada para el Ministerio Público en Asuntos Penales, los Procuradores Judiciales en lo Penal, los Personeros Distritales y Municipales, y los agentes especiales.

Al respecto, se han realizado distintos estudios investigativos sobre el tema objeto de discusión, en los cuales se entiende al Ministerio Público como un ente autónomo, pues sus actuaciones no deben beneficiar a la parte acusada o acusatoria, sino que obedece a la salvaguarda de los derechos de las partes y de los principios procesales como tal, además de que no es sujeto procesal, pues esta categoría aparece normativamente reservada a la Fiscalía General de la Nación y la defensa.

La participación de dicha entidad en las actividades investigativas de la Policía Judicial no tiene o sólo puede lograr su intervención en las oportunidades y condiciones procesalmente establecidas, a las cuales debe sujetarse, pues lo contrario implicaría suponer que goza de privilegios frente a la fiscalía, la defensa o las víctimas.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el sistema penal acusatorio en Colombia, desarrolla la teoría garantista, es viable el cuestionamiento sobre la existencia de uno de los intervinientes en la dinámica procesal como lo es el Ministerio Público.

El Ministerio Público nace históricamente como una figura para la vigilancia y control de la correcta administración pública, posteriormente adquiere funciones de acusación, las de velar por el ejercicio y efectividad del derecho de petición y actuar en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos o garantías fundamentales, fue producto del avanzar y evolución histórico- legislativo del país.

La función propia de dicho organismos, que consiste en velar por el respeto de derechos humanos, la protección del patrimonio público y el orden jurídico, implica que desarrolle la función al igual que lo hacen los jueces de la república, orientados por el principio de imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.

Sin embargo la imparcialidad no es evidente ante la es la posibilidad que tiene de hacer preguntas complementarias en práctica de testimonios en el debate probatorio, facultad esta que solo le es otorgada al Juez y al Ministerio Público, las cuales, si bien pretenden el esclarecimiento de los hechos, dan lugar a apreciaciones subjetivas y un evidente desequilibrio ya que el desbordamiento en las preguntas implica que el juez de conocimiento limite la intervención y éste atento para que no se cree el desequilibrio entre las partes.

En relación al sistema penal acusatorio colombiano, una de las características más particulares es la presencia del Ministerio Público, quien en éste nuevo sistema de enjuiciamiento continua ejerciendo las funciones contempladas en el artículo 277 de la Constitución política, pero su rol y participación en el sistema penal acusatorio es objeto de controversia.

El sistema penal acusatorio colombiano, instaurado a través de la Ley 906 de 2004, se rige por unos principios constitucionales, a saber: la dignidad humana, teniendo en cuenta que ninguna persona puede ser sometida a tratos crueles o inhumanos y que todo el actuar del Estado será en procura de la dignidad humana, especialmente, tratándose de un procesado, la prevalencia de tratados internacionales, aquellos que sean ratificados por Colombia y los que obedezcan al Derecho Internacional Humanitario; la igualdad, teniendo en cuenta el concepto de discriminación positiva y garantizando las mismas oportunidades de acceso de las partes a las pruebas y a las diferentes etapas durante el proceso, imparcialidad, legalidad y favorabilidad, la presunción de la inocencia, la defensa, entre otros.

De la misma manera, se incluyeron en este sistema otros principios que fueron integrados al sistema y que son más novedosos como el de oralidad, publicidad e inmediatez, propios del nuevo sistema, basando el proceso en audiencias lo que significó no sólo innovación en la legislación colombiana, sino en los requisitos técnicos y tecnológicos para el desarrollo del proceso como tal; el derecho de las víctimas y el de inmediatez.

Con la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004, las funciones otorgadas llegan a darle la facultad de concurrir a determinados actos sin que su presencia constituya un parámetro fundamental para la validez de la actuación.

Dicha participación en el proceso penal se justifica en el cumplimiento de la función garantista de los derechos de los ciudadanos que debe cumplir el Estado, especialmente, de aquellos que son objeto de juicio penal, función que se valida con la presencia del Ministerio Público dentro del mismo, sin embargo, en atención a que el respeto de los derechos y garantías atañen no solo al ministerio público sino a todos los intervinientes en el proceso, en especial dentro de las obligaciones establecidas a los funcionarios judiciales y la incorporación del juez de control de garantías, la necesidad del ministerio público no es clara.

El actuar del Ministerio Público dentro del proceso en el nuevo sistema penal acusatorio colombiano no sólo resulta controversial, sino que puede llegar a decirse que contradictorio, pues si bien exige imparcialidad en sus intervenciones no existe limitante normativo, ni posición jurisprudencial clara, que limite la actuación del ministerio público obligando al funcionario judicial estar atento a fin de evitar un desequilibrio en la dinámica procesal.

También se le otorga la facultad de tomar posición frente al sentido del fallo, situación que en su momento resulta inoficiosa o, en su defecto, puede llegar a dificultar la labor del juez al inclinar la balanza con sus intervenciones, desbordando así las funciones que le fueron impuestas y generando un desequilibrio entre las partes.

Así las cosas, resulta inoficiosa la participación de la entidad en los procesos penales, pues las funciones del Estado están ya cubiertas por parte de la figura del juez de garantías y no es necesario que el juez de conocimiento tenga una solicitud más a favor o en contra de la acusación.

En consecuencia del análisis realizado a lo largo de la presente investigación, no se considera que la participación del Ministerio Público sea imprescindible en el desarrollo del proceso dentro del nuevo sistema penal acusatorio colombiano como se ha indicado.

Lo anterior en atención a la evidente problemática que conlleva la introducción de una figura como el ministerio público al interior de un sistema procesal de corte acusatorio implicando que se tenga en Colombia un sistema con partes definidas, esto es fiscalía y defensa, unos intervinientes cuya función es clara, como lo es la víctima y su participación al interior del sistema, y un interviniente de amplias facultades, que puede incluso interrogar, de forma complementaria a los testigos, sin atender a las reglas propias del interrogatorio y contra interrogatorio, y demandar condena o absolución.

La implementación del sistema Penal acusatorio ha implicado un cambio en la concepción del procedimiento penal y un especial entendimiento de las instituciones propias del sistema, el respeto de derechos y garantías fundamentales ha sido el referente interpretativo en el desarrollo procesal, la obligación, de velar por el respeto de estos, que se le imprime a los funcionarios judiciales evidencia la innecesaria existencia del ministerio público.

Un desequilibrio en algunas etapas procesales, como lo es en el desarrollo del debate probatorio dada la posibilidad de preguntar a los testigos, a más de desnaturalizar la técnica probatoria propia del sistema procesal, presenta grandes limitantes en el ejercicio procesal pues implica que los funcionarios judiciales deban estar limitando la función del ministerio público para evitar un desequilibrio no pretendido en este tipo de sistemas.

De otro lado, el dejar una figura jurídica como el Ministerio Público en el sistema penal acusatorio colombiano, muy a pesar de que su finalidad sea el respeto de derechos y garantías, y sin negar que el sistema es muy a la colombiana, que no permite adscribirlo a uno de los sistemas procesales acusatorios existentes, ésta figura jurídica es muy ambigua y problemática impidiendo que el sistema se desarrolle a plenitud pues se crea una carga

evidente en el operador judicial, ya que debe estar atento para que esta institución no se desborde en su actuar y no genere desequilibrios procesales.

Pues bien la necesidad de existencia del ministerio público en el sistema penal acusatorio colombiano, como se indicó, no es clara y por el contrario es problemática y ambigua impidiendo el desarrollo del sistema procesal, de acuerdo a sus finalidades.

## **7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**



ÁVILA, H.L. (2006) Introducción a la metodología de la investigación Edición electrónica.  
Texto completo en [www.eumed.net/libros/2006c/203/](http://www.eumed.net/libros/2006c/203/)

CORTES, Gustavo Adolfo. El Ministerio Público en lo penal; instituto de estudios del Ministerio Público, Procuraduría General de la Nación. 2003.

DELGADO PUGÉ, Iván. La composición del Ministerio Fiscal en España y en Francia: cuestiones de traducción y terminología. *Anales de Filología Francesa*, n 18, 2010, pp. 119-135.

ESPINEL RICO, C. E., & Clavijo Rangel, S. L. (2017). Criterios para la inaplicación de la Ley 890 de 2004 en delitos con prohibición de beneficios en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 8 (14), 87-114.

FERRAJOLLI, L. (2009). *Derecho Y Razón. Teoría Del Garantismo*. España: Editorial Trotta.

FERNÁNDEZ, J. (2011). *Derecho Penal Parte General*. Bogotá: Editorial Ibáñez.

FERNANDEZ LEON, Whanda. *Procedimiento Penal Acusatorio y Oral. Volumen II, 2a. Edición*. Librería Ediciones del Profesional. 2010.

GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. 4a. Edición, Madrid, Editorial Colex, 2004, pp. 78 y ss. <sup>[11]</sup><sub>SEP</sub>

GÓMEZ LÓPEZ, Jesús O. Aproximaciones a un concepto democrático de culpabilidad. Bogotá: Editorial Doctrina y Ley, 2000.

GONZÁLEZ ÁLVAREZ, D., El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal  
Revista costarricense Ciencias Penales, 1993, No 7

FERNANDEZ LEON, Whanda. Procedimiento Penal Acusatorio y Oral. Ob. cit. Volumen II, p.  
391<sup>[1]</sup><sub>[2]</sub>

FIERRO MÉNDEZ, H. El sistema por Audiencias del Proceso Penal Acusatorio. Editorial  
Doctrina y Ley. Bogotá, Colombia, 2012.

HERRERA, Libardo. El papel del Ministerio Público en el sistema penal acusatorio  
colombiano. Bogotá: Colombia. 2010.

LÓPEZ, D. (2015); El Derecho de los Jueces. Bogotá. Legis Editores.

MARCHENA GÓMEZ, Manuel. El Ministerio Fiscal: Su pasado y su futuro, Marcial Pons,  
Madrid, 1992

MIR PUIG, S. (2014); Derecho Penal Parte General. Madrid: Editorial Reppertor.

PÁEZ JAIMES, J.C. (2017). La Invalidez Lógico-Jurídico De La Aplicación De La  
Dinamización De La Carga De La Prueba En El Proceso Penal Colombiano Permitida Por

La Sala Penal De La Corte Suprema De Justicia. Universidad de Nariño: *Revista Científica Codex*, 3(4). Disponible en: [revistas.udenar.edu.co/index.php/codex](http://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex)

POLANCO POLANCO, A. (2015). Consideraciones epistémicas respecto de la decisión en materia procesal penal. *Revista Academia & Derecho*, 6(10), 217-240.

ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000

SANABRIA VILLAMIZAR, R.J. (2017). La Prueba Pericial En El Proceso Penal Colombiano. Universidad de Nariño: *Revista Científica Codex*, 3(4). Disponible en: [revistas.udenar.edu.co/index.php/codex](http://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex)

SANABRIA VILLAMIZAR, R. J. (2014). Teleología de la cláusula de exclusión en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 5(9), 83-110.

VELEZ, Olga y GALEANO, M.,. Investigación cualitativa Estado del Arte. Universidad de Antioquia: Medellín.2002

VASQUEZ, Jean Paule. (2007). Los principios Rectores y garantías procesales en el sistema de enjuiciamiento Penal Colombiano. *Justicia Juris*. ISSN 1692-8591, Vol 8, octubre 2007-marzo 2009, pg. 69-83.

VILLAMIL PORTILLA, Edgardo. Teoría Constitucional del Proceso, Bogotá: Editorial Doctrina y Ley,1999, p. 50.

VICUÑA DE LA ROSA, M., & Castillo Galvis, S. H. (2014). La búsqueda de la verdad y la pasividad probatoria del juez penal. *Revista Academia & Derecho*, 5(8), 153-171.