

GUZMÁN DÍAZ, CARLOS ANDRÉS, "A propósito de la idea de "igualdad de armas" en el proceso penal", *Nuevo Foro Penal* 96, (2021).

A propósito de la idea de "igualdad de armas" en el proceso penal

"Regarding the idea of principle of equality of arms, in criminal proceedings"

Fecha de recepción: 14/02/2021. Fecha de aceptación: 06/05/2021

DOI: 10.17230/nfp17.96.1

CARLOS ANDRÉS GUZMÁN DÍAZ¹

Resumen

En el presente artículo se propone establecer el verdadero alcance del concepto comúnmente enunciado como "igualdad de armas" y su trascendencia en el proceso penal colombiano. Se analizan las facultades de las partes y la participación de otros intervinientes en ese modelo.

Abstract

The present article proposes to establish the true scope of the concept commonly stated as "equality of arms" and its significance in the Colombian criminal process. The powers of the parties and the participation of other participants in this model are analyzed.

Palabras clave

Igualdad de armas, balance procesal, equilibrio de oportunidades, proceso penal acusatorio, víctimas, ministerio público.

1 Profesor de posgrados. Máster en Derecho Penal, Universidad Externado; Máster en Política Criminal U. de Málaga; Doctor en Derecho, Universidad de Salamanca. El autor se ha desempeñado como defensor, fiscal, procurador y juez. Correo electrónico carlosguzman@rocketmail.com.

Keywords

Equality of arms, procedural balance, balance of opportunities, accusatory criminal proceedings, victims, public prosecutor's office.

Sumario

1. Introducción. **2.** Aproximación conceptual. **3.** Características y desarrollo del balance o equilibrio de oportunidades. **4.** Desbalances razonables. **5.** Otras intervenciones en el proceso penal y el equilibrio de oportunidades. **6.** Conclusiones. Bibliografía.

1. Introducción

En diferentes escenarios del ámbito penal se suele invocar, posiblemente con poco rigor conceptual, la expresión *igualdad de armas*; sin embargo, pocas veces se le ha dado un verdadero contenido a esa idea, con precisión acerca de sus alcances y repercusiones en un modelo con marcada tendencia adversativa como el que existe en Colombia. De ahí que su uso se haga más bien como parte de determinado discurso o para justificar alguna visión personal.

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

2. Aproximación conceptual

Cierta tarde, alguien lanzaba estas palabras:

"Escuchen esto, ustedes jueces, que en este día ni he comido, bebido, ni sobre mí ni piedra caliza ni hierba, ni ningún encantamiento, hechicería o brujería"².

De esta forma comenzaban las ordalías como antigua forma de buscar la verdad a través de combates a finales de la edad antigua. Se afirma que este método de

2 STERLING SILVER, JAY, "Equality of arms and the adversarial process". En *Wisconsin Law Review*. 1007, 1990, p. 44.

resolución de disputas nació en la época de Gundebaldo Candiaco, hijo de Chilperico I, rey de los Burgundios en tierras francesas, por allá en el año 501 D.C.³, según la cual el “tribunal” estaría dispuesto en un campo abierto y las partes estarían “vestidas con una armadura, con sandalias rojas, de las piernas desnudas rodilla hacia abajo, con la cabeza descubierta y con los brazos desnudos hasta los codos”⁴.

La idea, entonces, era que las partes en este juicio por combate⁵ tuviesen la misma protección y armamentos⁶. Aunque con ciertas discrepancias entre la literatura especializada⁷, parece que ese es el momento en que surge el concepto de igualdad de armas. Era una garantía para la resolución de conflictos, particularmente de naturaleza civil, entre dos contendientes; por lo que serían las deidades quienes

-
- 3 Sin embargo, se sostiene que la explicación puede verse en el derecho romano (imperante por aquél entonces en esa parte de Europa), con una fuerte conexión con los duelos entre gladiadores. También se ha difundido la teoría según la cual el César, cuando vio que dos de sus centuriones no lograban resolver una disputa, dispuso que se ubicaran en las filas enemigas para probar su valor. Incluso, se afirma que sus orígenes se remontan a las Sagradas Escrituras, al identificar duelos en Caín y Abel, o entre David y Goliat. Se agrega que tales combates tenían la misma lógica de las guerras, en las que las espadas serían guiadas por Dios quien, en este caso, protegería a los inocentes. Es más, los duelos también podrían cobijar a los testigos, “ya que cada hombre debe estar listo para defender con su espada la verdad que atestigua y someterse al juicio del Cielo”. Cfr. MILLINGEN, JOHN GIDEON, *The history of duelling. Vol. 1*. Samuel Bentley Print., Londres, 1841, p. 23 y s.s. Otros autores suelen ubicarlo como parte del principio *audi alteram partem*, atribuido a San Agustín de Hipona, en el Siglo IV d.C. Así, COLE, ROWLAND JV, en “Validating the Normative Value and Legal Recognition of the Principle of Equality of Arms in Criminal Proceedings in Botswana” en *Journal of African Law*, Vol 56 No. 1, 2012, p. 68.
 - 4 FEDEROVA, MARÍA IGOREVNA, *The Principle of Equality of Arms in International Criminal Proceedings*, Utrecht University, Utrecht, 2012. p. 15. Otras prácticas posteriores incluían el poner un centavo en cada uno de los dedos de los guantes de los combatientes y jurar que no habían acudido a encantamientos o hechicería. Al respecto, LEESON, PETER T., “Trial by battle”, en *Journal of Legal Analysis, Harvard Law School*, primavera de 2011, Vol. 3, No. 1., Boston, 2011, p. 341.
 - 5 Que en su tiempo fue denominado por Montesquieu como una “monstruosidad”. Así, *El Espíritu de las leyes*, traducida por Don Narciso Buenaventura, Imprenta Don Marcos Bueno, Madrid, 1845, p. 258.
 - 6 Esta idea de juicios por combate se mantuvo durante toda la edad media. Es más, el concepto de “igualdad” en las armas llegó al extremo de imponer que los duelos tuviesen lugar a medio día, para que ninguno de los contendientes pudiese aprovechar de mejor forma el sol. Así puede verse maravillosamente dibujado en el *Sachsenspiegel* (espejo sajón, podría ser su traducción literal), un código escrito en Dresden en 1220, disponible en <https://dl.wdl.org/11620/service/11620.pdf>, página 47, consultado en agosto de 2020.
 - 7 En efecto, con el tiempo se incorporó la idea del “campeón” de las partes: un contendiente contratado por los involucrados en el conflicto que pelearía en nombre de cada uno de ellos. Sin embargo, esta iniciativa siempre favoreció a los señores feudales, quienes tendrían mejores posibilidades económicas de contratar al más aventajado de los luchadores de la región, por lo cual, la idea de igualdad también resultaría en aquel tiempo bastante relativa. Así puede verse en LEESON, PETER T. Op. Cit. p. 346.

otorgarían la razón a aquél que lograra vencer al oponente. Desde aquél entonces es común (y válido) acudir a la idea de igualdad de armas en los casos de litigios entre particulares.

Por cierto, no es común encontrar la expresión *igualdad de armas* en los textos del proceso penal inspirado en el *common law*, como Estados Unidos⁸. Más bien, dicho concepto hace parte de los modelos de Europa continental y se puede hallar en algunos tribunales penales internacionales, dado que buena parte sus miembros tienen raigambre en esos sistemas de juzgamiento (*civil law*)⁹. Por tanto, en las páginas que siguen será frecuente acudir a las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de cortes ad-hoc que se han ocupado del tema.

Por lo pronto, desde ahora hay que reconocer que podría ser incorrecto hablar de igualdad de armas en el proceso penal y, menos, luego de las garantías alcanzadas a favor de los imputados después que Gundebaldo dejó de revisar rodillas y sandalias. Por ejemplo, en todo el derecho sancionador¹⁰ (incluyendo y especialmente en el penal) no existe (ni debería existir) esa igualdad cuando la carga de la prueba sobre la responsabilidad lo debe asumir, por mandato constitucional, una de las partes, cuya natural consecuencia es la presunción de falsedad de su tesis, representada en la contrapartida de inocencia con la que se ha de partir en un proceso penal a favor del imputado. Modificar este postulado puede resultar inconstitucional.

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

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

10 GUZMÁN DÍAZ, CARLOS ANDRÉS, "El alucinante derecho sancionatorio y la dosis personal", en Vélez Rodríguez Luis Andrés (Coord) *Racionalidad legislativa penal y cuestiones de política criminal*. Editorial Ibáñez, Bogotá, 2020, p. 481.

Igualmente, no habría plena igualdad cuando se nota la diferencia de recursos económicos de alguno de los contendientes, con capacidad para contratar determinados expertos, por ejemplo¹¹. O numéricamente: la cantidad de defensores según los procesados que comparecen ante el juez, 10, 15 o 20, frente a uno o, acaso, dos fiscales. Una igualdad absoluta implicaría no permitir más defensores que fiscales, lo que es contrario a las garantías convencionales.

Por la misma vía, la imposibilidad de condenar únicamente con prueba de referencia, pero sí de obtener una sentencia de absolución con ella, entre otros¹², son factores que determinan que el concepto de igualdad de armas en el proceso penal no solamente puede ser inadecuado, sino que, en ciertos casos, puede resultar contraproducente predicarlo en relación con una persona que es señalada de haber cometido un delito, si tenemos en cuenta que la ley permite situaciones desiguales que favorecen (y deben favorecer) al procesado, como parte de las garantías judiciales, bastante aceptadas hasta nuestros días. De ahí que Maier sostenga que las facultades de ambas partes sean “jurídicamente imposible de equiparar”¹³.

Por ello, cierto sector de la doctrina, aunque siga utilizando al rótulo tradicional (igualdad de armas), comprende adecuadamente que el sentido es realmente otro, como se explicará en el siguiente apartado. Así, por ejemplo, se precisa que las partes “estén provistas de las mismas facultades y de las mismas oportunidades”, por lo que el juzgador está en el deber de oírlos de igual manera¹⁴. De ahí que, se ha

-
- 11 RONDÓN, YOLANDA. “Unmasking equality of arms” en *The student appeal*, julio de 2012, explica que es muy común, incluso, ante los tribunales internacionales, que aparezcan “equipos de superdefensa”, como sucedió en los casos de Saddam Hussein y Uros Karadzic.
- 12 Laudan, en el contexto del sistema federal estadounidense (que algunos impropriamente denominan puro), identifica, solo en tema de pruebas, al menos 16 reglas que favorecen el camino de la absolución. Por ello, sostiene que “los entusiastas de este eslogan [de igualdad de las partes] pretenden hacernos creer que si no formulamos reglas probatorias y procedimentales a favor del acusado, el acusado inicia ‘el juego’ con grandes desventajas. El juego – adoptando esta engañosa metáfora por un momento – (continúa Laudan) ya se *inicia* con una fuerte inclinación a favor del acusado dado el estándar de prueba (...) sin importar si es culpable o inocente”. Cursiva es del texto original. LAUDAN, LARRY, *Verdad, error y proceso penal, un ensayo sobre epistemología jurídica*. Ediciones Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 2017. En un texto posterior identifica “más de 30 reglas de uso cotidiano” que generan asimetrías en las cargas probatorias, en beneficio del procesado. Cfr. LAUDAN, LARRY. “Por qué las reglas procesales asimétricas hacen imposible calcular un estándar de prueba racionalmente justificado”, en *Debatiendo con Taruffo*. Ferrer Beltrán y Vásquez Carmen (Coeds.), Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 344.
- 13 MAIER, JULIO B. J. *Derecho procesal penal. Tomo I. Fundamentos*. Ediciones del Puerto, 2ª edición, Buenos Aires, 1999, p. 578.
- 14 MORALES MARÍN, GUSTAVO. *Sistema Penal Acusatorio. Reflexiones jurídicas, económicas y sociales de la reforma*. Fiscalía General de la Nación - Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2005, p. 33.

señalado, "no se puede hablar de igualdad de armas en sentido absoluto, sino por el contrario de *igualdad de oportunidades*"¹⁵. En otras palabras, es una garantía según la cual "el acusado no debe ser privado de sus derechos procesales fundamentales en relación con el fiscal"¹⁶ o, como señala la Corte Constitucional lo que se debe promover es una "igualdad de oportunidades e instrumentos procesales"¹⁷.

De esta forma, Roxin y Schünemann concluyen que el concepto de igualdad de armas es "confuso"¹⁸ y agregan que, por un lado, es ilusorio y, por otro, es inadecuado afirmar que debe dársele trato igual a la acusación respecto de la defensa¹⁹. Es un error común. Por eso Baumann dice que "hoy ya no se puede hablar de igualdad de armas", sino más bien, "de una relación equilibrada entre derechos y deberes" entre fiscalía y defensa²⁰.

En consecuencia, parece que la denominación más adecuada es la propuesta por los profesores de la universidad de Múnich, por lo que en lo sucesivo se acogerán otros conceptos, como el de **balance procesal** (*Verfahrensbalance*), que los autores mencionados con precisión utilizan²¹, pues permite representar mejor la idea de un proceso con **equilibrio de oportunidades** ya mencionadas. ¿En qué consiste concretamente ese balance o equilibrio? A continuación, algunas ideas básicas.

15 ORÉ GUARDA, ARSENIÓ. *Manual de derecho procesal penal, Tomo I*. Editorial Reforma, Lima, 2011, p. 151. En igual sentido, NEYRA FLORES, JOSÉ ANTONIO. *Tratado de derecho procesal penal*. Idemsa, Lima, 2015, p. 259, al manifestar que se trata de "equiparar las posibilidades del imputado respecto de aquellos que poseen los órganos de persecución penal del Estado en el proceso".

16 MARIN, MRČELA, "Adversarial principle, the equality of arms and confrontational right – European Court of Human Rights recent", en *European Union and comparative law issues and challenges*, disponible en <https://hrcak.srce.hr/ojs/index.php/ecllc/article/download/6519/3428>, consultado en junio de 2020.

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

18 ROXIN, CLAUS y SCHÜNEMANN, BERND. *Strafverfahrensrecht*. C.H. Beck, Múnich, 2017, p. 71. Para los autores, no es posible hablar de esa igualdad, cuando carece el "imputado, por ejemplo, en el caso de un testigo de descargo, el derecho a realizar por sí mismo una investigación" que sea consecuente con el Código Procesal penal alemán.

19 También sugieren que la posición de la defensa pueda ser más favorable "de carácter compensador" en el juicio oral frente a la fiscalía. ROXIN y SCHÜNEMANN, Op. Cit. p. 71.

20 BAUMANN, JÜRGEN, *Derecho Procesal penal. Conceptos fundamentales y principios procesales*. Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1986, p. 36. Un planteamiento adicional, a propósito del equilibrio de posibilidades, hace viable el hallazgo de la verdad y, por tanto, dice Baumann, "es mejor que el proceso angloamericano".

21 Dicha expresión también es acogida por varios autores, por ejemplo, MAIER, JULIO B., Op. Cit. p. 579, aunque en otros apartes usa la noción de "igualdad de posiciones".

3. Características y desarrollo del balance o equilibrio de oportunidades

Así como ha sido difícil lograr un consenso sobre el real contenido de lo que se había denominado como “igualdad de armas”, también ha resultado complejo determinar cuáles son sus alcances. Por ejemplo, para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a propósito de un caso civil, la predicada igualdad se traduce en la posibilidad del *demandado* de tener “una oportunidad razonable de presentar su caso ante la corte bajo condiciones que no lo ubica en una *desventaja sustancial, vis a vis*, frente a su oponente”²².

Por su parte, si se toma en cuenta lo dicho por la Corte Constitucional, con apoyo en jurisprudencia española, el concepto analizado implica la oportunidad que tienen las partes de actuar con “las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación”²³. El problema de esta cita es que toma en cuenta un precedente ibérico dictado en un proceso que no es de naturaleza penal. Esto es crucial al analizar la relevancia de lo que es objeto de discusión, pues no será lo mismo presentar un caso que involucre intereses particulares, a uno donde las preocupaciones sociales en la solución adecuada del caso, trascienden tales intereses y en el que existen cargas probatorias bien diferenciadas, como en el campo penal.

Por tanto, afirmar que, en el sistema penal acusatorio, como lo sugiere el tribunal constitucional, deben existir las mismas cargas de prueba, resulta impreciso. En efecto, tal como se insinuó previamente, el deber de fundamentar los hechos constitutivos de la infracción penal corresponde al órgano de acusación²⁴, es decir, a la Fiscalía General de la Nación o, en cuanto corresponda, al acusador particular. Por ello, las cargas de las partes en el proceso penal no son equivalentes, como se verá en el apartado siguiente. Bastaría anticipar con que la defensa puede hacer consistir su estrategia en no probar nada.

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

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

24 Esta carga no se debería modificar, ni siquiera, bajo la extraña fórmula de la “carga dinámica de la prueba”. Al respecto, con más amplitud puede consultarse nuestro trabajo “La carga dinámica de la prueba en el delito de lavado de activos. Un análisis crítico a la posición jurisprudencial en Colombia”, en CARRIÓN DÍAZ, JUAN, VIVEIROS, CARLOS y GUZMÁN DÍAZ, CARLOS ANDRÉS, *El delito de lavado de activos. Aspectos de política criminal, dogmáticos y probatorios*. Editorial Ibáñez, Bogotá, 2019, p. 451 y s.s.

En cambio, según Ferrajoli, tras reconocer desequilibrios institucionales en el proceso penal, ha de buscarse la paridad, para lo cual se precisan de dos condiciones. Por una parte, que el imputado esté asistido por un defensor en situación de competir con la fiscalía. Por otro lado, es necesaria la presencia del imputado y su defensor "en todas las actividades probatorias"²⁵.

Por otra parte, para Andrade Castro y Córdoba Angulo ese equilibrio descansa en dos presupuestos: la igualdad de oportunidades para recoger evidencia y la similitud de potestades atribuidas a las partes. Es decir, que no existan "privilegios o prebendas para alguna de las partes"²⁶.

Este criterio ha sido entendido también como una manifestación del derecho a la contradicción, de tal suerte que permite realizar recaudo probatorio, que facilite la controversia de los medios de conocimiento que presente la fiscalía "en lo que dentro de la dogmática procesal se conoce como *igualdad de oportunidades*"²⁷.

Bernal Cuellar y Montelaegre Lynett sostienen que los modelos adversativos exigen que las partes se "presenten y actúen en el proceso en condiciones de *igualdad relativa*"²⁸. Particularmente, destacan dos características: igualdad de oportunidades para recoger evidencia y "potestades *similares*".

En el primer punto, advierten que en ciertos casos posiblemente la defensa no tendrá los mismos medios de los que dispone el Estado, para lo cual es necesario que puedan aprovechar "de alguna manera" la infraestructura investigativa del Estado a favor suyo. Además, esa igualdad relativa hace que "no todas las potestades que se reconocen a una de las partes son trasladables a la otra", por lo que, para superar esos problemas, se habilita a la defensa para que acuda al juez de garantías.

25 FERRAJOLI, LUIGI. *Derecho y razón. Teoría del garantismo Penal*. Editorial Trotta, Madrid, p. 614.

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

27 CABEZAS MARTÍNEZ, CHRISTIAN y VELASCO MUÑOZ, JAIME ANDRÉS. *Principios rectores del sistema procesal penal con tendencia acusatoria*. Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2018, p. 51.

28 BERNAL CUÉLLAR, JAIME y MONTEALEGRE LYNETT, EDUARDO. *El Proceso penal. Fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio*. Tomo I. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2004, p. 126.

Es decir, no existe una plena igualdad, pero que tal distinción, agregan, resultaría válida dado que de esta forma se armoniza ese fin pretendido con “el deber estatal de proteger derechos fundamentales”²⁹.

Por eso dice Chaia, con gran razón, que la expresión *igualdad de armas* resulta engañosa, pues no se le otorga al imputado, por ejemplo, el derecho de conducir los actos de la investigación o utilizar la fuerza pública, ni otros medios que sí tiene a su alcance la fiscalía³⁰. Estas facultades, al menos en Colombia, se basan en temas de urgencia y de la ubicación de la fiscalía dentro de la rama judicial (art. 116 C. Pol.), así como en las obligaciones de ejercer la acción penal y evitar la impunidad de comportamientos altamente lesivos para los intereses constitucionalmente relevantes.

Para Cafferatta Nores la igualdad mencionada se expresa de la mejor forma como respeto al “principio contradictorio”, lo que habilita a refutar la tesis de la parte opuesta, para lo cual se requiere el reconocimiento de “iguales atribuciones” a las partes en la posibilidad de producir pruebas, controlar las de la contraparte, argumentar ante los jueces su fuerza de convicción y de contar con las mismas posibilidades de intentar lograr el acogimiento por la jurisdicción del interés defendido por dicha parte³¹.

En suma, podríamos decir que en nuestro medio dicho equilibrio de oportunidades o balance procesal en el derecho penal se podría fundamentar, principalmente, en los siguientes siete criterios: i. posibilidades relativamente simétricas de recaudar evidencia; ii. oportunidad para suministrar y solicitar el descubrimiento de pruebas que se pretendan usar en juicio; iii. solicitar, con las cargas argumentativas paritarias, las pruebas que se pretendan hacer valer y de oponerse a la presentación de las de la parte opuesta; iv. analogía en el trato hacia los testigos de las partes durante su práctica; v. capacidad de presentar alegatos en tiempos y oportunidades simétricas; vi. equivalencia de facultades para impugnar las decisiones adversas; y vii. contar con un defensor con capacidad de refutar la tesis de la fiscalía.

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

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

30 CHAIA, RUBÉN. *La prueba en el proceso penal*. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2010, p. 334.

31 CAFFERATTA NORES, JOSÉ I. *Proceso penal y derechos humanos*. Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 13.

i. *Sobre la posibilidad de recaudar evidencia por parte de la defensa.* A diferencia de lo que ocurre en algunos modelos latinoamericanos, en Colombia aparece expresamente señalado en el artículo 125 del Código de Procedimiento Penal la facultad que tienen los defensores de recoger elementos probatorios por iniciativa propia y sin tener que acudir a la fiscalía³². De hecho, la exigencia que allí se imponía al defensor, en relación con la certificación expedida por la fiscalía para tal fin, fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-536/08. Adicionalmente, para ejercer la facultad de recoger evidencia no hace falta que se haya vinculado formalmente al imputado a la investigación, sino que ello puede ocurrir también durante la indagación preliminar³³, contando, incluso, con la posibilidad de acudir para tal fin al juez de control de garantías³⁴.

En lo que se refiere al aprovechamiento *relativo* de la infraestructura del Estado, bien puede cotejarse, no solo con la misma norma, sino con el artículo 204 de ese código, al precisar que el imputado o su defensor pueden solicitar el "auxilio y apoyo técnico-científico" al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses³⁵.

Esa misma relatividad, esta vez, en los actos de investigación, la destacan los profesores Bernal Cuellar y Montealegre Lynett. En efecto, la Constitución autoriza que ciertos actos de investigación con incidencia en derechos fundamentales puedan ser desplegados directamente por la Fiscalía sin necesidad de autorización previa de un juez de garantías³⁶. Ha de referirse, por ejemplo, a diligencias de allanamiento, registro, búsqueda de información producto de la transmisión de datos e incautación o interceptación de comunicaciones. La facultad de realizar los mencionados actos de investigación, sin necesidad de autorización previa, no está conferida a la defensa, como tampoco al acusador privado, a las víctimas o al Ministerio Público. En cambio, la defensa está plenamente facultada para realizar otros actos de investigación

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

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

34 Vgr. Corte Suprema de Justicia, CSJ STP, 3 may 2017, rad. T91096,;CSJ AP, Dic. 1 de 2010, Rad. 35432; CSJ AP, feb. 23 2011, Rad. 35870; y CSJ AP, 12 Sep. 2012, Rad 39602.

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

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

cuando no tienen incidencia alguna en derechos fundamentales, sin que para ello se precise intervención del juez de garantías.

ii. *Posibilidad de suministrar y solicitar el descubrimiento de la evidencia.* Salvo lo que se indicará en el apartado siguiente, el equilibrio procesal también se manifiesta en el descubrimiento probatorio. Las partes han de conocer oportunamente lo que utilizará el oponente, lo que garantiza que ambos lleguen en paridad de condiciones al juicio³⁷. Esto, por demás, toma distancia de algunos modelos del *common law* en los que la fiscalía puede conocer las evidencias de la defensa antes del juicio oral o, en otros casos, sólo podrá conocer lo que ella presentará cuando la fiscalía ha concluido la presentación de su caso (*chief in case*)³⁸, lo que justifica que en esos contextos tenga mayor relevancia la prueba de refutación³⁹.

iii. *Solicitud de prueba.* Igualmente, ha de existir un equilibrio en cuanto a las posibilidades de ofrecimiento de prueba. En el proceso penal no hay un límite máximo, de rango legal, respecto del número de testigos que las partes puedan convocar, ni sobre el tipo de prueba que, según el rol, puedan proponer⁴⁰. Lo único que se les exige a ambas partes, es que lo hagan en el momento oportuno⁴¹ y que entreguen una carga argumentativa suficiente sobre su pertinencia, en los términos del artículo 375 del

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

38 Las diferentes prácticas entre estados en los Estados Unidos, así como las subreglas sobre descubrimiento de la defensa pueden verse en WHITEBREAD, CHARLES y SLOBOGIN, CHRISTOPHER, *Criminal Procedure an analysis of cases and concepts*. Foundation Press, 5ª Edición, Nueva York, 2008, p. 682. Igualmente, en BERGMAN, PAUL y BERMAN, SARA, *Criminal Law Handbook*. Nolo editores, 11ª Edición, Berkeley, 2009, p. 338. También hay que precisar que en el procedimiento inglés no existe obligación para la Fiscalía de descubrir ningún tipo de información mientras la investigación avanza. Al respecto, JACKSON, JOHN D., "The Effect of Human Rights on Criminal Evidentiary Processes: Towards Convergence, Divergence or Realignment?", en *The Modern Law Review*, Blackwell publishing, Oxford, 2005, p. 737. En sentido contrario, en nuestro medio, la sentencia C- 559/19 prácticamente permite el descubrimiento desde la fase de indagación.

39 Sobre el tema, GUZMÁN DÍAZ, CARLOS ANDRÉS, "La prueba sobre la prueba", en: *Libro Homenaje a Jorge Arenas Salazar*. Universidad Nacional de Colombia, en imprenta.

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

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

Código de Procedimiento Penal⁴² y, en algunos casos, de admisibilidad o de utilidad.

Además, ambas partes tienen la posibilidad de oponerse, en pleno equilibrio, de la solicitud de pruebas que ha hecho la contraparte, a través de la petición de exclusión, rechazo o inadmisión de medios de conocimiento que, por ejemplo, hayan sido obtenidos con violación de garantías fundamentales, o que no hayan sido descubiertos, o que no se haya argumentado adecuadamente su pertinencia con lo que es tema de debate, respectivamente, entre otras posibilidades.

A propósito, se anticipa que, tal como enseña la jurisprudencia comparada, se puede romper ese equilibrio si a la defensa le resulta admisible una prueba de referencia que, en iguales circunstancias, no le es posible presentarla a la Fiscalía⁴³, o viceversa.

iv. *Igualdad en la práctica de pruebas*. Defensa y fiscalía se someten a las mismas reglas de interrogatorio y contrainterrogatorio. La técnica del examen cruzado no debe cambiar según el rol. Claro, la forma de las preguntas puede variar, pero conforme a que estemos ante un testigo convocado por la parte, o por la contraparte. En la jurisprudencia internacional, podría haber una afectación al equilibrio procesal cuando, por ejemplo, se le da un tratamiento diferenciado ex ante al perito de la defensa, en relación con el experto que es citado por la fiscalía⁴⁴. En nuestro medio, se afectaría el equilibrio de oportunidades al autorizar que, cuando se ha permitido la presentación de peritos a ambas partes, uno de los dos expertos sea eximido de aparición en juicio, en contravía del artículo 415 del Código Procesal.

v. *Balance en los turnos, oportunidades y tiempos para alegar*. Al respecto, legalmente no existe mayor distinción. Los tiempos para alegar pueden ser análogos, aunque la práctica enseña que, dada la menor actividad probatoria de la defensa o del copioso número de procesados que acuden al juicio, algunos jueces, a partir del concepto de dirección de audiencia, suelen conceder un plazo menor a los defensores para ese propósito. El turno inicial, al menos durante el juicio, corresponde a la fiscalía, en una oportunidad equivalente para todos: una vez finalizada la práctica de pruebas.

vi. *Equilibrio en la presentación de recursos*. En primer lugar, las partes conocen de forma coetánea el sentido de la decisión, por lo que la oportunidad para impugnarla se hace simétrica. Ahora bien, en cuanto a los turnos, sustentará en primer término

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

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

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

quien esté en desacuerdo con la determinación adoptada y, enseguida, la réplica para las demás partes o intervinientes. Los tiempos, en ese caso, pueden ser análogos, a tal punto que cuando se trata de una sentencia, y la apelación se hace por escrito, el plazo es exactamente igual para unos y otros⁴⁵.

También existen similares posibilidades para acudir en casación, sin que para tal fin se imponga un número máximo de páginas para la presentación de la demanda⁴⁶. En cambio, la Corte Suprema sí ha establecido un tiempo máximo de sustentación del recurso, con independencia del rol que se asuma.

vii. *Contar con un defensor en capacidad de competir con la fiscalía*. Este específico asunto, en abstracto, puede generar alguna preocupación. Así, en Colombia para ser fiscal se requiere, al menos, dos años de experiencia profesional, es decir, después del grado en derecho. Sin embargo, para defender a un ciudadano basta simplemente con ser abogado, por lo que no es relevante la experiencia⁴⁷. Es más, si nos atenemos a lo señalado en el artículo 30 de la Ley 196 de 1971, modificada por la Ley 583 de 2000⁴⁸, incluso hasta estudiantes de derecho pueden asumir la defensa “técnica” de una persona en determinados juicios criminales. En consecuencia, tal aspecto debería ser objeto de un análisis de *lege ferenda*, para garantizar un adecuado equilibrio procesal: todo defensor principal en causas

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

46 A diferencia en lo que ocurre en la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, donde la solicitud no debe exceder de 50 páginas para las partes, mientras que para quien actúe como *amicus curiae* o *friend of the court*, debería ser un poco menos. Al respecto, puede verse la página oficial de ese tribunal: <https://www.uscourts.gov/about-federal-courts/educational-resources/about-educational-outreach/activity-resources/supreme-1> consultada en agosto de 2020.

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

48 Cfr. C-744/98, Corte Constitucional.

penales debería contar, al menos, con dos años de experiencia profesional, dados los altos costos de una condena injusta.

Por lo pronto, diremos que la presencia del abogado defensor, libremente designado por el acusado o, en su defecto, por el Estado, cuya representación el procesado no puede renunciar⁴⁹, incluso, si él tuviese la calidad de abogado⁵⁰, garantiza que se realizará una oposición realmente jurídica a la tesis planteada por la fiscalía⁵¹.

De lo expuesto, se puede evidenciar que hay un elemento común en buena parte de los fundamentos mencionados: el equilibrio se mide en escenarios verdaderamente contenciosos. Es decir, la igualdad de oportunidades se evalúa a partir de las condiciones en que las partes se presentan y participan ante el juez⁵². Esto es relevante, como se ampliará en su momento: no es cierto que todo el sistema de justicia se deba medir por la actuación frente a los jueces. Hay mucho más que audiencias en nuestro modelo.

Entre tanto, y para culminar este apartado, se puede afirmar que en Colombia existe, al menos en principio y desde un punto de vista estrictamente teórico, salvo lo relacionado con las condiciones profesionales del defensor, un adecuado *equilibrio de oportunidades* en aquellos aspectos que, según la doctrina, merecen mayor atención. Pero también es cierto que, como se había anticipado, no es correcto decir que se debería aplicar una plena y estricta "igualdad de armas" en el proceso penal, pues eso podría perjudicar las garantías alcanzadas a favor de los procesados.

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

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

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

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

A continuación, se desarrollará esta idea.

4. Desbalances razonables

El derecho a la igualdad en el proceso, según Picó i Junoy no impide que el legislador establezca diferencias de trato, siempre que encuentren una “justificación objetiva y razonable, valorada en atención a las finalidades que se persiguen por la ley”⁵³. Es esto precisamente lo que ocurre en el proceso penal. No es posible hablar, al menos en el marco del proceso penal, de una absoluta igualdad de las partes. Defender tal idea es realmente perjudicial, principalmente, para los derechos del investigado.

Al contrario, debería asumirse un plano de desigualdad presunto: dado que en la mayoría de los casos el procesado parte materialmente de una situación asimétrica frente a la fiscalía⁵⁴, es el legislador o la jurisprudencia quienes han establecido ciertos desbalances a favor de aquél. Se trata de un desequilibrio en el “campo de juego”, como parte de un juicio justo, en favor del procesado⁵⁵. Conviene de todas formas preguntarse ¿Es legítimo que, en ciertas circunstancias, se permita tal desbalance?

En efecto. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que la igualdad pregonada y la confrontación están estrechamente vinculadas con el concepto de audiencia imparcial, según el artículo 6.1 de su convención, por lo tanto, se requiere de un “*equilibrio justo* entre las partes: cada parte debe tener una oportunidad razonable de presentar su caso en condiciones que no lo coloquen en una *desventaja sustancial* frente a su oponente u oponentes”⁵⁶. No obstante, a continuación, ese tribunal advierte que “sin embargo, los derechos derivados de estos principios no son absolutos (...) Los Estados contratantes disfrutaban de un cierto margen de apreciación en esta área”⁵⁷.

53 PICO I JUNOY, JOAN, *Las garantías constitucionales del proceso*. J.M. Bosch editor. Barcelona, 1997, p. 132 y 133.

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

55 FEDEROVA, MARÍA IGOREVNA, *The Principle of Equality of Arms in International Criminal Proceedings*, Utrecht University, Utrecht, 2012. p. 460.

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

57 *Ibidem*.

Con esa misma lógica, se han admitido tales desbalances en la legislación colombiana, por ejemplo, en materia de descubrimiento, que no es simétrico. Mientras la fiscalía tiene que hacer la enunciación, exhibición y puesta a disposición de las evidencias a la defensa de la forma más completa posible⁵⁸, incluyendo aquellos elementos de conocimiento que puedan serle favorables al procesado⁵⁹; no encontrará en ello reciprocidad. Es decir, la defensa no tiene que descubrir aquello que sea benéfico para la fiscalía⁶⁰.

Como se anticipó, en la carga de la prueba también hay tratamientos diferenciados. Con precisión afirma Baumann: el defensor "no está facultado – por no decir obligado – para contribuir con la prueba del hecho punible, tampoco si está al corriente de la autoría del imputado"⁶¹. En consecuencia, mientras que si la Fiscalía no solicita pruebas, lógicamente no conseguirá su pretensión, la defensa, sin hacerlo, puede lograr que su pretensión sea acogida. Bastaría con que el defensor muestre los errores de la fiscalía en la presentación de su caso. Incluso, el juez, sin solicitud de la defensa, puede reconocerlos y absolver.

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

Por otra parte, aunque sin tener una posición uniforme, para la Corte Suprema de Justicia resulta válido que el defensor presente como testigo al acusado en su propio juicio, aun si no ha sido solicitado como tal en la audiencia preparatoria, con tal que no haya concluido la fase probatoria del juicio oral⁶².

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

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

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

61 BAUMANN, JÜRGEN. Op, cit. p. 22.

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

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

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

Sin embargo, se ha subrayado, tanto en el anterior apartado, como en este, el concepto de *desventaja sustancial*. Esa noción no ha sido suficientemente definida, ni en los organismos de supervisión y control de derechos humanos⁶³, ni en los tribunales penales internacionales. Usualmente se refiere a temas relacionados con la posibilidad que tienen de acceder a la evidencia de la contraparte, o al tiempo concedido para presentar cada uno de los casos. De cualquier forma, hay eventos que, por sí mismos, no generan esa desventaja sustancial. De esta manera fue analizado con detenimiento en el caso Kalimanzira del Tribunal de Ruanda⁶⁴, como se indica a continuación.

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

64 Tribunal Penal Internacional para Ruanda – Naciones Unidas, Cámara de Apelaciones, sentencia del 20 de octubre de 2010, Fiscalía contra Callixte Kalimanzara. Decisión disponible en <https://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ictr-05-88/appeals-chamber-judgements/en/101020.pdf> consultada en julio de 2020. Por la trascendencia de sus afirmaciones, conviene mencionar que ese tribunal estuvo compuesto por el profesor de la Universidad de Nueva York, el estadounidense Theodor Meron (presidente); Mehmet Güney profesor en Turquía; Fausto Pocar, profesor emérito de la Universidad de Milán; la juez senegalés Andrésia Vaz, egresada de la Centre National d'Etudes juridiques y miembro permanente de la Comisión Internacional de Juristas; y el doctor en derecho por la Universidad de Malta y exmiembro de la oficina de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Carmel Agius. Esto para resaltar que, como ocurre en otros tribunales internacionales, las personas que los componen vienen de diferentes modelos de enjuiciamiento y cuentan con amplia trayectoria en temas jurídicos a nivel mundial.

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

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

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

También se cuestionó que por la fiscalía actuaron tres fiscales, que es un número mayor que el de defensores. A lo cual replicó el Tribunal "el principio de igualdad de armas requiere un órgano judicial para garantizar que ninguna de las partes sea puesta en desventaja al presentar su caso. Este principio *no requiere, sin embargo, igualdad material* entre las partes en términos de recursos financieros o humanos"⁶⁵.

Frente a la objeción del tiempo y personal destinado a la defensa, se sostuvo que mientras la fiscalía tuvo un equipo de 35 investigadores que indagó los hechos entre 1998 y 2009, la defensa tuvo solo 2, para hacer su trabajo durante 2 meses. La respuesta del tribunal fue análoga a la anterior: la igualdad no se mide en términos financieros o humanos. En consecuencia, no se atendió tal consideración.

A igual conclusión llegó el Tribunal Penal para Yugoslavia, cuando al resolver una apelación sostuvo que corresponde a la autoridad judicial "garantizar que ninguna de las partes se encuentre en desventaja al presentar su caso, ciertamente en términos de *equidad procesal*"⁶⁶. A continuación, advirtió:

65 Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Op Cit.

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

“Sin embargo, esto no quiere decir que un acusado tenga necesariamente derecho a la misma cantidad de tiempo o al mismo número de testigos que el procesamiento. La Fiscalía tiene la carga de contar una historia completa, de armar una narración coherente y probar todos los elementos necesarios de los crímenes acusados más allá de una duda razonable. La estrategia de defensa, por el contrario, a menudo se enfoca en hacer agujeros específicamente dirigidos en el caso de la Fiscalía, un esfuerzo que puede requerir menos tiempo y menos testigos. Esta es una razón suficiente para explicar por qué un principio de proporcionalidad básica, en lugar de un principio estricto de igualdad matemática, generalmente gobierna la relación entre el tiempo y los testigos asignados a las dos partes”⁶⁷.

En el contexto del sistema de protección de derechos en Europa, en el caso *Bulut contra Austria*, la defensa también argumentó que se violó tal igualdad cuando el juez investigador en los procedimientos preliminares (aquí lo podríamos llamar *juez de garantías*) también presidió el juicio. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos no encontró violación porque ambas partes renunciaron al derecho de reclamar la nulidad antes del juicio y no hubo preocupación por “prejuicios o parcialidad”⁶⁸.

Estas ideas pueden parecer inquietantes en nuestro medio y, adviértase, no se sugiere que ello constituya un actuar deontológico en el proceso colombiano. Por el contrario, solo se describe el margen de apreciación con que cuentan las autoridades para evaluar cuánto desbalance es admisible⁶⁹.

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

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

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

69 Este mismo desbalance es explicado también, según la etapa procesal, por ARMENTA DEU, TERESA. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. 2ª edición, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 44.

5. Otras intervenciones en el proceso penal y el equilibrio de oportunidades

Uno de los más frecuentes argumentos que se emplean para decir que nuestro sistema procesal no es el adecuado, por contravenir aquel criterio de la "igualdad de armas", se fundamenta en la posibilidad que tiene el juez de escuchar otras voces en ciertas etapas. Por tanto, vamos a ver cuál es el entendimiento que ha tenido este tema, tanto en el ámbito del derecho comparado, como en nuestro medio.

a. Las víctimas.

Dado que, como ha quedado visto, el tradicional criterio de "igualdad de armas" tiene un mayor arraigo en los modelos europeos, es prudente iniciar el estudio de la participación de las víctimas en el proceso penal en ese contexto jurídico. Allí se ha señalado que, teóricamente, la igualdad debería para todas las partes que intervienen en el proceso. Así, según McBride, la jurisprudencia del Tribunal Europeo ha establecido una amplia gama de derechos para las víctimas en los procesos penales y sus implicaciones en relación con el derecho de acceso a un tribunal, como parte de los derechos civiles (*civil rights*)⁷⁰.

De hecho, ese tribunal ha señalado que las restricciones establecidas en ciertas legislaciones penales en relación con las víctimas, "pueden poner en duda si los derechos de la parte perjudicada a la igualdad de armas y el acceso a un tribunal, como lo garantiza el artículo 6.1 de la Convención, son respetados"⁷¹. En otras palabras, para la Corte de Estrasburgo esa igualdad tan demandada también debería predicarse a favor de las víctimas, quienes pueden ejercer ciertos derechos dentro del proceso penal. En consecuencia, dice el Tribunal europeo:

"Esos derechos incluyen, a modo de ejemplo, la posibilidad de solicitar que el fiscal solicite al juez investigador la presentación inmediata de pruebas y el derecho a nombrar un representante legal para el ejercicio de los derechos y poderes (...). Además, el ejercicio de esos derechos puede resultar esencial para una participación efectiva en los procedimientos como parte civil, especialmente cuando, como en el caso actual, es probable que ciertas pruebas se deterioren con el tiempo y ya no se puedan obtener en etapas posteriores.

70 McBride Jeremy, "The case law of the european court of human rights on victims' rights in criminal proceedings", en *European Union – Council of Europe joint Project "Application of the European Convention on Human Rights and harmonisation of national legislation and judicial practice in line with European standards in Georgia"*, disponible en: <https://rm.coe.int/council-of-europe-georgia-european-court-of-human-rights-case-study-vi/16807823c4> consultado en junio de 2020.

71 TEDH, sentencia del 24 de febrero de 2005, caso Sottani c. Italia.

Los procedimientos. Además, la parte perjudicada tiene derecho a presentar alegatos en todas las etapas del procedimiento y, excepto en los procedimientos de casación, puede solicitar la inclusión de pruebas⁷².

Así, ese Tribunal Europeo, en el caso *Berger c. Francia*⁷³, recordó que el acceso a la administración de justicia es un derecho protegido por el artículo 6.1 del convenio europeo; sin embargo, los países cuentan con cierto margen de apreciación para regular la posibilidad de acceder a un tribunal. Pero esa regulación no puede llegar al punto de anular desproporcionadamente el derecho. Esto a propósito, de acuerdo con el fallo, de las limitaciones que existen en la legislación francesa para que la parte civil pueda acudir en casación.

Posteriormente, sostuvo que la diferente naturaleza entre procesos penales y civiles, no significa que en los primeros los tribunales “puedan ignorar la situación de las víctimas y rebajar sus derechos”, por lo que, al analizar la legislación francesa, la Corte resalta el debido “equilibrio entre los derechos de las partes”, por lo que los “derechos de las víctimas serán salvaguardados”⁷⁴, de conformidad las recomendaciones del Comité de Ministros de la Unión Europea.

Precisamente, la decisión Marco del Consejo de Europa, sobre situación de las víctimas en los procesos penales, dice en el artículo 2 que “cada Estado miembro garantizará que las víctimas tengan un papel real y apropiado en su sistema jurídico penal”⁷⁵. Luego aparece la directiva de 2012, con la que se “busca colocar a la víctima de un delito *en el centro del sistema de justicia penal*, que tradicionalmente ha tendido a enfocarse en el derecho del acusado”⁷⁶.

Por eso, el Tribunal Europeo ha sostenido que los Estados deben garantizar que la víctima pueda “participar en el procedimiento en la medida necesaria para salvaguardar sus intereses legítimos”⁷⁷. Incluso, en casos de acuerdos de culpabilidad, las víctimas deben tener derecho a participar en el proceso penal y a ser escuchadas al interior de él⁷⁸.

72 Ibídem.

73 TEDH, sentencia del 21 de mayo de 2003, *Berger c. Francia*.

74 TEDH, sentencia del 12 de febrero de 2004, *Pérez c. Francia*.

75 Consejo de Ministros de la Unión Europea, 2001/220 / JAI: Decisión marco del Consejo, de 15 de marzo de 2001, sobre la situación de las víctimas en los procesos penales.

76 Parlamento Europeo, *The Victims' Rights Directive 2012/29/EU*, disponible en [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/611022/EPRS_STU\(2017\)611022_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/611022/EPRS_STU(2017)611022_EN.pdf) consultado en julio de 2020. Cursiva no es del texto original. Afirmación reiterada en la Resolución del Parlamento Europeo de 30 de mayo de 2018: “*Minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime*”.

77 TEDH, sentencia del 3 de diciembre de 2018, *SM contra Croacia*.

78 TEDH, sentencia 27 de abril de 2011, *Dimitrova y otros c. Bulgaria*. En ese caso, el tribunal consideró

Este ha sido el entendimiento en el Tribunal de Estrasburgo. Sin embargo, algunos tribunales penales internacionales han sido un poco más cautos al respecto. Así, por ejemplo, el Tribunal Especial para Camboya restringió la posibilidad a los abogados de la "parte civil" de interrogar al acusado, a testigos expertos o a los testigos de la defensa sobre el carácter del procesado⁷⁹. En otras instancias, como el Tribunal Especial para el Líbano se ha habilitado a la representación de víctimas para: i. presentaciones orales o escritas; ii. llamar a declarar testigos; iii. presentar "otra evidencia"; y iv. interrogar o examinar testigos⁸⁰.

En el ámbito local, de tiempo atrás, países como Austria⁸¹, Bélgica, Polonia⁸², Francia, Alemania⁸³, Grecia, Portugal⁸⁴, España y Holanda permiten la participación

que el acuerdo de culpabilidad dejó de lado diferentes hipótesis razonables que daban cuenta de hechos más graves. Además, ese acuerdo no dio la posibilidad de apelar la determinación.

- 79 Tribunal Penal Especial para Camboya, caso Kain Guek Eav, Caso No. 001/18-07-2007/ECCC/TC, D, decisión del 12 de octubre de 2009. Críticamente, al respecto, puede verse a WERNER ALAIN y RUDY DANIELLA, "Civil Party Representation at the ECCC: Sounding the Retreat in International Criminal Law?" en *Northwestern Journal of International Human Rights*, Volumen 8, No. 3, artículo 4, Chicago, verano de 2010, p. 302 y s.s.. Los autores sostienen que es una restricción en hacer preguntas sobre el carácter, por ejemplo, es una limitación injustificada: "Cualquiera que haya escuchado a la comunidad civil relatar la enorme crueldad sufrida durante la era de Khmer Rouge, sin duda estará de la importancia y, de hecho, su necesidad de permitirles la participación en el proceso penal ante ese tribunal", por lo tanto, las consideraciones sobre eficiencia "ignora el equilibrio entre los derechos del acusado y de las víctimas", p. 309.
- 80 Tribunal Especial para el Líbano. Marco legal para la participación de víctimas en el procedimiento. En <https://www.stl-tsl.org/en/victims/legal-framework-for-victims/jurisprudence>, consultado en junio de 2020.
- 81 El *Strafprozessordnung*, establece la posibilidad a la víctima (*Opfer*), en su calidad de parte, de recusar al juez, de estar representada en los procedimientos, de acceder a la carpeta y de interrogar a los testigos en juicio (art. 66).
- 82 Allí, desde la reforma de 2013, las víctimas tienen derecho a presentar mociones probatorias (artículo 315), para participar en procedimientos probatorios, el derecho a tener un asesor legal y, dentro de ciertos límites, el derecho a acceder al archivo del caso. Si las víctimas optan por actuar como fiscales adjuntos (*oskarzyciel posiłkowy*), tienen amplios derechos de participación en la fase de prueba, incluido el derecho a presentar su evaluación final después que el fiscal ha hecho su presentación del caso. La víctima también tiene derecho a apelar contra el fallo del tribunal de primera instancia, incluyendo la decisión de no presentar evidencia.
- 83 En el derecho germano, la víctima puede, en la actualidad, participar como acusador privado o como acusador adjunto (*Nebenkläger*). Además, tiene la facultad de proponer testigos para ser escuchados en juicio y hacer mociones de procedimiento para ayudar a establecer la verdad (Par. 397).
- 84 En ese país, desde 1978, la víctima actúa como asistente del fiscal, pero, a pesar de su nombre, puede cumplir una función acusatoria que es independiente del fiscal. El rol implica derechos similares a los derechos de las víctimas en los otros países mencionados. La víctima como asistente del fiscal tiene amplia libertad de acción. Pueden, por ejemplo, apelar la decisión del fiscal de suspender el proceso, participar activamente en la determinación de suspensión del procedimiento, entre otros derechos.

de las víctimas, bajo diferentes denominaciones, pero que podrían comprenderse en dos grupos: como *civil party* o como *joint prosecutor*.

Concretamente, en Alemania pueden encontrarse figuras como el ofendido en calidad de sujeto procesal, la acusación privada e, incluso, la acusación adhesiva para determinados grupos de delitos, con amplias facultades de participación, independientes de los atributos reconocidos a la fiscalía⁸⁵.

Por lo tanto, parece que hay “un cambio de paradigma en marcha”⁸⁶, a un modelo de justicia mucho más amplio, para dejar de “ver la justicia penal como un asunto solo entre el Estado y el delincuente, [por lo que] está evolucionando hacia la comprensión del crimen como un asunto tripartito, entre el delincuente y la víctima, pero también involucrando a la sociedad”⁸⁷.

Algunos autores, incluso, han propuesto un modelo de procedimiento donde la víctima tenga “un verdadero papel en el sistema de justicia penal” y “poderes similares a aquellos que tiene el ofensor”⁸⁸, en tanto existe un derecho de la víctima a que el culpable sea sancionado⁸⁹.

Esa tendencia parece que ha permeado el modelo de enjuiciamiento en Colombia. Así, desde la sentencia C-228 de 2002 de la Corte Constitucional se le ha entregado a la víctima un buen número de facultades, no solo de ser oídas, sino de participar activamente en la solución del conflicto penal y, por esa vía, se le ha dotado de herramientas que permita alcanzar los fines de verdad, de justicia y de reparación que, como derechos fundamentales, desde ese fallo se ha reconocido a favor de la víctima.

En el modelo de enjuiciamiento de corte adversativo asumido por Colombia, con ciertas restricciones, la Corte Constitucional ha avalado una participación mayor de la víctima a la prevista en la redacción original de la Ley 906 de 2004. Así, se ha

85 ROXIN y SCHÜNEMANN, Op. Cit. p. 519 y s.s. Tiene facultades probatorias y también de impugnar determinadas decisiones.

86 Este balance general sobre la situación de las víctimas en Europa, puede verse en European Union Agency for Fundamental Rights, *Victims' rights as standards of criminal justice*, Parte 1. Victims' rights as standards of criminal justice, Luxemburgo, 2019, *passim*.

87 *Ibíd*em, p. 18.

88 *Ibíd*em, p. 19.

89 CAFFERATTA NORES. Op. Cit. p. 28. Incluso, señala los avances que ha tenido la jurisprudencia argentina al permitir, entre otros derechos, la apelación autónoma de la víctima, frente a la sentencia absolutoria. Al respecto también hay una interesante reflexión de GUERRERO PERALTA, OSCAR JULIÁN. *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal*. Editorial nueva jurídica. 2ª edición, Bogotá, 2007, p. 221.

permitido a la víctima oponerse frente a la decisión de inadmisión de la denuncia⁹⁰ o del archivo de las diligencias⁹¹, solicitar imposición de medida de aseguramiento en contra del imputado⁹², oponerse a los preacuerdos o al principio de oportunidad⁹³, solicitar pruebas a presentar durante la etapa del juicio⁹⁴, conceptuar sobre la eventual pena a imponer en caso de condena⁹⁵, entre otros.

Sin embargo, precisamente para no realizar desbalances inadecuados dentro de proceso penal, la ley impone ciertas restricciones, como no permitir un mayor número de abogados de víctimas que de defensores⁹⁶. De la misma forma, la Corte también ha admitido algunas limitaciones, como suprimir participación de las víctimas en el interrogatorio y contrainterrogatorio de testigos⁹⁷, de presentar réplicas a los alegatos de las partes⁹⁸, o de actuar durante la fase de la ejecución de la pena⁹⁹.

La presencia del defensor de familia, como representante de los menores, puede resultar contradictoria con el adecuado balance, si de la misma forma concurre el abogado de víctimas. Sin embargo, dice la Corte Suprema, si existe pluralidad de defensores, el asunto no debe revestir mayor trascendencia¹⁰⁰.

Por lo tanto, se ha comprendido que la presencia de la víctima, con algunas específicas limitaciones, hace parte de esta nueva comprensión según la cual el

90 C-1177/05.

91 C-1154/05.

92 C-209/07.

93 C-516/07.

94 C-454/06.

95 C-250/11.

96 Norma avalada por la sentencia C-516/07, en la que se sostuvo que dicho umbral promueve "finalidades que son legítimas, como la de asegurar la eficacia del procedimiento, y establecer *un equilibrio entre la acusación y la defensa* compatible con el componente adversarial del sistema acusatorio que se proyecta en el juicio oral". De todas formas, se ha explicado que la infracción a dicha regla no da lugar a la nulidad del procedimiento, pues se trataría de una simple disparidad numérica. V.gr. CSJ SP, 7 sept 2016, rad. 42477.

97 C-209/07, en la que explicó que, de permitirlo convertiría "a la víctima en un segundo acusador o contradictor en desmedro de la dimensión adversarial de dicho proceso". Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia ha explicado que es irregular que la víctima interroge testigos en juicio, pero este hecho, por sí mismo, no conduce a la anulación del proceso, sino simplemente a la exclusión de las preguntas hechas por la víctima o su apoderado. Cfr. CSJ SP, 7 sept 2016, rad. 42477.

98 C-636/14.

99 C-233/16.

100 CSJ AP, 17 oct 2012, rad. 39564 y CSJ AP, 25 may 2016, rad. 45257.

conflicto social generado no es solo un asunto entre el infractor y el Estado, sino que involucra otros intereses, incluidos los de la víctima, los cuales no pueden quedar supeditados a ciertas reglas que, como se ha visto, no son en ningún caso imperativos absolutos.

Se trata de hacer adecuados balances que no anulen a la víctima en el proceso penal¹⁰¹, que tengan en cuenta la proporcionalidad de los intereses en juego, el contexto en el que se inscribe el conflicto social que se procura resolver, la posible afectación del derecho a la defensa y, lo más importante, que no desconozca los derechos de acceso a la administración de justicia y la solidaridad como valor constitucional inserto desde el artículo 1 de la Carta Política de Colombia.

b. Ministerio Público

Otra de las instituciones del proceso penal colombiano que ha generado cierta inquietud entre quienes se aproximan al estudio del sistema adversativo, aunque con limitado análisis en la literatura especializada, se vincula a la presencia del Ministerio Público, conformado por procuradores judiciales y personeros, quienes, al menos en el caso nacional, tienen facultades de intervención dentro de las diferentes actuaciones judiciales, incluida la penal, por imperativo mandato del artículo 277 de la Constitución Política.

Hace poco tiempo fue publicado un artículo¹⁰² en el que se preguntaba si el ministerio público podría tener cabida en los modelos adversativos en los que el sistema del *common law* está realmente arraigado y, luego de una revisión general, se encontró que, en efecto, dada la desconfianza en un proceso estrictamente bipolar, allí se ha permitido la presencia de otras voces, a la manera de un *amicus curiae* o *friend of the court*.

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

101 Sobre el tema, puede verse con más amplitud “Acusación privada”, en GUZMÁN DÍAZ, CARLOS ANDRÉS, *Acusación privada y sistema acusatorio*. Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2017, p. 259.

102 “¿Tiene cabida el ministerio público en el proceso penal?”, en *Rostros y rastros*, Procuraduría General de la Nación. Bogotá, junio de 2018, año 9, No. 20, p. 64. Disponible en <https://www.procuraduria.gov.co/iemp/media/file/docs/230295-Revista%20Rostros%2020%20PB.pdf> consultado en agosto de 2020.

Pero lo más importante, es que entrega información jurídica al tribunal, no por un interés particular, sino "con el objeto de asegurar la correcta administración de justicia"¹⁰³, al punto que en ciertos ámbitos se le autoriza impugnar¹⁰⁴.

En efecto, en los tribunales penales especiales, transitorios y permanentes, los cuales, en principio, deberían reflejar el consenso global sobre los principios básicos para la correcta administración de justicia, se ha visto una relevante participación del *amicus curiae*. Así, por ejemplo, en la Corte Penal Internacional, la regla 103 de las Reglas de Procedimiento y Prueba autorizan su intervención en diferentes modalidades¹⁰⁵. Lo propio puede verse en el Tribunal Internacional para Yugoslavia (regla 74), el Tribunal Especial para Sierra Leona (regla 74), el Tribunal para Ruanda (regla 74) y en la Corte Extraordinaria para Camboya (regla 33).

Ekaterina Kopylova sugiere que es posible que la CPI permita que un *amicus curiae* en casos específicos tenga facultades propias de una de las partes, como la posibilidad de investigar y ofrecer prueba sobre ciertos comportamientos¹⁰⁶.

En Europa, el Tribunal de Estrasburgo, en el caso de Delcourt contra Bélgica¹⁰⁷ analizó la presencia de un delegado del procurador, como *ministère public*, en el proceso penal y, particularmente, en sede de casación. Allí, el Procurador ante la Corte Suprema no solamente conceptúa, sino que participa en las deliberaciones de ese Tribunal. En principio, la Corte Europea concluyó que no había violación a la garantía de "igualdad de armas", en tanto la presencia del procurador "consiste, ordinariamente, en no más que prestar asistencia técnica y objetiva a la Corte para garantizar la observancia de la ley y la coherencia en el precedente judicial". Además, dice, es una institución con más de siglo y medio de vigencia y, el parlamento de ese país, expresamente, ha decidido mantener la legislación que habilita la presencia

103 PASCUAL VIVES, FRANCISCO JOSÉ. "El desarrollo de la institución del *amicus curiae* en la jurisprudencia internacional" en *Revista electrónica de estudios internacionales*. 2011, p. 7.

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

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

106 KOPYLOVA, EKATERINA, "Everybody Has Friends, Why Not the ICC: On the Court's Power to Appoint Amicus Curiae Prosecutors" en *Opinio Juris*, 12 mayo de 2016. Recuperado de <http://opiniojuris.org/2016/05/12/everybody-has-friends-why-not-the-icc-on-the-courts-power-to-appoint-amicus-curiae-prosecutors/> consultado en abril de 2020.

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

del ministerio público allí, por lo que esas “circunstancias plantean algo así como una presunción a favor de la compatibilidad de la legislación en cuestión” con la Convención europea. En ese sentido, agrega, se parece al *avocat général* del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas¹⁰⁸.

Por otra parte, señaló que, aunque el interés del procurador en sede de casación penal no es buscar la culpabilidad o inocencia de una persona, sino la observancia de la ley, sí manifestó su preocupación por la presencia del ministerio público en las deliberaciones. De todas formas, consideró que no habría afectación a la Convención Europea, pues se trataba solamente de un *adviser of the court*¹⁰⁹.

Sin embargo, con posterioridad manifestó que esa participación en las deliberaciones sí podría significar la introducción de nuevos argumentos de los cuales no podría defenderse oportunamente el acusado, incluyendo la posibilidad de desestimar el recurso de quien acude en casación¹¹⁰, pero de todas formas mantuvo incólume la presencia del *ministère public* en los demás momentos del proceso penal.

Por otra parte, a propósito de la figura analizada, en EEUU pueden existir *amicus curiae* de naturaleza privada o pública. Uno de los casos más relevantes, dice la literatura, fue el conocido por la Suprema Corte de Estados Unidos en 1972, donde se debatía, en el fondo, aspectos relacionados con la libertad de credos. Allí, el Comité Nacional para la Libertad Religiosa Amish (NCARF, por sus siglas en inglés) impugnó una decisión que determinaba ciertas restricciones a sus creencias, obteniendo decisión favorable. Incluso, pueden defender posiciones de involucrados en casos donde se discuten derechos fundamentales, porque procuran “un movimiento importante a favor del cambio social”, por lo que “además, al exponer las causas ante los tribunales, ellos [cumplen] con la importante función de atraer la atención hacia las dificultades” de ciertos grupos, por ejemplo, de los afrodescendientes¹¹¹. Es decir, se trata de realzar, en casos específicos, los intereses de la sociedad.

Por otra parte, “a diferencia de los grupos de interés privados, todos los niveles del gobierno pueden presentar informes de *amicus* sin pedir permiso”. En todo caso “a veces esos informes van encaminados a fortalecer la posición de una de las

108 Ibídem.

109 Ibídem.

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

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

partes en litigio"; otras veces no se usan con ese fin, "sino para sugerir al tribunal la forma en que el caso debería ser resuelto"¹¹² según el punto de vista del *amicus*.

Además, estudios de la misma Suprema Corte revelaron, según se afirma, que la participación del *amicus curiae* incrementaron "en forma significativa las posibilidades de que la Corte accediera a conceder toda su atención a una causa"¹¹³, de lo que se desprende que el *amicus* es un valioso apoyo en el acceso a la administración de justicia y un facilitador para el mejor control de instancias superiores de las decisiones del sistema judicial.

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

En Paraguay, la Sala de Acuerdos de la Corte Suprema de Justicia resolvió admitir la participación del *amicus curiae*, "a fin de resguardar el más amplio debate como garantía esencial del sistema republicano democrático"¹¹⁴.

En Argentina la situación ha sido análoga. Recientemente la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires reglamentó la Ley 14736 por medio de la cual se habilita la participación del *Amigo del Tribunal*, quien no tiene la calidad de parte, pero puede intervenir en el proceso, tanto si es una persona natural o jurídica, de derecho privado o de carácter público¹¹⁵. En la ciudad autónoma de Buenos Aires la situación es equivalente, tal como se lee en la Ley 402 de 2000, artículo 22¹¹⁶.

La literatura especializada señala que su participación "amplía el debate y eleva el nivel de discusión sobre el conflicto al incorporar argumentos que de otro modo no hubieran sido objeto de consideración por los jueces o las partes"¹¹⁷. Tal ventaja, agrega el profesor Verbic, "puede considerarse valiosa en sí misma en el marco de

112 Ib. p. 89.

113 Ib.

114 Corte Suprema de Justicia del Paraguay, Sala de Acuerdos, Acta No. 479 del 9 de octubre de 2007.

115 Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires. Acuerdo No. 00397, de 3 de junio de 2020.

116 También puede revisarse el Acuerdo No. 28 de 2004 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, en Argentina, señaló que la figura del *amicus curiae* resguarda "el más amplio debate como garantía del sistema republicano democrático".

117 VERBIC, FRANCISCO, "Propuesta para regular la figura del *amicus curiae* en la Provincia de Buenos Aires", En *La Ley Buenos Aires*, 2009-14 / *La Ley Suplemento Actualidad*, Buenos Aires, 2009.

cualquier república democrática” y a su vez “influye directamente sobre la calidad de la decisión porque enriquece la mirada de los jueces y permite descubrir nuevas perspectivas de análisis para el caso”¹¹⁸.

El subcoordinador de la Defensoría del Pueblo en Argentina y profesor de la Universidad de Buenos Aires, Facundo Roitman, agrega sobre el amigo del tribunal que “su funcionamiento se encuentra vinculado a los países de tradición anglosajona como elemento característico del *common law*” y, por tanto, “en el ámbito del derecho comparado numerosos países han adoptado el Amigo del Tribunal a sus sistemas jurídicos como una manera de fortalecer la legitimación de las decisiones que adopta el Poder Judicial en cuestiones de trascendencia institucional y pública”¹¹⁹.

En Colombia, además, se ha explicado que la presencia del Ministerio Público, como una especie de *amicus curie*, a la manera de un organismo de control sobre la función pública de administrar justicia, permite darle un poco de coherencia al ordenamiento jurídico al habilitar la revisión de las decisiones en instancias superiores a través de los recursos¹²⁰.

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

“Agréguese un parágrafo al artículo 277 del siguiente tenor:

Parágrafo: la intervención de que trata el numeral 7, en los eventos de procesos de naturaleza penal, tendrá lugar únicamente en la etapa de juzgamiento y en calidad de *amicus curiae*”¹²¹.

La idea, dijo en ese momento el comisionado Jaime Granados Peña, era permitir su intervención en la “etapa de juzgamiento y en calidad de ‘amigo de la curia’”, para lo cual trajo como ejemplo expreso lo sucedido en el juicio de Milosevic en el Tribunal para Yugoslavia, quienes tenían “la facultad de pedir pruebas y hacer

118 Ibídem.

119 ROITMAN, FACUNDO JOEL. “Cómo es la figura del ‘amigo del tribunal’ en el sistema jurídico argentino”, en *Palabras del derecho*. Disponible en <http://palabrasdelderecho.com.ar/articulo/2215/%EF%BF%BDComo-es-la-figura-del-Amigo-del-Tribunal-en-el-sistema-juridico-argentino>, consultado en enero de 2021.

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

121 Corporación Excelencia en la Justicia. *Reforma constitucional de la justicia penal. Actas de la comisión preparatoria y documentos de trámite legislativo*. Legis Editores. 1ª edición, 2002, p. 145. Corresponde al Acta No. 7, reunión comisión preparatoria, marzo 6 de 2002.

exposiciones sobre las alegaciones finales dentro del proceso. Es decir, tiene todas las características de sujeto procesal"¹²². Esa fue la visión que del Ministerio Público se tenía en la reforma constitucional que introdujo el sistema acusatorio.

En aquel entonces se dijo que no era conveniente que actuara en la etapa de indagación, por lo que Felipe Pinzón sostuvo: "no creo que dentro del sistema se desvirtúe la participación de la fiscalía y la vigilancia de la Procuraduría en la Fiscalía se fortalece y con mayor sustento, si en el 116 la Fiscalía pertenece a la Rama"¹²³.

En la siguiente oportunidad, concluyó Fernando Arboleda Ripoll: "la gente cree en el Ministerio Público como control. La función judicial no se excluye de la constitución" y agregó "la procuraduría es una pieza fundamental y por las funciones que tiene constitucionalmente debe conservar el poder de intervenir en el proceso penal"¹²⁴.

Al final, se prefirió mantener la redacción de aquél entonces y aún vigente, que permite la participación el ministerio público, en todos los procesos judiciales, incluyendo el penal, en los tres criterios establecidos en la constitución: defensa del orden jurídico, la protección del patrimonio público y el respeto por las garantías y derechos fundamentales, de todos, no solo del procesado, sino de víctimas y testigos. Incluso, en la propuesta se dijo, luego de interesantes debates, que sería la ley la que establecería los casos en que regularía su participación dentro de este proceso. Por ello, prácticamente ninguna demanda de inconstitucionalidad planteada en contra de la participación el ministerio público dentro de un proceso marcadamente adversativo ha tenido prosperidad, ni tampoco en otros procesos de naturaleza penal¹²⁵.

De esta manera, algunos autores han expresado que el Ministerio Público "controla la rectitud de los funcionarios, la eficiencia de su labor y la defensa de la legalidad del proceso tanto en aspectos sustanciales como formales"¹²⁶, por lo que "jamás podrá ser considerado contraparte de cualquier otra parte en el proceso

122 Ib.

123 Ib. P. 146

124 *Reforma constitucional de la justicia penal*, Op. Cit. p. 163. Acta No. 8, reunión comisión preparatoria, marzo 14 de 2002.

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

126 CADAVID BOTERO, MARIO NICOLÁS. *Régimen Penal Colombiano*. Editorial Leyer, Bogotá 1996, pp. 98 y 99. Allí agrega que "no basta su presencia pasiva" pues, por ejemplo, la interposición de los recursos deben entenderse "ante todo como una defensa del interés social individualmente representado en el procesado o en el perjudicado sino en cuanto se pronuncie sobre la legalidad y constitucionalidad de la actuación".

penal”, pues el contrario, se constituye en “una base garantizadora del equilibrio en la investigación y en el juzgamiento”, por lo que tiene una “legitimación y obligación jurídico – política para actuar en el proceso penal, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución, sin ninguna clase de limitación”¹²⁷.

Entre tanto, la Corte Suprema, en algunas decisiones, ha dado ciertos contornos a las facultades y eventuales límites. Por ejemplo, en un caso donde el Ministerio Público apeló una sentencia, precisamente, se alegó violación al principio a la referida igualdad, por lo que ese tribunal sostuvo que “resulta inapropiado impedir que el Ministerio Público cumpla su gestión, cuando su actividad se dirige a la interposición de los recursos que la ley habilita, en camino a impugnar las decisiones que, en su criterio, transgreden el orden jurídico, como ocurre frente a una absolución indebida, acorde con lo que razonablemente sugieren las pruebas practicadas en el juicio oral”¹²⁸.

Por otra parte, ese mismo tribunal ha destacado que el ministerio público “además de solicitar la exclusión o rechazo de medios de convicción”¹²⁹ cuando resulten impertinentes o inadmisibles, pueden también solicitar esas pruebas “que las partes hayan inadvertido o pasado por alto” e, igualmente, cuentan con la facultad para formular preguntas complementarias. Sin embargo, corresponderá al juez rechazar aquellos interrogantes “que excedan el propósito de complementariedad fijado en la ley y se aproximen a un interrogatorio o un contrainterrogatorio vedado por el ordenamiento, por tratarse de hechos o circunstancias que no han sido materia de postulación”¹³⁰.

En conclusión, con las facultades constitucionales otorgadas al Ministerio Público, ha sido la ley y la jurisprudencia los encargados de dar específicos alcances a tales prerrogativas, en particular cuando los intereses sociales, los derechos fundamentales o la vigencia del orden jurídico estén en discusión.

Ello, por cierto, no implica una desventaja *sustancial* hacia alguna de las partes, pues las facultades de la defensa o de la fiscalía para realizar actos de investigación,

127 Ibídem.

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

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

130 Ibídem.

solicitar el descubrimiento, presentar pruebas en juicio, alegar o impugnar alguna determinación en modo alguno se ve afectada con la participación de quien presenta una opinión a la judicatura sobre cuál podría ser la forma de resolver jurídicamente el caso propuesto o, acaso, solicita la revisión de alguna determinación, como forma de control formalizado del ejercicio público de administrar justicia¹³¹.

Al contrario, como se explicó previamente, el fundamento del equilibrio procesal encuentra su mayor trascendencia en los escenarios contenciosos, por ejemplo, durante el juicio oral. Por eso, ante el eventual reproche del papel del ministerio público, se suele perder de vista que su participación en el proceso penal va notoriamente más allá de dicha específica fase procesal.

Por ejemplo, en el control de la ejecución de ciertos actos de investigación, como la participación directa y en tiempo real en los allanamientos a morada hechos en la noche; al conceptuar o impugnar ante el juez de garantías ciertas determinaciones donde aún no hay activación plena del derecho a la defensa¹³²; de la disposición de la acción penal, al verificar los presupuestos que la fiscalía tuvo para archivar; o durante la fase de ejecución de penas, donde no hay participación ni de víctimas ni de fiscalía¹³³, entre otros supuestos, hace que las facultades otorgadas al ministerio público tengan un mayor sentido constitucional y su presencia en el modelo procesal vigente sea necesaria y considerablemente importante.

El ministerio público actúa más allá de las audiencias tradicionales ante jueces. Puede hacerlo, tanto en fases preliminares, como con posterioridad a la emisión del fallo, tal cual sucede para solicitar la revisión de condenas injustas, de conformidad con lo que ha reconocido la jurisprudencia¹³⁴. Pero, aun así, en las audiencias también

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

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

133 Corte Constitucional, sentencia C-233/16.

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

juega un papel que va más allá de conceptualizar sobre una de las dos tesis enfrentadas: ha de velar por valores sociales muy relevantes, como la defensa del ordenamiento jurídico, la justicia y la verdad. De hecho, “al Ministerio Público le corresponde actuar para proteger la libertad de prensa y el derecho a la información, y más específicamente, para velar el conocimiento de la verdad como uno de los resultados del proceso”, tal como lo ha reconocido la propia Corte Constitucional colombiana¹³⁵. Una verdad que, seguramente, también interesa a todos los ciudadanos.

c. Terceros

Menos cuestionada ha resultado la participación de terceros en el proceso penal. En sistemas anteriores, en desarrollo de las facultades de la “parte civil”, podrían participar llamados en garantía o terceros civilmente responsables. Pero esto no tiene mayor regulación en el modelo de enjuiciamiento de 2004. Ante ese silencio, habría que echar mano de la jurisprudencia.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que el acceso a un tribunal también puede predicarse de los terceros afectados con decisiones dentro del proceso penal. Así ocurrió, por ejemplo, con el propietario de un vehículo incautado porque su usuario lo habría destinado para transportar estupefacientes¹³⁶.

En Colombia, la Corte Constitucional también ha permitido que terceros con interés puedan solicitar audiencias, por ejemplo, cuando sus bienes han resultado afectados con ocasión del proceso penal¹³⁷, o cuando se trata de compañías aseguradoras con interés en la participación, por ejemplo, del incidente de reparación integral¹³⁸.

Esto en modo alguno implica la limitación de los derechos de las partes a solicitar la afectación o el levantamiento de alguna medida que pueda pesar respecto de determinado patrimonio. Es decir, no hay desbalance alguno para las partes.

Por el contrario, se nota un verdadero desbalance hacia dichos terceros, cuya posibilidad de participación sigue siendo restringida a un eventual incidente de reparación y, posiblemente, el llamado en garantía pueda decir mucho en casos de preacuerdo o en un principio de oportunidad donde, por cierto, la reparación tiene un relevante papel.

Incluso, por esta misma vía, hay un déficit de participación de otros sujetos de derechos: las personas jurídicas, cuya muerte se puede declarar (art. 91) sin que la

135 Sentencia C-429/20.

136 TEDH, sentencia del 13 de octubre de 2015, Ünspeđ Paket Servisi San. Ve Tic. contra Bulgaria.

137 Por ejemplo, en sentencias C-423/06 o C-425/06.

138 Corte Constitucional, sentencia C-409/07.

ley prevea mayor posibilidad de intervención o de defensa en el proceso penal para evitar dicho deceso.

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

6. Conclusiones

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

Pero no es cierto que el proceso penal deba estar sometido a una igualdad absoluta. Esto resquebraja las garantías que doce siglos después iniciaron su proceso de consolidación, como la presunción de inocencia, el *in dubio pro reo*, o la no reforma en perjuicio. Con tales fundamentos, el modelo de enjuiciamiento actual concede cierto desequilibrio a favor del procesado en aspectos tan puntuales como el descubrimiento probatorio o los recursos disponibles en su beneficio. De ahí que la literatura especializada empiece a destacar que es preferible hablar de un *balance procesal* o de un *equilibrio de oportunidades*.

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

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

En relación con las víctimas, las modernas tendencias del derecho se orientan a reconocerle un papel más relevante en el proceso penal en un conflicto que a ella también le pertenece. Algo equivalente puede decirse frente a la sociedad que, a través de un órgano concebido a la manera de un *amicus curiae*, permite

controlar la actividad judicial, no solo de los jueces, sino de la Fiscalía en instancias donde posiblemente el papel de las partes no tiene esa naturaleza contenciosa o, simplemente, la decisión adoptada va en desmedro del ordenamiento jurídico. Además, democratiza y legitima el funcionamiento de la judicatura.

El proceso penal no es un trozo de pastel. Que las voces de la víctima, de quienes representan a la sociedad o de terceros sean escuchadas, en nada afecta las posibilidades de recaudar evidencia, presentarla, proponer valoración o impugnar las decisiones adversas, que las partes pueden tener. Que alguien sea oído no resta que otra voz pueda ser atentamente escuchada. Todos los que de una u otra forma tienen interés en el resultado de la definición del conflicto penal deberían tener derecho al acceso a la justicia, pues, tal como con razón dice Taruffo, aquel proceso donde sólo prima el interés de las partes, “imagina el mundo como un universo empobrecido desde un punto de vista sociológico”¹³⁹.

Pero estamos tan impregnados de un lenguaje beligerante, donde las armas, los ataques a los testigos, los entrampamientos o la destrucción, hacen olvidar que nos hallamos ante una sociedad un poco más civilizada que la que teníamos hace quince siglos. El nuevo derecho penal es dialogal, constructivo y de mesa redonda¹⁴⁰. A menos que queramos ir a las salas de audiencias con un par de hachas iguales, con las piernas desnudas de las rodillas hacia abajo y usando sandalias rojas, a ver cuál deidad nos dirá, prescindiendo de la fuerza de los argumentos y acaso por un golpe de suerte, cuál es la decisión justa.

Bibliografía

- ANDRADE CASTRO, JASON y CÓRDOBA ANGULO, MIGUEL. *Estructura básica del sistema procesal colombiano*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007
- ARMENTA DEU, TERESA. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. 2ª edición, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2004.
- BAUMANN, JÜRGEN. *Derecho Procesal penal. Conceptos fundamentales y principios procesales*. Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1986

139 TARUFFO, MICHELE, Op. Cit. p. 21. El mismo profesor italiano destaca ciertas lecturas de los procesos adversativos como si se tratase de una “suerte de mecanismo teatral” que son análogas “a las representaciones sacras medievales”, en TARUFFO, MICHELE, *La prueba de los hechos*. Editorial Trotta, Madrid. 2011, p. 81.

140 BUSTOS RAMÍREZ, JUAN y LARRAURI PIJOAN, ELENA. *Victimología: presente y futuro*. PPU Editores. Barcelona, 1993.

- BERGMAN, PAUL y BERMAN, SARA. *Criminal Law Handbook*. Nolo editores, 11ª Edición, Berkeley, 2009.
- BERNAL CUÉLLAR, JAIME y MONTEALEGRE LYNETT, EDUARDO. *El Proceso penal. Fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio*. Tomo I. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2004
- BUSTOS RAMÍREZ, JUAN y LARRAURI PIJOAN, ELENA. *Victimología: presente y futuro*. PPU Editores. Barcelona, 1993.
- CABEZAS MARTÍNEZ, CHRISTTIAN y VELASCO MUÑOZ, JAIME ANDRÉS. *Principios rectores del sistema procesal penal con tendencia acusatoria*. Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2018
- CADAVID BOTERO, MARIO NICOLÁS. *Régimen penal colombiano*. Editorial Leyer, Bogotá 1996
- CAFFERATTA NORES, JOSÉ I. *Proceso penal y derechos humanos*. Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2000
- CHAIA, RUBÉN. *La prueba en el proceso penal*. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2010
- COLE ROWLAND, JV. "Validating the Normative Value and Legal Recognition of the Principle of Equality of Arms in Criminal Proceedings in Botswana" en *Journal of African Law*, Vol 56 No. 1, 2012
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos", 7 de septiembre de 2007.
- Consejo de Ministros de la Unión Europea, 2001/220 / JAI: Decisión marco del Consejo, de 15 de marzo de 2001, sobre la situación de las víctimas en los procesos penales.
- Corporación Excelencia en la Justicia. *Reforma constitucional de la justicia penal. Actas de la comisión preparatoria y documentos de trámite legislativo*. Legis Editores. 1ª edición, 2002.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-1177/05
- _____ , sentencia C-799/05
- _____ , sentencia C-591/05
- _____ , sentencia C-774/98
- _____ , sentencia C-423/06
- _____ , sentencia C-425/06
- _____ , sentencia C-336/07

- _____, CSJ AP, 30 abr 2019, rad. 50261
- _____, CSJ SP, 27 ene 2016, rad. 45790
- _____, CSJ AP, 5 abr 2017, rad. 49280
- _____, CSJ AP, 31 ago 2016, rad. 47803
- _____, CSJ AP, 11 dic 2013, rad. 39449
- _____, CSJ AP, 26 abr 2017, rad. 46965;
- _____, CSJ AP, 26 jun 2019, rad. 50678
- _____, CSJ AP, 18 ene 2017, rad. 48216.
- _____, CSJ AP, 17 oct 2018, rad. 53985
- _____, CSJ SP, 17 sept 2008, rad. 30214.
- _____, CSJ SP, 3 abr 2019, rad. 44230
- _____, CSJ SP, 22 mar 2017, rad. 43665
- _____, CSJ SP, 5 oct 2011, rad. 30592
- _____, CSJ SP, 7 sept 2016, rad. 42477
- _____, CSJ AP, 17 oct 2012, rad. 39564
- _____, CSJ AP, 25 may 2016, rad. 45257
- _____, CSJ STP, 14 ago 2018, rad. T99851
- _____, CSJ STP, 7 de jun 2018, rad. T98746
- _____, CSJ STP, 1 mar 2018, rad. T96859
- _____, CSJ STP, 3 may 2017, rad. T91096
- _____, CSJ AP, dic 1 de 2010, Rad. 35432
- _____, CSJ AP, 23 feb 2011, Rad. 35870
- _____, CSJ AP, 12 Sep. 2012, Rad 39602
- _____, CSJ AP, 1 de dic 2010, rad. 35342
- _____, CSJ AP, 6 de ago 2019, rad. 52161
- _____, CSJ AP, 5 dic 2018, rad. 53611
- _____, CSJ SP, 12 ago 2020, rad. 54150
- _____, CSJ SP, 17 jul 2013, rad. 39050

European Union Agency for Fundamental Rights, *Victims' rights as standards of criminal justice*, Parte 1. *Victims' rights as standards of criminal justice*, Luxemburgo, 2019.

FEDEROVA, MARÍA IGOREVNA. *The Principle of Equality of Arms in International Criminal Proceedings*, Utrecht University, Utrecht, 2012.

- FERRAJOLI, LUIGI. Derecho y razón. *Teoría del garantismo Penal*. Editorial Trotta, Madrid, 2002.
- GUERRERO PERALTA, OSCAR JULIÁN. *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal*. Editorial nueva jurídica. 2ª edición, Bogotá, 2007
- GUZMÁN DÍAZ, CARLOS ANDRÉS. "La prueba sobre la prueba" en *Libro Homenaje a Jorge Arenas Salazar*. Universidad Nacional de Colombia, en imprenta.
- GUZMÁN DÍAZ, CARLOS ANDRÉS. "¿Tiene cabida el ministerio público en el proceso penal?", en *Rostros y rastros*, Procuraduría General de la Nación. Bogotá, junio de 2018, año 9, No. 20, p. 64. Disponible en <https://www.procuraduria.gov.co/iemp/media/file/docs/230295-Revista%20Rostros%2020%20PB.pdf> consultado en agosto de 2020.
- GUZMÁN DÍAZ, CARLOS ANDRÉS. "Acusación privada", en Guzmán Díaz Carlos Andrés, *Acusación privada y sistema acusatorio*. Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2017.
- GUZMÁN DÍAZ, CARLOS ANDRÉS. "El alucinante derecho sancionatorio y la dosis personal", en Vélez Rodríguez Luis Andrés (Coord) *Racionalidad legislativa penal y cuestiones de política criminal*. Editorial Ibáñez, Bogotá, 2020
- GUZMÁN DÍAZ, CARLOS ANDRÉS. "La carga dinámica de la prueba en el delito de lavado de activos. Un análisis crítico a la posición jurisprudencial en Colombia", en Carrión Díaz Juan, Viveiros Carlos y Guzmán Díaz Carlos Andrés, *El delito de lavado de activos. Aspectos de política criminal, dogmáticos y probatorios*. Editorial Ibáñez, Bogotá, 2019
- JACKSON, JOHN D., "The Effect of Human Rights on Criminal Evidentiary Processes: Towards Convergence, Divergence or Realignment?", en *The Modern Law Review*, Blackwell publishing, Oxford, 2005.
- KOPYLOVA, EKATERINA. "Everybody Has Friends, Why Not the ICC: On the Court's Power to Appoint Amicus Curiae Prosecutors" en *Opinio Juris*, 12 mayo de 2016. Recuperado de <http://opiniojuris.org/2016/05/12/everybody-has-friends-why-not-the-icc-on-the-courts-power-to-appoint-amicus-curiae-prosecutors/> consultado en abril de 2020.
- LAUDAN, LARRY. *Verdad, error y proceso penal, un ensayo sobre epistemología jurídica*. Ediciones Marcial Pons, Madrid, 2013.
- LAUDAN, LARRY. "Por qué las reglas procesales asimétricas hacen imposible calcular un estándar de prueba racionalmente justificado", en *Debatiendo con Taruffo*. Ferrer Beltrán y Vásquez Carmen (Coeds.), Marcial Pons, Madrid, 2016.

- LEESON, PETER T., "Trial by battle", en *Journal of Legal Analysis*, Harvard Law School, primavera de 2011, Vol. 3, No. 1., Boston, 2011.
- MAIER, JULIO B. J. *Derecho procesal penal*. Tomo I. Fundamentos. Ediciones del Puerto, 2ª edición, Buenos Aires, 1999
- MARIN, MRČELA. "Adversarial principle, the equality of arms and confrontational right – European Court of Human Rights recent", en *European Union and comparative law issues and challenges*, disponible en <https://hrcak.srce.hr/ojs/index.php/eclic/article/download/6519/3428>, consultado en junio de 2020.
- MCBRIDE, JEREMY. "The case law of the european court of human rights on victims' rights in criminal proceedings", en *European Union – Council of Europe joint Project "Application of the European Convention on Human Rights and harmonisation of national legislation and judicial practice in line with European standards in Georgia"*, disponible en <https://rm.coe.int/council-of-europe-georgia-european-court-of-human-rights-case-study-vi/16807823c4> consultado en junio de 2020.
- MILLINGEN, JOHN GIDEON. *The history of duelling*. Vol. 1. Samuel Bentley Print., Londres, 1841
- MONTESQUIEU. *El Espíritu de las leyes*, traducida por Don Narciso Buenaventura, Imprenta Don Marcos Bueno, Madrid, 1845.
- MORALES MARÍN, GUSTAVO. *Sistema Penal Acusatorio. Reflexiones jurídicas, económicas y sociales de la reforma*. Fiscalía General de la Nación - Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2005
- NEYRA FLORES, JOSÉ ANTONIO. *Tratado de derecho procesal penal*. Idemsa, Lima, 2015
- Oficina de Programas de información internacional del Departamento de Justicia de Estados Unidos. *Semblanza del sistema jurídico de EE.U.U.* Congressional Quarty Inc. Manila, 2004, p. 88.
- ORÉ GUARDA, ARSENIÓ. *Manual de derecho procesal penal*, Tomo I. Editorial Reforma, Lima, 2011
- Parlamento Europeo, *The Victims' Rights Directive 2012/29/EU*, disponible en [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/611022/EPRS_STU\(2017\)611022_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/611022/EPRS_STU(2017)611022_EN.pdf) consultado en julio de 2020.
- PASCUAL VIVES, FRANCISCO JOSÉ. "El desarrollo de la institución del amicus curiae en la jurisprudencia internacional" en *Revista electrónica de estudios internacionales*. 2011
- PICO I JUNOY, JOAN. *Las garantías constitucionales del proceso*. J.M. Bosch editor. Barcelona, 1997
- RICHARDSON P.J., ARCHBOLD. Thomson Reuters / Sweet & Maxwell, Londres, 2014

ROITMAN, FACUNDO JOEL. "Cómo es la figura del 'amigo del tribunal' en el sistema jurídico argentino", en *Palabras del derecho*. Disponible en <http://palabrasdelderecho.com.ar/articulo/2215/%EF%BF%BDComo-es-la-figura-del-Amigo-del-Tribunal-en-el-sistema-juridico-argentino>, consultado en enero de 2021.

RONDÓN, YOLANDA. "Unmasking equality of arms" en *The student appeal*, julio de 2012

ROXIN, CLAUS y SCHÜNEMANN, BERND. *Strafverfahrensrecht*. C.H. Beck, Múnich, 2017

SANTOS RAMOS, MARÍA. "La participación de la víctima y el principio de igualdad de armas", en *Cuadernos de derecho penal*, Universidad Sergio Arboleda, enero junio 2017

STERLING SILVER, JAY. "Equality of arms and the adversarial process". En *Wisconsin Law Review*. 1007, 1990

Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires. Acuerdo No. 00397, de 3 de junio de 2020.

Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, Brady contra Maryland, 373 US 83 (1963).

_____, Roviario c. Estados Unidos (1957)

_____, Kyles c. Whitley (1995)

TARUFFO, MICHELE. *La prueba*. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2008.

TARUFFO, MICHELE. *La prueba de los hechos*. Editorial Trotta, Madrid. 2011

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia 27 de abril de 2011, Dimitrova y otros c. Bulgaria.

_____, sentencia del 12 de febrero de 2004, Pérez c. Francia.

_____, sentencia del 13 de octubre de 2015, Ünsped Paket Servisi San. Ve Tic. contra Bulgaria.

_____, sentencia del 17 de enero de 1970, Delcourt contra Bélgica

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

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

_____, sentencia del 21 de mayo de 2003, Berger c. Francia.

VERBIC, FRANCISCO, "Propuesta para regular la figura el amicus curiae en la Provincia de Buenos Aires", *En La Ley*, Buenos Aires, 2009-14 / *La Ley Suplemento Actualidad*, Buenos Aires, 2009.

WERNER, ALAIN y RUDY, DANIELLA, "Civil Party Representation at the ECCC: Sounding the Retreat in International Criminal Law?" en *Northwestern Journal of International Human Rights*, Volumen 8, No. 3, artículo 4, Chicago, verano de 2010

WHITEBREAD, CHARLES y SLOBOGIN, CHRISTOPHER. *Criminal Procedure an analysis of cases and concepts*. Foundation Press, 5ª Edición, Nueva York, 2008.