



El ministerio público: ¿un sujeto procesal que desnaturaliza, desequilibra o salvaguarda el orden jurídico en el sistema penal acusatorio colombiano?¹

Luz Ángela María Builes

Abogada de la Fundación Universitaria Luis Amigó.
Especialista en Derecho Penal de la Universidad de Antioquia.

¹ Artículo de revista fruto de la investigación y el trabajo personal de la autora.

Resumen.

La expedición de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, implica nuevos modelos de gestión en el servicio público de administración de justicia. El nuevo sistema judicial en lo penal transforma las relaciones tradicionales en el sistema jurídico y en el aparato de justicia. Uno de esos cambios está orientado a la gestión interinstitucional que se ve influenciada por las variaciones propias de la sociedad del conocimiento, es así que actividades como: la planeación, la organización, la coordinación, la comunicación, la multidimensionalidad del trabajo en equipo, el uso de las nuevas tecnologías de la información y la capacitación permanente del personal, se erigen como nuevos requisitos para que este nuevo sistema opere.

Bajo la vigencia del nuevo sistema procesal penal se ha presentado una polémica en torno a la intervención del Ministerio Público en el sentido de si desnaturaliza, desequilibra u opera como garante en el proceso penal acusatorio. Todo esto motivado sin duda, por el hecho de que el proceso penal es un proceso de partes, de naturaleza adversarial, donde sus protagonistas, Fiscalía y Defensa, se enfrentan en un plano de igualdad frente a un tercero neutral, el Juez, quien finalmente fallará de acuerdo a la verdad procesal que se imponga sea ésta la del ente acusador o la de la defensa.

Palabras clave: Ministerio público; víctima; procesado; juez; fiscal; Sistema penal; sujeto.

El ministerio público: ¿un sujeto procesal que desnaturaliza, desequilibra o salvaguarda el orden jurídico en el sistema penal acusatorio colombiano?

Introducción.

El Derecho, entendido como aquel sistema normativo que regula las distintas relaciones que se originan en una sociedad organizada, es un instrumento de control social en permanente cambio y evolución; esto es así y no podría ser de otra forma, ya que la sociedad misma es dinámica y este hecho le plantea al sistema jurídico nuevas situaciones que requieren la intervención del Estado, y este lo hace esencialmente a través de sus normas jurídicas. Es así como el Derecho, en sus distintas especialidades debe desenvolverse de la misma forma que lo hace la sociedad, para poder responder a las necesidades y mantener el orden y la armonía en las relaciones sociales. En Colombia, se acogió un nuevo Marco Constitucional hace apenas 18 años, la Constitución Política de 1991, refleja el beneplácito alcanzado por las diferentes corrientes ideológicas que, en representación del país dieron forma al nuevo texto constitucional; mediante este nuevo marco general de acción se pretendió renovar al país, poniéndolo a tono con las nuevas realidades en cada uno de los escenarios y ámbitos en que se subdivide la vida del país. Una vez promulgada la nueva Carta Magna, se originaron las más diversas reacciones tanto a nivel interno, ¿cómo internacional? A nivel interno muchas voces hacían énfasis en la enorme distancia que se evidenciaba entre sus mandatos y la realidad socio-económica y política que se palpaba en los distintos escenarios en que se escribía el día a día de la historia nacional. Como respuesta se aducía que la Nueva Constitución contenía no una radiografía del país en el momento presente, sino de manera fundamental, un proyecto colectivo que requería el concurso de todos los sectores de la sociedad para posibilitarlo y desarrollarlo.

Al analizar el papel del Ministerio Público en el sistema penal acusatorio, resulta particularmente interesante observar que desde su aparición en el ámbito constitucional colombiano, ha sido como garante del debido proceso y de los derechos y garantías fundamentales de la víctima y del acusado ¿y de la sociedad? Este artículo intentará mostrar cómo en este nuevo modelo de procesamiento penal, la presencia del Ministerio Público resulta bastante problemática, si se observan las particulares características que estructuran, así como los principios que lo rigen el sistema penal acusatorio, no puede dejar de considerarse el carácter eminentemente contradictorio que ostenta su presencia en los desarrollos procesales acusatorios, toda vez que el proceso se erige en escenario de contienda de dos pretensiones diametralmente opuestas.

El régimen inquisitivo del anterior modelo facilitaba y volvía necesaria la intervención de diversos actores del proceso con facultades y pretensiones sustancialmente distintas, se aconsejaba la presencia de un sujeto que diera equilibrio a las partes. Teniendo en cuenta que el fiscal tenía la doble condición de acusador y funcionario investido de jurisdicción, lo cual le permitía no solamente limitar derechos fundamentales como la libertad, sino llevar a cabo el ejercicio de la acción penal, la presencia del Ministerio Público se hacía necesaria

como garante de un equilibrio constitucional que la simultaneidad de papeles requirentes y decisorias le impedía cumplir a la Fiscalía.

Con el Acto Legislativo 03 de 2002 se introdujo en el ordenamiento nacional el sistema procesal acusatorio, por medio del cual se modificaron algunas disposiciones de la Carta Política, principalmente el artículo 250, por medio del cual se incluyó un párrafo con el cual el constituyente aseguró la presencia del Ministerio Público en el proceso penal, de manera que continuara *“cumpliendo en el nuevo sistema de indagación, investigación y juzgamiento penal, las funciones contempladas en el artículo 277 de la Constitución Nacional”*.

No obstante, el órgano constituyente comprendió perfectamente que se trataba de una figura ajena por completo a un sistema procesal de tipo acusatorio, por eso, quizás, en las actas de discusión del proyecto que finalmente habría de convertirse en la ley que le dio desarrollo al modelo, puede observarse cómo desde un comienzo surgieron divergencias en relación con el rol del Ministerio Público y sus funciones en el nuevo modelo de procesamiento penal, pues se discutía su inscripción dentro del concepto de parte, de sujeto procesal o de simple interviniente, dificultad que no tuvo cabida en el anterior modelo, según ha sido observado por la Corte Suprema De Justicia Sala De Casación Penal, M. P. José Leónidas Bustos Martínez, Aprobado Acta No.357 Bogotá D. C, cinco de octubre de dos mil once.

Para la realización de esta investigación, se utilizó el método jurídico doctrinal, haciendo uso de la ley, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, así como de la interpretación de los doctrinantes. De esta manera se intentará dilucidar el verdadero papel del Ministerio Público como un sujeto procesal en la ley 906 de 2004, ya sea como interviniente que desnaturaliza, desequilibra o por el contrario, salvaguarda el orden jurídico en el sistema penal acusatorio colombiano.

El papel del ministerio público en el sistema penal desde el panorama constitucional.

Resulta particularmente interesante que desde la propia aparición del Ministerio Público en el ámbito constitucional colombiano en la carta de 1830, se haya empleado por el órgano constituyente expresiones que aluden, en cuanto a las funciones de aquél, a su intervención ante las autoridades judiciales para que se *“observen las leyes”*. Así, en el artículo 100 de la Constitución Política de 1830, se disponía, en su ortografía original *“que el Ministerio Público será ejercido por un agente del poder ejecutivo con el título de Procurador General de la Nación, para defender ante los tribunales y Juzgados de la observancia de las leyes, y promover ante cualquiera autoridades, así civiles como militares y eclesiásticas, los intereses nacionales y cuanto concierna al orden público”*, y conservándose estos imperativos en las Constituciones de 1853, 1858, 1863 y en la de 1886, en un amplio dispositivo institucional le agregó a las funciones del Ministerio Público la de *“perseguir los delitos y contravenciones que turben el orden social”*, expresión esta que al decir de don José María Samper, uno de los autores de la carta de 1886, precisamente *“equivale a servir a la justicia”*, alcance que la Corte Suprema de

Justicia ha adoptado en diversas ocasiones, particularmente en la sentencia del 17 de febrero de 1971.²

Se trataba, entonces, de un órgano orientado “*bajo la suprema dirección del Gobierno*” artículo 142 de la constitución de 1886, no obstante que como también lo afirma la Corte en sentencia del 28 de febrero de 1985, al tenerse en cuenta las modificaciones introducidas al artículo 144 por el Acto legislativo de 1945, en sentido de que el Procurador General de la Nación será nombrado por la Cámara de Representantes, de una terna enviada por el Presidente de la República, para un periodo de cuatro años”, esto es que aquel ya no era designado directamente por el Presidente, como sucedía en 1986 y 1945, no podía seguirse entendiendo a la procuraduría como “*perteneciente a la rama ejecutiva del poder público*”, pues ello solo correspondía a un “*regazo constitucional*”.

Este incontrovertible cuestionamiento, unido a que, bien por falta de claridad en el texto o bien por la carencia de autonomía con que había aparecido el Ministerio Público en nuestra vida constitucional, hicieron que la comprensión jurisprudencial y el órgano legislativo extendieran dicha función bajo un contexto y proyección secundario, en la medida en que su presencia en los procesos judiciales y específicamente en el penal, lo fuera simplemente como un colaborador que remitía sus deberes a cumplir con la vigilancia de la actividad de los funcionarios encargados de la administración de justicia y de emitir una opinión frente a determinadas decisiones que debían tomar los jueces.

El ministerio público a la luz de la Constitución de 1991.

Al expedirse la Constitución de 1991, el Ministerio Público ha sido estatuido sustancialmente como un organismo autónomo e independiente dentro de la administración pública, conforme lo dispone el artículo 118 de la Carta, no obstante la Corte Constitucional continúe considerando, como lo hace en el fallo de constitucionalidad C-229 de mayo de 1995, que al estar sometido al cumplimiento de la ley “*ello da a entender que ésta (la Procuraduría) tal y como sucedía en la Constitución derogada de 1886, regulándose en el numeral séptimo del artículo 277 Constitución Política de 1991, que deberá intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en la defensa del orden público o de los derechos y garantías fundamentales*”, con lo cual dejó de ser un simple auxiliar de la jurisdicción que en la práctica parecía perder trascendencia, para pasar a ser sujeto procesal que, como tal, bajo su absoluto compromiso con la legalidad, los valores y la constitución, puede materializar su intervención mediante peticiones probatorias, recurriendo las decisiones cuando a ello encuentre lugar, o presentando alegaciones, es claro, que desde el momento mismo en que uno de su Delegados o Agentes es designado como su representante en un proceso, es sujeto procesal en el mismo y que bajo esta calidad actúa, incidiendo en falta disciplinaria o delito, según el caso, cuando siendo necesario no lo haga o lo hiciese contrariando la ley, es decir, por acción o por omisión.

². La sentencia del 17 de febrero de 1971, Gaceta Judicial Tomo CXXXVIII, Nros.2340, 2341 y 2342, p.42. Código de Procedimiento Penal Colombiano, título III, El Ministerio Público, pp. 823-828.

Sin embargo, con el fin de que la representación del Ministerio Público no quedase en el campo difuminándose en una multitud de procesos los cuales, por su propio volumen, tornasen extremadamente dificultosa su actuación, y que, por el contrario, tal representación fuese real y eficiente, el Constituyente de 1991, dispuso una cierta potestad para su intervención, en virtud de la cual no le es exigible que inflexiblemente intervenga en todos los procesos ni en todas las actuaciones judiciales, sino cuando “*sea necesario*”, dicción esta que ni gramaticalmente ni teniendo en cuenta los antecedentes de la disposición, puede entenderse como semejante de “*cuando crea necesario*” o “*cuando estime conveniente*”, alternativas que precisamente no fueron acogidas para impedir que una tal elección dependiera del absoluto arbitrio del Ministerio Público, corriendo el riesgo la sociedad de que en casos en que a pesar de la gravedad de los hechos y/o de la actuación misma, no actuase, y por el contrario, su actuación tuviera como fin la defensa del orden jurídico, el patrimonio público y los derechos y garantías fundamentales, según pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de enero 20 de 1999, radicado 11242.

El ministerio público en el ámbito de la ley 600 de 2000 y en la ley 906 de 2004.

Lo que está en juego en la discusión sobre el ministerio público sistema acusatorio o principio acusatorio. Son las diferencias procesales que se derivan de asumir uno u otro criterio.

En cuanto a la filiación institucional: órgano extra-poder, no obstante se predicen de su actuación las mismas notas que de la fiscalía y el juez. Características de independencia e imparcialidad judicial y dependencia jerárquica y unidad de mando fiscal.

Los fundamentos de su participación: con relación como representante de los intereses de la sociedad; de las garantías procesales y de los derechos fundamentales.

Respecto a los procesados: esta la vigilancia sobre las actuaciones de la policía judicial que puedan afectar garantías fundamentales; la participación en aquellas diligencias o actuaciones realizadas por la Fiscalía General de la Nación y los jueces de la república que impliquen afectación o menoscabo de un derecho fundamental; buscando que las decisiones judiciales cumplan con los cometidos de lograr la verdad y la justicia; Procurar que las condiciones de privación de la libertad como medida cautelar y como pena o medida de seguridad se cumpla de conformidad con los Tratados internacionales, la Carta Política y la ley.

Así mismo en relación de las víctimas:

¿Tiene sentido ahora después de la conversión de la víctima en acusador?, orden jurídico. Art. 277 C.N; Art. 250 reformado por el acto legislativo 02 de 2003.

El argumento de la tradición jurídica: tratándose de la intervención del Ministerio Público en el proceso penal, su presencia ha permanecido incólume desde el Código de 1.936 (artículos 191 y 180 del Decreto 409 de 1.971, 121 y 176 del Decreto 050 de 1.987, 131 y 188 del Decreto 2700 de 1.991, 122 y 178 de la Ley 600 de 2.000), en las diversas

legislaciones se ha conservado la calidad de sujeto procesal. Diferencias de su participación en un sistema de naturaleza acusatorio y otro de naturaleza inquisitivo. De sujeto procesal a órgano procesal. Su participación está guiada por el principio de eventualidad. Participación eventual.

Participación en sistemas inquisitivos. Especial referencia a la ley 600 de 2000.

El ministerio público actúa como un sujeto procesal (ley 600 de 2000). Como el Art. 176. Providencias que deben notificarse. Como el ministerio público es sujeto imprescindible para dotar de validez las actuaciones judiciales, resulta imperativo ponerle en conocimiento personal todas las decisiones que deban notificarse.

“Además de las señaladas expresamente en otras disposiciones, se notificarán las sentencias, las providencias interlocutorias y las siguientes providencias de sustanciación: la que suspende la investigación previa, la que pone en conocimiento de los sujetos procesales o el dictamen de peritos, la que declara cerrada la investigación, la que ordena la práctica de pruebas en el juicio, la que señala día y hora para la celebración de la audiencia pública, la que declara desierto el recurso de apelación, la que deniega el recurso de apelación, la que declara extemporánea la presentación de la demanda de casación, la que admite la acción de revisión”.

Como son: debe velar porque quien formule el desistimiento actúe libremente; solicitar la preclusión de la investigación o la cesación del procedimiento cuando considere que se reúnen los presupuestos para adoptar estas decisiones; intervenir en la audiencia pública para coadyuvar la acusación formulada por la fiscalía o solicitar sentencia absolutoria; solicitar las actuaciones, pruebas y providencias que considere dentro de los procesos en que intervenga.

En virtud de las facultades legales, el procurador estableció unas pautas de actuación mínima, entre ellas esta propugnar porque el proceso se tramite dentro de los términos legales; velar porque las peticiones de los sujetos procesales se resuelvan a tiempo; solicitar la oportuna vinculación de las personas imputadas; demandar la definición de la situación jurídica de los sindicados; pedir revocatoria o sustitución de la medida de aseguramiento; solicitar la preclusión de la investigación; intervenir en la práctica de pruebas; interponer los recursos legales pertinentes contra decisiones judiciales; velar porque se respeten los derechos humanos de los sindicados; propugnar por el restablecimiento del derecho y la efectiva indemnización de perjuicios.

“Cabe anotar que si bien en tales eventos la validez de los citados trámites judiciales no se afectaría por el incumplimiento de las obligaciones reglamentariamente impuestas a los agentes del ministerio público, dicha omisión podría acarrearles consecuencias sancionatorias”.

Su participación en la ley 906 de 2004. Ni sujeto procesal ni interviniente, sino órgano propio del proceso: contingencia de su actuación siempre y cuando se le hubiere convocado con debida antelación a ella a fin de posibilitar su asistencia. Si se mira el Art. 154 audiencias preliminares en las que puede participar el Ministerio Público, como son:

control de legalidad respecto de los elementos recogidos en las diligencias de investigación; práctica de prueba anticipada; la que dispone medidas de protección a víctimas y testigos; las que resuelven sobre medidas de aseguramiento y cautelares reales; la de formulación de imputación; la de aplicación del principio de oportunidad; petición de libertad antes del sentido del fallo.

El ministerio público bajo la mirada de la Corte Constitucional en el nuevo sistema penal acusatorio.

No obstante la Corte Constitucional³ examinó el tema de la presencia del Ministerio Público en el escenario del nuevo sistema penal acusatorio en los siguientes términos:

...“esta sala deduce que el parágrafo del artículo 250, adosado a la Constitución por el artículo 2º del Acto Legislativo 03 de 2002, el cual, es el resultado de una discusión planteada desde los orígenes del proceso de adopción de la reforma constitucional referida, que giró en torno al papel de la Procuraduría General de la Nación en el desarrollo del nuevo sistema penal acusatorio del proceso penal. En el inicio, la idea residía en replantear las funciones del Ministerio Público en el proceso penal, ya que, tal y como se defendía en el proyecto presentado por el Gobierno, al conferir a los jueces de garantías el control de la legalidad de las medidas limitativas de derechos, la presencia del Ministerio Público dentro del esquema propuesto era redundante”⁴ ...

Es así como a lo largo de las discusiones legislativas, la perspectiva del Congreso respecto del papel de la Procuraduría en Nuevo Sistema Procesal penal se transformó al punto que en la segunda vuelta, durante el debate en el Senado de la República, dicha célula legislativa decidió permitir el ingreso del Ministerio Público al proceso Penal con el fin de armonizar sus funciones con aquellas que le confiere el artículo 277 de la Constitución Política y permitir, fundamentalmente, la conservación y protección de las garantías sustanciales y procesales, de contenido individual y público, en el desarrollo de los procesos penales tramitados en el país. Esta medida figuró posteriormente en el texto puesto a consideración de la Plenaria del Senado, en el último debate de Acto Legislativo, en la norma que actualmente conforma el parágrafo del artículo 250 de la Carta Política.

A partir de esta situación se advierte que el Ministerio Público ha quedado investido de una serie de funciones que cuáles son: Vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos. Proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad, con el auxilio del Defensor del Pueblo. Defender los intereses de la sociedad. Defender los intereses colectivos, en especial el ambiente. Velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas. Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley. Intervenir en los

³ En sentencia C-966 de octubre 21 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, la Corte Constitucional.

⁴ ibídem

procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales. Rendir anualmente informe de su gestión al Congreso. Exigir a los funcionarios públicos y a los particulares la información que considere necesaria. Las demás que determine la ley.

Para el cumplimiento de sus funciones la Procuraduría tendrá atribuciones de policía judicial, y podrá interponer las acciones que considere necesarias, a no dudarlo, habrán de colocarlo en el nuevo ordenamiento procesal con una dimensión humana e institucional de mucha trascendencia. Así, el Ministerio Público queda investido de una triple función: la primera, en beneficio de la sociedad y protección de la misma, procurando que se investiguen los delitos y se sancione a sus autores; la segunda, en representación, podría decirse de la misma justicia, pero concretamente a favor de las personas acusadas, para que ejerza su defensa; la tercera, en beneficio de las víctimas del delito, para perseguir en su nombre la indemnización de los perjuicios causados con la infracción y para la defensa de sus derechos. Al mismo tiempo tiene a su cargo, no una vigilancia policiva sino procesal, de todas aquellas personas que por una u otra razón se hallan disfrutando de libertad total o parcial, mediante ciertos compromisos y obligaciones adquiridas dentro de un proceso como en los subrogados penales, el arresto domiciliario, la detención parcial en el propio lugar de trabajo o de estudio, entre otros.

El Ministerio Público tiene también a su cargo la tarea de ser defensor de los derechos humanos en los establecimientos carcelarios, de policía y de internación psiquiátrica, para que quienes allí se encuentran a disposición de la administración de justicia, reciban el digno tratamiento que merecen como personas. Habrá de vigilar muy estrictamente la ejecución de las penas y medidas de seguridad para que puedan cumplir al máximo sus fines resocializadores de la pena, según el artículo 4 Código Penal Colombiano.

En el Código de Procedimiento Penal, en lo referente a los artículos 112 y 357, a los que se integra por unidad normativa el artículo 374, en la expresión “*deberá ser solicitada o presentada en audiencia preparatoria, salvo lo dispuesto en el inciso final del artículo 357*”, la Corte Constitucional en sentencia C-144 del 3 de marzo de 2010, determinó que resulta ajustado a los artículos 29 y 250 de la Carta Política. A su juicio, el modelo del proceso penal adoptado por el constituyente en el Acto Legislativo 03 de 2002, no excluye cualquier intervención en el debate probatorio que no provenga de las partes.

De esta forma, la facultad del Ministerio Público para solicitar una prueba, no rompe con el debido proceso, el carácter adversarial y la igualdad de armas que debe existir entre la Fiscalía y el procesado. Por el contrario, según la Corte, atiende a los principios y fines del Estado, en procura de una justicia imparcial, conforme con los principios de legalidad e igualdad de las partes en el proceso y salvaguarda de los demás derechos en juego; en especial, el debido proceso, defensa y acceso a la administración de justicia. Mediante esta sentencia⁵ la Corte Constitucional declaró exequible el inciso final del artículo 357, excepcionalmente, “*agotadas las solicitudes probatorias de las partes*”, el Ministerio

⁵ Sentencia C-144 del 3 de marzo de 2010, Corte Constitucional.

Público podrá solicitar la práctica de una prueba no pedida, de la cual tuviere conocimiento y que pudiere tener esencial influencia en los resultados del juicio. Su carácter excepcional deriva de que se trata de la única solicitud probatoria que puede ser tramitada con posterioridad a la audiencia preparatoria, tal como lo prevé este artículo⁶.

*“Tampoco se supe la exclusión de los representantes de las víctimas de la posibilidad de efectuar solicitudes probatorias, con la facultad excepcional que el inciso final del artículo 357 del C.P.P. de la disposición acusada confiere al Ministerio Público, para solicitar, en el juicio, la práctica de una prueba no solicitada en la audiencia preparatoria y que pudiera tener esencial incidencia en los resultados del juicio. Los intereses que defiende el Ministerio Público en el proceso Penal (el orden jurídico, el patrimonio público, o los derechos y garantías fundamentales, Art. 109 C.P.P), son muy diferentes a los intereses que agencia el representante de las víctimas, englobados en los derechos a conocer la verdad, a que se haga justicia en su caso y obtener reparación. A lo anterior se agrega que la Constitución (artículo 250, parágrafo), de manera expresa conforma la participación del Ministerio Público en el proceso penal, conforme las competencias del artículo 277 de la Carta”.*⁷ (Sentencia C-966 de octubre 21 de 2003).

“Ministerio Público en el sistema penal acusatorio, tiene carácter de interviniente garantiza la imparcialidad y evita desequilibrios a favor o en contra de una de las partes en el proceso, los procuradores judiciales pueden intervenir en las actuaciones adelantadas por los jueces, la fiscalía y la policía judicial a efectos de defender el ordenamiento jurídico, el patrimonio público y las garantías y derechos fundamentales. Los personeros municipales ejercen este mismo control en los procesos ante los jueces municipales y ante los respectivos fiscales”. (Corte Constitucional, Sentencia C-260/11, Expediente D-8269, Jorge Iván Palacio Palacio)

La figura del ministerio público en el sistema penal acusatorio en Colombia y la seguridad jurídica en el enfoque neoliberal.

Son incalculables los cambios suscitados en desarrollo del nuevo marco constitucional en todos y cada uno de los ámbitos de la realidad colombiana, y a nivel del Derecho Penal, se requirió adecuar las instituciones y procedimientos para ajustarlos a la Carta Política de 1991; más aún, se requirió modificar la misma Constitución Nacional para viabilizar los cambios que ella misma exigía en esta materia, y que apuntaban fundamentalmente a adecuar el sistema penal a las nuevas circunstancias e instituciones, ya implementadas en contextos socioeconómicos semejantes al nuestro país.

Así, partir de la reforma constitucional introducida con el Acto Legislativo número 03 del año 2002, se introduce el Sistema Penal Acusatorio, caracterizado por ser un sistema adversarial, donde las partes, Fiscalía y defensa, se enfrentan en igualdad de oportunidades ante un juez imparcial, quien, con base en las pruebas y argumentos, decide si condena o

⁶ ibídem

⁷ Sentencia C-966 de octubre 21 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, la Corte Constitucional colombiana

absuelve. También pueden intervenir el ministerio público y la víctima: el primero para salvaguardar el orden jurídico y la segunda para que se le garanticen la verdad, la justicia y la reparación.

Con respecto al rol del Ministerio público, se hace necesario responder interrogantes, tales como ¿cuál es la función que ejerce en los allanamientos y preacuerdos?:

“...Por regla general, al Ministerio público le está vedado oponerse a las acusaciones originadas en allanamientos o preacuerdos, admitiéndose como única excepción la acreditación de manifiestas vulneraciones a las garantías fundamentales, evento en el cual está facultado para hacer las postulaciones respectivas y, en el supuesto de decisiones adversas, acudir a los recursos de ley.

En materia de preacuerdos, acuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el indiciado, imputado o acusado, es claro que la legislación procesal no le permite al Ministerio Público oponerse a ellos, pero sí, habiendo sido convocado a esos actos de justicia consensuada, dejar constancia sobre su postura en relación con los temas que justifican su participación y que advierta afectados por las estipulaciones de las partes, lo cual, eventualmente, le podría permitir acreditar el interés para recurrir los pronunciamientos judiciales en torno a ellos”.(Corte Suprema de Justicia, sentencia única instancia del 6 de febrero de 2013, radicado 30.592)

“...La Corte tiene dicho que desde el mandato del artículo 277 constitucional el legislador procesal de la Ley 906 del 2004 determinó que era viable la participación activa del Ministerio Público dentro del trámite judicial, no como un interviniente especial (que lo es la víctima), sino como un organismo propio dentro del proceso penal (sentencia del 5 de octubre de 2011, radicado 30.592), en aras de cumplir con los fines superiores que le corresponden: la defensa del orden jurídico, la protección del patrimonio público y el respeto por las garantías y derechos fundamentales.

Esa participación debe ejercerla sin que le sea dable alterar el equilibrio que debe prevalecer dentro del proceso, en el entendido que este se desarrolla por la contradicción entre dos partes que asumen el debate en igualdad de condiciones (Fiscalía y defensa). Por ello, sus intervenciones no pueden apuntar a lograr que la balanza se incline en pro o en contra de alguna de esas partes.

A este respecto no puede perderse de vista que el ejercicio de la acción penal constitucionalmente se halla adscrita a la Fiscalía, quien actúa por medio del Fiscal General de la Nación o sus delegados, y que de igual modo el imputado tiene el derecho de participar en las actuaciones judiciales que lo afecten, a tal punto de renunciar a algunos derechos conferidos por el ordenamiento, a cambio de obtener una pronta definición de su caso y el reconocimiento de algunos beneficios a los que no podría acceder si el proceso transita por el sendero ordinario.

Sin embargo todas estas manifestaciones de justicia consensuada, no sólo deben estar regidas por la legalidad, sino que no deben afectar derechos de terceros, pues si esto ocurre, se activa la legitimidad del Ministerio Público para intervenir ante la eventual

trasgresión o puesta en peligro de bienes jurídicos ajenos, los cuales son indisponibles por las partes involucradas. Igual acontece si los acuerdos contrarían el ordenamiento interno o desconocen el derecho internacional humanitario, o versan sobre infracciones graves a los derechos humanos, sobre las cuales no puede mediar negociación alguna por ser contrarias a los compromisos internacionales que integran el denominado Bloque de Constitucionalidad, la Constitución o la Ley”. (Corte Suprema de Justicia, M.P. JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO, Casación 39.892 Aprobado acta N° 029.)

Además de la necesidad de adecuar las instituciones que administran justicia en el campo penal a las nuevas realidades de nuestra sociedad, no se puede obviar el papel que aquí ha jugado el más importante aliado comercial y político de nuestro país en la actualidad, es decir, Estados Unidos de Norte América, quien además de financiar en buena medida la implementación de la reforma, ha servido de forma indirecta, según los expertos como Uprimny y Rodríguez, de modelo para su implementación, atendiendo además al hecho que nuestro país ha tomado como modelo a Puerto Rico, quien a su vez lo tomó prestado de este país norteamericano. La financiación de la reforma a la justicia era un componente del Plan Colombia, que era una estrategia militar de intervención de Estados Unidos en Colombia, en los que descansa ese enfoque neoliberal sobre el sistema judicial y que ofrece elementos para una perspectiva analítica y política distinta, centrada en lo que llamamos “*institucionalismo social*”, como lo analizan Uprimny⁸ y Rodríguez en su exposición ¿Justicia para todos o seguridad para el mercado?, el mayor éxito económico para aquellas sociedades que logran disminuir los costos de transacción, gracias a una adecuada definición de los derechos de propiedad y una buena protección de la seguridad en los contratos, ¿dónde quedan las garantías constitucionales de los ciudadanos?.

El aporte fundamental del neoinstitucionalismo al conocimiento ha sido promover la discusión sobre el efecto de las instituciones en las economías y las sociedades contemporáneas. Su defecto ha sido adoptar una visión funcionalista de las instituciones que reedifica la propiedad privada y el mercado. De lo que se trata, entonces, es de tomar en serio la invitación neoinstitucionalista a pensar las instituciones, pero desde una perspectiva de filosofía moral y de políticas públicas que le de tanta importancia a la libertad como a la igualdad, la visión que se plantea hechos por las doctrinas constitucionales que a lo largo y ancho de América Latina han promovido la protección de derechos sociales, se ha de utilizar el término institucionalismo social antes que el más difundido “*constitucionalismo social*”.

El tipo de visión que no se limita al ámbito de la decisión judicial en materias constitucionales, sino en general a todas las decisiones sobre instituciones públicas. En esta medida, el institucionalismo social adopta la concepción amplia de lo que es una institución que ha sido articulada por el neoinstitucionalismo, pero incluye en la discusión objetivos fundamentales como son: la legitimidad del Estado, la garantía para todos de condiciones de vida dignas y la responsabilidad social de los individuos y las empresas que van más allá de la protección del mercado. En este sentido, el institucionalismo social tiene que ver con asuntos tan variados

⁸ Uprimny y Rodríguez, ¿Justicia para todos o seguridad para el mercado? El neoliberalismo y la Reforma Judicial en Colombia y en América latina, 2001. Pp1-5, 16, 21, 24.

Disponible en: <http://www.juecesyfiscales.org/juridicas/textos-juridicos/104-justicia-para-todos-o-seguridad-para-el-mercado.html>

como el régimen de impuestos, los programas de asistencia social, las políticas laborales y de seguridad social y la política criminal.

Nada puede objetarse a que las reformas pretendan hacer más eficiente la justicia y busquen reducir sus costos. Una justicia más rápida, económica y eficaz no sólo favorecería el desarrollo económico, conforme lo plantean los neoinstitucionalistas, sino que además tendría otras consecuencias deseables en una democracia, como la reducción de costos de la justicia permitiría utilizar los dineros ahorrados en favorecer el acceso a la justicia, o en mejorar la cobertura y prestación de otros servicios públicos, como la educación o la salud.

A sí mismo, la existencia de una justicia más eficaz y rápida tiende a favorecer especialmente a los sectores más vulnerables de la sociedad, quienes en ocasiones son los más afectados por la congestión y morosidad del aparato judicial, pues no cuentan con los recursos económicos para esperar los largos años que hoy toma un proceso judicial. No tienen, como dice Cappelletti (1974-152), “*resistencia para aguardar*” y por ello son quienes más requieren una justicia pronta y rápida.

Es notable como el olvido de la desigualdad social también ha tenido impactos negativos sobre la imparcialidad de la justicia estatal, las cuales en Colombia, se vislumbra en las reformas recientes, centradas en la eficiencia, no han abordado con vigor la necesidad que, dentro de la propia administración de justicia, existan mecanismos para que en el proceso exista un equilibrio real entre los sujetos procesales, así también de una forma notable en el desbalance señalado entre los recursos de la Fiscalía y los de los defensores públicos, esta desigualdad es clara en los campos civil, laboral y administrativo, en donde los sectores pobres sólo cuentan con la oferta de los consultorios jurídicos, que tienen cubrimientos limitados. Para que exista un proceso realmente imparcial, es necesario que el Estado reequilibre la situación de las partes débiles. Como lo señala Cappelletti en un estudio clásico sobre el tema:

“En verdad, para que se tenga un proceso justo no basta que ante un juez independiente e imparcial haya dos partes en contradictorio, de modo que el juez pueda escuchar las razones de ambas. [Es] menester además que esas dos partes se encuentre en condiciones de paridad no meramente jurídica (lo que puede significar meramente teórica) sino que haya entre ellas efectiva paridad práctica, lo que quiere decir paridad técnica y también económica. También en el campo del proceso, los “derechos sociales” se manifiestan, en suma, como la integración necesaria de los derechos clásicos de libertad” (Cappelletti 1994, p 110)

La seguridad jurídica en el enfoque neoliberal tienen una inaceptable selectividad, pues existe una gran preocupación por salvaguardar la propiedad y los contratos, pero no parece existir el mismo interés en proteger los derechos fundamentales y las garantías sociales de los ciudadanos. Los mismos funcionarios y académicos que defienden a ultranza la seguridad jurídica para las empresas proponen, ignorando la evidente contradicción práctica en la que incurren, la continua variación de las expectativas de los trabajadores en relación con su edad de jubilación. La pregunta obvia es entonces: ¿para quién es la seguridad jurídica? En contravía de la agenda neoliberal, el institucionalismo social propone que la seguridad jurídica sea tomada en serio también cuando los destinatarios de las reformas sean los grupos sociales menos favorecidos.

Si la profundización de la democracia requiere la construcción de una ciudadanía social, el Estado debe tener funciones redistributivas más amplias de lo que plantea la ideología neoliberal, la administración de justicia debe jugar un papel importante en la construcción de esa ciudadanía social, teniendo en cuenta que una de las características criticables del Estado benefactor⁹ ha sido que la concesión de las prestaciones necesarias para satisfacer los derechos sociales no ha sido siempre igualitaria ni transparente porque ha dependido de criterios discrecionales de las administraciones públicas. La creación de mecanismos judiciales que permitan controlar el poder de esas burocracias podría entonces asegurar una mayor transparencia e igualdad en ese campo, los jueces pueden, en determinadas circunstancias, amparar demandas de derechos sociales, tal y como lo han hecho, en contextos distintos, los tribunales constitucionales de Colombia, Sudáfrica, India o Hungría. Con esto, se puede asegurar una mayor eficacia de esos derechos y la realización de la ciudadanía social.

Con el institucionalismo social se intenta construir un sistema judicial que contribuya a la implantación de un Estado social de derecho que sea eficiente, transparente y equitativo. Es cierto que las políticas benefactoras generan dificultades fiscales, en ocasiones son inequitativas y producen intervenciones burocráticas alienantes y poco transparentes, que erosionan el dinamismo de las sociedades democráticas. Hay pues que tomar en serio las críticas contra el Estado benefactor pero sin abandonar los ideales de justicia social del Estado social de derecho. Es pues importante no confundir el Estado social con el Estado benefactor, el cual, nunca ha existido como tal en América Latina.¹⁰

Lo anterior no obsta para que el sistema procesal penal en Colombia tenga sus particularidades, tal como las evidenciaba el llamado sistema mixto que tuvo vigencia hasta el 31 de diciembre del año 2004 en todo el país; precisamente una de las particularidades del sistema colombiano es el papel que se le atribuye al Ministerio Público, el cual se constituye en el elemento central de este trabajo; son muchas las críticas que se emiten al papel de esta institución en el Sistema Penal Colombiano; las voces van desde aquellos defensores, docentes que argumentan que su intervención desnaturaliza un proceso que, en esencia, es de naturaleza adversarial, involucrando dos oponentes, Fiscalía y Defensa, que se enfrentan en un plano de igualdad Jurídica; hasta quienes los constituyentes, docentes, sostienen que las particularidades de la sociedad colombiana justifican la presencia del Ministerio Público como un interviniente más en el proceso; incluso, hay voces que pronostican el inminente colapso de todo el sistema procesal penal, pues lo consideran inviable en una sociedad como la colombiana en la actualidad.

Es importante aclarar que quienes exponen estas ideas preliminares no pretenden llegar a conclusiones definitivas en torno a la situación planteada; el ánimo que asiste al plasmar estas reflexiones es exponer una primera aproximación que contribuya al debate, y quizá sirva de punto de partida para estudios más profundos y sistemáticos, alimentados por la evolución misma del sistema.

⁹ ibídem

¹⁰ ¿Justicia para todos o seguridad para el mercado? el neoliberalismo y la reforma judicial en Colombia y en América latina, 2001, p 16.

En primer lugar, veamos algunos de los principales argumentos expuestos por aquellos que consideran que la intervención del Ministerio Público desnaturaliza el proceso penal acusatorio. El punto de partida es, sin duda, el hecho de que al ser este un proceso de partes, de naturaleza adversarial, donde sus protagonistas, Fiscalía y Defensa, se enfrentan en un plano de igualdad frente a un tercero neutral, el Juez, quien finalmente fallará de acuerdo a la verdad procesal que se imponga, sea ésta la del ente acusador o la de la defensa. La idea central del esquema propuesto es que las partes en contienda se enfrentan en un proceso dialéctico donde, en teoría, se puede afirmar que se da una igualdad de armas.

Desde esta perspectiva, la intervención de un tercero, en este caso, el representante del Ministerio Público, vendría a romper este equilibrio, ya que éste al decidirse por alguno de los extremos de dicha relación, tal y como se lo permite el ordenamiento jurídico, necesariamente va a dejar en desventaja a la parte contraria, corriendo el peligro como ha sido lo usual que termine coadyuvando las tesis de la Fiscalía, quedando la defensa en una evidente desventaja, por cuanto ya no tendrá un solo oponente, es decir el Fiscal, sino que a él se sumará el Representante del Ministerio Público y el apoderado de las víctimas, con lo cual el desequilibrio se torna aún mayor. Los seguidores de este criterio se apoyan además en el hecho de que el proyecto inicial presentado por el gobierno a consideración del legislativo, excluía al Ministerio Público del escenario del nuevo proceso penal, esto en virtud al papel que en él se atribuía a los Jueces de Control de Garantías, el cual hacía innecesaria la presencia del mencionado representante. Desde aquí se llama la atención sobre el hecho de que la intervención del Ministerio Público en el Nuevo Sistema Procesal Penal, solo vino a revivir en la discusión en la segunda vuelta del proyecto de reforma constitucional ante el senado de la República.

Quienes, por el contrario, defienden el papel del Ministerio Público en el Proceso Penal Acusatorio adoptado en Colombia a partir de la promulgación y entrada en vigencia de Ley 906 del año 2004, exponen como argumentos a favor, entre otros los siguientes: el legislador al permitir la participación del Ministerio Público en el Proceso Penal Acusatorio en Colombia, no lo hizo para pagar algún tipo de favor político, sino para permitir a esta entidad cumplir con los fines que la Constitución Política de 1991 le traza en el artículo 277; es decir que éste es un interviniente de origen constitucional que únicamente interviene en defensa de los intereses de la sociedad en aquellos casos que, según su criterio, resultan de mayor interés social.

Si bien es cierto que dicho planteamiento parte de una premisa cierta, esto es, que el artículo 277, numeral 7º de la Constitución señala como función del Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados, la de “*intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales*”, no lo es menos, no comparte la conclusión a la que llegan: que en desarrollo de esa función a favor de las víctimas mayores de edad, por las siguientes dos razones:

La primera, porque el Ministerio Público desarrolla su función constitucional de intervención y vigilancia en los procesos judiciales, de un lado, en caso de necesidad de protección del ordenamiento jurídico y de derechos y garantías fundamentales y, de otro,

dentro de los parámetros, condiciones y oportunidades que la ley dispone. Así, por ejemplo, al igual que los funcionarios judiciales que tienen a su cargo la oportuna y correcta administración de justicia sólo pueden intervenir en los procesos cuando la ley les otorga jurisdicción y competencia, la Procuraduría puede hacerse parte de ellos cuando la ley establece, en forma precisa, su intervención para la defensa de los derechos e intereses de la sociedad. La segunda, al legislador corresponde, en ejercicio de su facultad de libre configuración normativa del proceso penal, concretar los momentos y las circunstancias en las que los sujetos procesales o los interesados intervengan en las diferentes etapas procesales.

Frente al argumento de que su intervención rompe el equilibrio procesal que, en teoría existe entre las partes, se alega que su labor no está comprometida con intereses de parte, que al Ministerio Público no le interesa, en primera instancia acusar o defender, sino que el caso se resuelva en derecho y en función de una recta administración de Justicia; es decir, que aquí se hace énfasis en su rol independiente en el esquema del nuevo proceso penal. Complementariamente se aclara que lo usual es que se presente coincidencia con una u otra postura, esto es, Fiscalía o Defensa, no por intereses particulares, sino por la sola percepción de la verdad desde la óptica de quien representa a la sociedad; esto hace que se reclamen condenas ejemplares en casos de graves violaciones a la ley penal; o por el contrario se pida absolución del acusado, si no ha logrado el ente acusador quebrantar la presunción de inocencia. Se destaca que en el debate legislativo concluyó que “... *al no corresponder esta institución a la calidad de parte ni interviniente, debe erigirse como un organismo propio dentro del proceso, estableciéndose para ello una serie de facultades, por lo tanto se hace necesario establecer un título que contenga las atribuciones y funciones de esta entidad...*”. (Gaceta Judicial Tomo CXXXVIII, Nros.2340, 2341 y 2342, p. 42. Sentencia del 17 de febrero de 1971).

Como consecuencia de la discusión adelantada en el congreso, y a partir de la participación de quienes avalaban la participación del Ministerio Público en los procesos penales, se dispuso modificar el proyecto original, en el sentido de cambiar la ubicación en el proyecto de código procesal penal del articulado referido al Ministerio Público, de manera que el orden del Título Cuarto quedara así: “*Capítulo Primero, Fiscalía General de la Nación; Capítulo Segundo, Defensa; Capítulo Tercero, Imputado; Capítulo Cuarto, Víctimas*”, destinándose el Título Tercero específicamente para el Ministerio Público, teniendo en cuenta su condición de “*órgano propio*” dentro del proceso. Es decir, se suprimió su condición de parte.

De acuerdo con lo anterior se advierte que en el sistema procesal acusatorio, por voluntad del órgano legislativo, el Ministerio Público no es sujeto procesal, toda vez que esta categoría aparece normativamente reservada a la Fiscalía General de la Nación en quien recae la obligación de adelantar el ejercicio de la acción penal, así como en la defensa esto es, el procesado y su defensor.

Tampoco es un interviniente, dado que no persigue la definición de un interés particular. Es un organismo propio destinado a cumplir los propósitos misionales que, en relación con las actuaciones judiciales, le asigna la Constitución Política.

Está la nueva filosofía del procedimiento en el que se inspira la dialéctica y dinámica del procedimiento que entraña el sistema penal acusatorio en nuestro país. Los principios, reglas y garantías constituyen las bases o ejes sobre los cuales han de resolverse las situaciones propias de la hermenéutica del Código Procesal Penal.

Si se subsana, de un lado, que el proceso acusatorio, siendo adversarial, exige que se conserve el equilibrio y la igualdad entre las partes en contienda; y, de otro, que los fines del Ministerio Público en las actuaciones judiciales deben cumplirse, en cuanto resulte necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales, sobreviene claramente que su intervención en el proceso penal es eventual en tanto puede o no ejercerla y que corresponde en la práctica a la de un sujeto especial cuyas únicas pretensiones son la defensa del orden jurídico, la protección del patrimonio público y el respeto por las garantías y derechos fundamentales, que busca asegurar esos cometidos superiores, sin que le sea permitido alterar el necesario equilibrio de las partes principales del proceso, que, en últimas, no pueden ser otras que la acusación y la defensa, dado el carácter eminentemente contradictorio que el modelo exhibe, sin perjuicio del compromiso que comparte con la Fiscalía de propender por la garantía de los derechos de las víctimas y, por supuesto, del procesado, pues la fiscalía también es custodio de la ley, interesada en realizar el derecho, por lo que también debe velar por el cumplimiento de las garantías y derechos reconocidos al procesado.

El Ministerio Público, su función de garante.

Bajo esta perspectiva, frente al nuevo proceso, en la indagación, la investigación y el juzgamiento, se le asignan diversas funciones relacionadas, algunas, con su condición de garante de los derechos humanos y de los derechos fundamentales del procesado y la víctima y, otras, como representante de la sociedad. Funciones, casi todas, signadas por la contingencia de su actuación. Hay que recordar que aparentemente la única actuación obligatoria del ministerio público en el proceso penal es la que consiste en ordenarle al juez que se pronuncie sobre la suerte de los bienes sometidos a registro, cuando éste no lo hace en la sentencia, lo cual significa que la legalidad del proceso o la existencia o validez de una audiencia o diligencia determinada, no quedará comprometida en ausencia de su ejercicio, siempre y cuando se le hubiere convocado con la debida antelación a ella a fin de posibilitar su asistencia, pues es la forma como el modelo asegura que pueda cumplir los cometidos que constitucional y legalmente le han sido asignados.

En cuanto a la forma de citación, la legislación procesal no establece una modalidad específica de hacerlo, al punto de indicar que para el cumplimiento de sus funciones, los funcionarios judiciales y de policía judicial lo enterarán oportunamente por el medio más expedito, debiéndose entender por tal, cualquier instrumento eficaz de citación, o mecanismo idóneo para enterar, comenzando por la información personal, y toda la variedad de posibilidades que ofrecen los avances tecnológicos, a partir del uso de elementos como teléfono, fax, correo electrónico, mensajes de texto, entre otros, con la única salvedad de que, de ser necesario, puedan ser objeto de verificación posterior en caso de controversia.

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

Es necesario recordar además la función del Ministerio Público en diligencias de allanamiento a partir de la reforma de la ley 1453 de 2011, en el artículo 225, parágrafo, que exige su presencia en la diligencia y posteriormente en la audiencia de control, para la interceptación de comunicaciones, la búsqueda selectiva en bases de datos, los registros y toma de muestras corporales, o exámenes científicos que involucren al indiciado o imputado, pues en caso contrario, se halla facultado para pedir la terminación o la limitación de la medida, o, de ser el caso, solicitar la exclusión de la evidencia obtenida con transgresión del ordenamiento jurídico.

En tal razón, cabe resaltar que las inspecciones corporales deben realizarse observando toda clase de miramientos compatibles con la dignidad humana, propósito primordial que debe procurar garantizar el Ministerio Público, más aún si se trata de diligencias que se cumplen por funcionarios de policía judicial y no en el marco de las audiencias preliminares, o del juicio oral, público y contradictorio.

Pese a esta amplia gama de facultades que justifican la intervención del Ministerio Público en las actividades investigativas de la policía judicial, sea que hayan sido autónomamente dispuestas u ordenadas por la Fiscalía o un Juez de Garantías, es lo cierto que por fuera del derecho que le asiste a que se le informe y se le cite pertinentemente a la práctica de las audiencias y diligencias, no tiene jerarquía alguna sobre los jueces, fiscales o funcionarios de policía judicial, de modo que el acceso a la información, evidencias o elementos materiales recaudados, sólo puede lograrlo en las oportunidades y condiciones procesalmente establecidas, a las cuales debe sujetarse, pues lo contrario implicaría suponer que goza de privilegios frente a la fiscalía, la defensa o las víctimas, lo cual repele a la idea de proceso equilibrado, con igualdad de armas entre acusación y defensa.

En ese orden de ideas, no resulta posible, por ejemplo, que pueda gozar de acceso a toda la información recaudada por la Fiscalía o la defensa, cuando ni siquiera para ellas se ha dado inicio a la fase de descubrimiento probatorio.

Así, también dentro de las funciones que le incumbe cumplir como garante de los derechos humanos y de los derechos fundamentales, al Ministerio Público le compete participar en las diligencias o actuaciones a cargo de los funcionarios judiciales (jueces o fiscales), que impliquen afectación o menoscabo a un derecho fundamental; procurar que se cumplan los cometidos de verdad y justicia implícitos en las decisiones judiciales; velar porque las condiciones de privación de libertad, se cumplan conforme con los tratados internacionales, la Constitución Política y la ley; vigilar que en los procesos por graves violaciones a los Derechos Humanos o violaciones al Derecho Internacional Humanitario, en forma contundente y temprana se resuelvan los conflictos de jurisdicción que puedan suscitarse;

asegurar el cumplimiento del debido proceso y el derecho de defensa y participar, conforme lo prevé el Código de Procedimiento Penal, cuando lo considere necesario, en el desarrollo de las audiencias.

Es de anotar que, como representante de la sociedad, en el curso de la actuación tiene determinadas las facultades de solicitar la condena o la absolución del acusado e intervenir en la audiencia de preclusión; abogar por la indemnización de perjuicios, el restablecimiento y la restauración del derecho en los eventos de agravio a los intereses colectivos; velar porque se respeten los derechos de las víctimas, los testigos y demás intervinientes del proceso, así como verificar su efectiva protección por parte del Estado; intervenir en las audiencias en las que proceda la disponibilidad del derecho por parte de la víctima y en las relacionadas con la aplicación del principio de oportunidad, con el fin de que se respeten los derechos de aquélla a la verdad, la justicia y la reparación. Además, tiene a su cargo el deber de denunciar todo fraude o colusión procesal que advierta.

En materia de preacuerdos, acuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el indiciado, imputado o acusado, es claro que la legislación procesal no le permite al Ministerio Público oponerse a ellos, pero sí, habiendo sido convocado a esos actos de justicia consensuada, dejar constancia sobre su postura en relación con los temas que justifican su participación y que advierta que fueron afectados por las estipulaciones de las partes, lo cual, fortuitamente, le podría permitir acreditar el interés para recurrir los pronunciamientos judiciales en torno a ellos.

Por este motivo, no puede perderse de vista que el ejercicio de la acción penal constitucionalmente se halla adscrita a la Fiscalía, quien actúa por medio del Fiscal General de la Nación o sus delegados, y que de igual modo el imputado tiene el derecho de participar en las actuaciones judiciales que lo afecten, a tal punto de desistir a algunos derechos conferidos por el ordenamiento, a cambio de obtener una rápida definición de su caso y el de conseguir algunos beneficios a los que no podría acceder si el proceso transita por el sendero ordinario.

Por ende, todas estas expresiones de justicia consensuada, no sólo deben estar regidas por la legalidad, sino que no deben afectar derechos de terceros, pues si esto ocurre, se activa la legitimidad del Ministerio Público para intervenir ante la ¿casual? transgresión o puesta en peligro de bienes jurídicos ajenos, los cuales son indisponibles por las partes involucradas. Igual acontece si los acuerdos contrarían el ordenamiento interno o desconocen el derecho internacional humanitario, o versan sobre infracciones graves a los derechos humanos, sobre las cuales no puede mediar negociación alguna por ser contrarias a los compromisos internacionales que integran el denominado Bloque de Constitucionalidad, la Constitución o la Ley.

Al mismo tiempo, en ese escenario de contingencia que regula su acción, la Ley 906 de 2004 faculta al Ministerio Público para solicitar el cambio de radicación; formular querrela cuando el ofendido esté imposibilitado para hacerlo, sea incapaz, carezca de representante legal o éste sea autor o partícipe del delito; solicitar la adición de la decisión en la cual el funcionario competente omita el pronunciamiento definitivo, sobre bienes afectados con fines de comiso; solicitar el embargo y secuestro de bienes del imputado, en los procesos en

que la víctima sea un menor de edad o un incapaz; a instancias de la víctima, promover el ejercicio del incidente de reparación integral; solicitar el relevo del defensor discernido cuando se advierta incompatibilidad en la defensa, en cuanto al proceso es fundamentalmente, la conservación y protección de las garantías sustanciales y procesales, de contenido individual y público, en el desarrollo de las causas penales tramitados que se llevan en nuestro país.

Así mismo, puede interesarse en el trámite de las audiencias preliminares; recurrir en casación y promover la acción de revisión y; solicitar la práctica de pruebas anticipadas en aquellos asuntos en los cuales esté ejerciendo o haya ejercido funciones de policía judicial. (Sentencia C-144 del 3 de marzo de 2010, Corte Constitucional).

Es de anotar que cuando el Ministerio Público en ejercicio de su discrecionalidad, resuelva asistir a la audiencia de formulación de acusación, el ordenamiento procesal dispone que el juez de conocimiento debe correrle traslado del escrito de acusación presentado por la Fiscalía, a fin de que, si lo considera necesario, pueda expresar oralmente los motivos de incompetencia, impedimento, recusación y nulidad que advierta, así como para formular las observaciones que estime pertinentes sobre el escrito de acusación, de modo que, si encuentra que no reúne alguno de los requisitos establecidos por el artículo 337 de la Ley 906 de 2004, la Fiscalía, a instancias del presidente de la audiencia, previo traslado a las partes para que se pronuncien en torno a la petición, proceda a aclararlo, adicionarlo o corregirlo de inmediato, en los puntos o aspectos respectivos dispuestos por el juez, para lo cual la Fiscalía, también en observancia del deber de lealtad y buena fe en sus actuaciones, deberá proceder en consecuencia, a riesgo, en caso contrario, de que el juez decida suspender la audiencia hasta que se cumpla lo dispuesto o rechazar la acusación por manifiesto incumplimiento de los presupuestos legales, respecto de cuyas decisiones proceden los recursos ordinarios.

La pregunta que surge obvia, es, qué pasa si el funcionario judicial considera que no le asiste razón al Ministerio Público en la enunciación de sus reparos, porque estima que sí es competente, o que no se configuran motivos de impedimento, recusación o nulidad, o que el escrito de acusación satisface los presupuestos legales.

Por lo que el ordenamiento faculta al Ministerio Público para interponer los recursos que estime pertinentes, previa acreditación de la legitimidad e interés, esto es, de la necesidad de salvaguardar un derecho fundamental o recuperar la legalidad del procedimiento o proponer el incidente de definición de competencia o formular recusación correspondiente, según sea el caso.

Prima facie, se entendiera que tal tipo de soluciones se ofrecen excesivamente dilatorias del trámite procesal, contrariando los principios de celeridad y economía. Pero no puede perderse de vista que una de las funciones del juez en esta fase del proceso consiste precisamente en poner a tono la actuación con las posibilidades reales de proferir un fallo de mérito, precaviendo la configuración de un motivo de ineficacia de lo actuado, sea por el factor competencia, o por concurrir en alguna causal de inhibición, o porque la acusación no cumple los requisitos prefijados en el ordenamiento procesal penal.

Por esto, resulta comprensible la suspensión del trámite hasta que se defina cualquiera de los anotados eventos que podrían incurrir negativamente en la validez del juicio oral.

La ley procesal nada comunica sobre las posibilidades de intervención del Ministerio Público en la facultad que la Fiscalía y la defensa tienen para hacer estipulaciones en orden a aceptar como probados alguno o algunos de los hechos materia de investigación, o sus circunstancias.

Pero esto no significa que si el Ministerio Público observa que el acuerdo o la estipulación comprometen gravemente garantías fundamentales de alguna de las partes o intervinientes, por ejemplo, porque desborda los marcos fácticos y circunstanciales sobre los cuales debe operar la estipulación, para incluir aspectos que comprometen la responsabilidad del acusado, o porque pone en riesgo los intereses que el ordenamiento le ha confiado, no se halle facultado para oponerse a dicha disposición y provocar que el hecho o el suceso indebidamente estipulado, se tome por tal, y demandar que se disponga por el Juez su acreditación en el juicio.

Al efecto, considérese también el caso de que la estipulación establezca una incapacidad menor a la que realmente padeció la víctima de lesiones personales, o que no tiene en cuenta las secuelas producidas, o cuando observa que se determina una cuantía inferior a la que fue objeto de apropiación en el delito de peculado, de la misma manera cuando, se afirma que la conducta fue realizada por un particular siendo servidor público, lo que eventualmente incidiría en los términos de prescripción o la calificación jurídica del comportamiento, para solo sugerir algunos ejemplos hipotéticos que evidenciarían la intervención del Ministerio Público en ese acto de partes.

Asimismo, está facultado por la ley procesal penal para reclamar la exclusión, el rechazo o la inadmisibilidad de los medios de convicción que en su criterio no satisfagan los presupuestos de conducencia o pertinencia y, extraordinariamente, la ley lo faculta para solicitar el decreto de elementos probatorios en la audiencia preparatoria que sean trascendentes en la definición del juicio, y que las partes pudieren haber omitido; además, para el cabal entendimiento del caso, una vez culminados los interrogatorios de las partes, puede formular a los testigos preguntas complementarias.

Es de señalar que dicha facultad de iniciativa probatoria debe ser diligentemente ponderada por el Juez, más que por las partes intervinientes, toda vez que la normatividad le adscribe a aquél, como tercero supraparte en el proceso, el deber de salvaguardar el equilibrio entre acusación y defensa. En consecuencia, le compete impedir, limitar o morigerar, según sea el caso, todas aquellas actuaciones o intervenciones del Ministerio Público que puedan comprometerlo, rechazando las preguntas que excedan el propósito de complementariedad fijado en la ley y se aproximen a un interrogatorio o un contrainterrogatorio vedado por el ordenamiento, por tratarse de hechos o situaciones que no han sido materia de postulación.

Por lo cual, este desequilibrio podría generar efectos nocivos para las posibilidades defensivas si, por ejemplo, el Ministerio Público, para tratar de encubrir la negligencia del órgano acusador, revelada en las deficiencias investigativas o argumentativas que se observan en la enunciación de la acusación y que de no corregirse en la audiencia

preparatoria, podrían dar al traste con sus pretensiones, solicita se reúna la prueba que extraña sobre la materialidad de la conducta o la responsabilidad del acusado. Tal el caso, en que la Fiscalía hubiese prescindido referir y solicitar la práctica de la prueba relativa a la condición de servidor público en los delitos de responsabilidad, o el dictamen pericial sobre la naturaleza y consecuencias de las lesiones que afirma habersele causado a la víctima.

Es así como, pese a que en los dos ordenamientos el legislador reserva al Procurador General de la Nación, directamente o a través de sus delegados y agentes, la facultad de decidir en cuáles asuntos ha de intervenir, su actividad resulta mucho más amplia en el marco de la Ley 600 de 2000, en donde cuenta con total autonomía para efectuar solicitudes probatorias y de postulación en orden a demostrar, en las diferentes fases de la actuación y ante los distintos funcionarios judiciales, su perspectiva valorativa acerca del compromiso de responsabilidad penal del procesado o su inocencia frente a los cargos que se le imputan. Opuestamente, en la Ley 906 de 2004 su actividad es más contemplativa, asumiendo un rol marcadamente pasivo pero vigilante, en el cual no cuenta con espacios para formular su propia teoría del caso, ni para presentar solicitudes probatorias dirigidas a su demostración en el curso del juicio oral, público y contradictorio. Tampoco le es permitido interrogar a los testigos y en general suscitar discusiones en desarrollo del debate, al punto que, con las salvedades anotadas, las únicas facultades que en esta materia se le otorgan son las de solicitar la práctica de pruebas de especial influencia en los resultados del juicio, que no hayan sido pedidas por las partes, y de efectuar preguntas complementarias a los testigos, una vez finalizados los interrogatorios, llamadas exclusivamente a aportar elementos de juicio para el cabal entendimiento del caso.

La función del ministerio público en otros países.

En Ecuador y Uruguay:

“Frente a cambios tan profundos, muchos de ellos perfilados o insinuados con la instauración del modelo acusatorio, los fiscales y el Ministerio Público en su conjunto no pueden permanecer indiferentes ni pueden soslayar la nueva posición que la víctima ocupa en el proceso y en el escenario social. Deben abandonar la función expropiadora, para transformarse en un instrumento que contribuya a la re-apropiación de los conflictos.

En ese contexto, en el espacio del Ministerio Público emergen nuevos paradigmas y líneas de acción alternativa para intervenir frente a los conflictos penales. Los enfoques meramente retributivos y los modos de intervención reactivos, no satisfacen las expectativas sociales ni posibilitan que el Ministerio Público se instale en el imaginario colectivo como una institución creíble, confiable y eficaz.

El artículo revisa la aplicación práctica de los conceptos pertinentes a la mejora de la justicia penal. La adopción de nuevos paradigmas y líneas de acción para intervenir frente a los conflictos penales implica situar la mejora de la atención primaria como una estrategia de intervención superior a las actividades de modelos tradicionales de respuesta judicial. A través de un conjunto de respuestas que abarcan las de índole procesal, pero incluyen otras de tipo más informal (promoción de derechos, asesoramiento, asistencia, protección, etc.) se postula la adopción de un modelo proactivo de intervención, marcado por la idea de la repersonalización. Las posibilidades de la propuesta se reseñan a través del caso de la ciudad de Cuenca (Ecuador), en que la modificación del modelo de justicia penal se basó en el incremento de la cantidad y calidad de respuestas dadas a la

ciudadanía, lo que implicó una gestión cotidiana de actividades inspiradas en los conceptos propuestos.¹¹

Y la reforma radical no se logrará nunca, si no se cambia en forma definitiva al Ministerio público. El Ministerio público en el Uruguay, en los últimos años, de manera pública y notoria...ha sufrido, y entonces, cuando nosotros presentamos el modelo que pensamos es mejor, no lo haremos desde la patología, no lo haremos considerando esta lamentable historia, sino que lo haremos desde el ideal, desde el deber ser, y no pensando como las debilidades y las pasiones humanas pueden incidir sobre los sistemas `por mejores que ellos sean, porque esta condición de nuestra naturaleza no dejará de existir, lo que no debe impedir conformar una estructura que se acerque al ideal.

Eso no impide, claro, que se piensen y estructuren, dentro del sistema, los frenos y contrapesos necesarios, los controles internos y externos que pueden servir de estabilización y garantía, pero los controles no deben impedir las reformas, porque del rol del Fiscal depende la dignidad del Defensor y también la imparcialidad del juez de sentencia, que no se debe contaminar en forma alguna con las partes en pugna, preservando así en forma absoluta la sagrada dignidad que le compete de hacer justicia, de decir el derecho, de fallar resolviendo el conflicto, con total independencia y libertad de conciencia.

Puedo señalar aquí una forma muy formal de limitar este poder excepcional, porque la causa al fin y al cabo no pertenece a la persona del fiscal, sino al ente moral "Ministerio Público", por lo cual algo muy sencillo es establecer que, en todos los casos de sobreseimiento, la causa debe pasar automáticamente a un segundo fiscal (de igual rango, etc.) el cual la estudiará y resolverá: a) si mantiene el criterio del titular; el juez quedaría obligado a sobreseer basado en esa única razón (de que la parte desiste de ejercer la pretensión punitiva que le corresponde, "disponiendo" así del proceso), o b) formulando requisitoria, lo que habilita el plenario (en denominación actual) es decir, el juicio propiamente dicho, trabándose la contienda entre las partes, que decidirá soberanamente el tercero imparcial que es el juez.¹²

Conclusiones.

El objetivo de este trabajo ha sido mantener la tesis de que la participación del Ministerio Público en el Sistema Penal Acusatorio bajo el carácter de interviniente, puede contravenir la imparcialidad, pudiendo generar un desequilibrio en la estructura adversarial del procedimiento.

Su actuación en muchos casos es un factor que no coadyuva la conservación y protección de las garantías sustanciales y procesales, de contenido individual y público, en el desarrollo de los procesos penales tramitados en el país, pese a que bajo este tópico está

¹¹ Mendaña, Ricardo J y Salgado, Alicia Arias, El Ministerio Público y la "Atención Primaria" de la Conflictividad Penal. URVIO - Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana; ene2008, Issue 3, pp. 12, 21-32.

¹² Cuñarro, Miguel Langón, el rol del ministerio público en el proceso penal, Revista de Derecho (15105172); 2008, Vol. 7 Issue 14, p55-63, 9 p

constituida su razón de ser, no obstante en ciertas oportunidades su balanza pareciera inclinarse al ente fiscal.

Se hace necesario reconocer, la tensión que se advierte entre las nociones de sistema adversarial, la ponderación de partes e igualdad de armas entre acusador y defensa, y la posibilidad atribuida por la jurisprudencia constitucional al Ministerio Público y a las víctimas, de solicitar la práctica de pruebas para acreditar sus pretensiones, desquiciando todo el equilibrio adversarial que permite el funcionamiento acusatorio de un sistema procesal.

En síntesis, se tiene que el Ministerio Público no debe acusar o defender, como a veces lo hace, sino que debe propender que el caso se resuelva en derecho y en función de una recta administración de justicia; haciéndose énfasis en su rol independiente, el cual debe prevalecer en el esquema del nuevo proceso penal, toda vez que la categoría de imputar o de acusar, le aparece normativamente reservada a la Fiscalía General de la Nación, órgano en quien recae la obligación de adelantar el ejercicio de la acción penal, así, al procesado y defensor, les corresponde la defensa.

Tampoco es un interviniente, dado que no persigue la definición de un interés particular. Es un organismo propio destinado a cumplir los propósitos misionales que, en relación con las actuaciones judiciales, le asigna la Constitución Política, por lo que como garante del debido proceso y de los derechos fundamentales de la víctima y el procesado, no puede desnaturalizar, ni desequilibrar al sistema penal acusatorio; no es otro fiscal, no es otro defensor, ni es otro juez, es sólo una persona jurídica creada por la Constitución para ayudar a equilibrar las cargas en el proceso, su actividad es más contemplativa, asumiendo un rol marcadamente pasivo pero vigilante.

Es de anotar que en muchas ocasiones esta figura se desdibuja, por el exceso de trabajo que tienen, o porque los defensores, fiscales o el mismo juez, no le dan la importancia que merece, a veces no lo citan como debe ser, o realizan audiencia a una misma hora en puntos distantes, quedándole imposible asistir.

El ministerio público es importante en el Sistema Penal Acusatorio como representante de la sociedad, pero son muchas las veces, que ni ellos mismos le dan el suficiente valor a su rol, dejando pasar errores que cometen los sujetos procesales, por desconocimiento de la ley, o peor aún, por desidia, acudiendo a las audiencias, por cumplir un requisito, pero sin un compromiso profesional.

La noción principal del actual sistema, es que las partes en disputa se enfrenten en un proceso dialéctico donde, se infiera una igualdad de condiciones, en el cual el representante del Ministerio Público, no rompa el equilibrio que debe existir, ya que éste al inclinarse por alguna de las partes, tal y como se lo permite el ordenamiento jurídico, necesariamente va a dejar en desventaja a la otra, sucumbiendo casi siempre a favor del ente acusador, dejando a la parte más débil, visiblemente menguada, al tener varios contrincantes, súmese a ello, el apoderado de las víctimas, con lo cual el desequilibrio se torna aún mayor.

En síntesis, el rol del Ministerio Público colombiano en el proceso penal, tal y como está concebido, no puede generar desequilibrios entre las partes, y como condición para evitar la existencia de “*procesos penales injustos*”, consecuentemente, su papel no debe restringirse a la representación de los intereses de la sociedad, ni como única la intervención en defensa de los derechos de las víctimas de delitos de gran impacto, sino como garante del ordenamiento jurídico procesal y de los derechos fundamentales de la víctima, el inculpado y del mismo proceso, así mismo que en el sistema penal acusatorio se le respete como tal y que a su vez el delegado del ministerio ejerza su función con dignidad, decoro y responsabilidad y, por supuesto, con estricto apego a la ley.

La participación del Ministerio Público en el proceso penal acusatorio es una particularidad de nuestro sistema, garantizada por la Carta Política y cuyo ejercicio debe realizarse con total respeto por las garantías procesales constitucionales y de conformidad con la ley.

Lo contrario, es darles la razón a los retractores del Ministerio Público, ya que los Jueces de Control de Garantías, harían superflua la presencia de dicho representante.

BIBLIOGRAFÍA.

Corte Constitucional, sentencia C- 144 de 2010, expediente D-7832; M. P. Dr. Juan Carlos Henao Pérez.

Corte Constitucional, Sentencia T-503/11, 30 de junio de 2011, expediente T- 3.003.508, Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional, Sentencia C-423 de 31 de mayo de 06, expediente D-5881, M. P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional, sentencia 239 de 2012, expediente D-8638, M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

Corte Constitucional, Sentencia C- 966 de 2003, examinó el tema de la presencia del Ministerio Público en el escenario del nuevo sistema penal acusatorio.

Corte Constitucional, Sentencia C- 591 de 2005, analizó los rasgos distintivos y esenciales del mencionado sistema.

Corte Constitucional, Sentencia T-511 de 2011, expediente T- 3.003.508, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 20 de mayo de 2009, Proceso No 30782, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, M. P. José Leónidas Bustos Martínez, Aprobado Acta No.357 Bogotá D. C, cinco de octubre de dos mil once.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de enero 20 de 1999.

Constitución Política de 1.991, le traza en el Artículo 277.

Corte Constitucional, Sentencia C-260/11, Expediente D-8269, Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional, Sentencia C-591/05, expediente D-5415, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional, sentencia C-144 del 3 de marzo de 2010, expediente D-7832, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

Corte Constitucional, Sentencia C-966 de 21 de Octubre de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia, Rad.3059.

Corte Constitucional, Sentencia C-423 de 2006, expediente D-5881, M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

Gaceta Judicial Tomo CXXXVIII, Nros.2340, 2341 y 2342, p 42. Sentencia del 17 de febrero de 1971.

Legislación Colombiana, Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, Título III, El Ministerio Público, pp. 823-828.

República de Colombia. Acto Legislativo 03 de 2002.

El ABC del Sistema Penal Acusatorio Rama Judicial de Colombia.

Uprimny y Rodríguez, ¿Justicia para todos o seguridad para el mercado? El neoliberalismo y la Reforma Judicial en Colombia y en América latina. pp. 1, 16, 21, 24.

Samper, José María, Derecho Público interno de Colombia, Bogotá, 1886.

Mendaña, Ricardo J. y Salgado, Alicia Arias, El Ministerio Público y la "Atención Primaria" de la Conflictividad Penal. URVIO - Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana; enero 2008, Issue 3, pp. 12, 21-32.

Cuñarro, Miguel Langón, el rol del ministerio público en el proceso penal, Revista de Derecho (15105172); 2008, Vol. 7 Issue pp. 9, 14, 55-63.