

# PRESENCIA E INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO

Juan Carlos Cabarcas Muñiz<sup>1</sup>

Podríamos de manera simple y muy académica relacionar o enlistar a qué tiene derecho el Ministerio Público en el marco del Sistema Penal Acusatorio y decir llanamente cuáles son los fueros competenciales del Ministerio Público. De manera pedagógica podría citar a la Corte Constitucional, la cual ha determinado que:

...al Ministerio Público le compete: solicitar el cambio de radicación, recusar a los funcionarios, presentar querellas en los términos del artículo 71 de la Ley 906 de 2004, estar presente en la destrucción del objeto material del delito, solicitar el pronunciamiento definitivo sobre bienes cuando haya sido omitido, solicitar medidas cautelares sobre bienes en procesos en los que sean víctimas menores de edad o incapaces, solicitar la apertura del incidente de reparación integral, solicitar la práctica de pruebas anticipadas cuando esté ejerciendo funciones de policía judicial, cuando se reúnan los requisi-

tos del artículo 284 o [en] el evento contemplado en el último inciso del artículo 357 de la Ley 906 de 2004, solicitar el relevo del defensor discernido, estar presente en todas las audiencias de la etapa de juzgamiento, insistir en la admisión del recurso de casación, demandar la agravación de la pena, solicitar la acción de revisión, solicitar la preclusión de la investigación cuando haya vencido el plazo en los términos del artículo 294 o cuando se presenten las causales establecidas en el artículo 332 de la Ley 906 de 2004, efectuar solicitudes en la audiencia preliminar, presentar argumentos en la audiencia de solicitud de imposición de medida de aseguramiento, controvertir la prueba aducida por la Fiscalía en la audiencia de control de legalidad de aplicación del principio de oportunidad, participar en la audiencia de estudio de la solicitud de preclusión, recibir copia del escrito de acusación [...], participar en la audiencia de formulación de

<sup>1</sup> Procurador Judicial Penal II No. 83 de Cartagena. Abogado. Especialista en Derecho Penal y Criminología y Magister en Derecho Penal. Docente Universitario en Derecho Penal. Email:jcabarcasm@yahoo.es



la acusación, efectuar solicitudes probatorias en la audiencia preparatoria, solicitar al juez la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba, hacer oposiciones durante el interrogatorio, una vez terminados los interrogatorios de las partes hacer preguntas complementarias para el cabal entendimiento del caso, presentar alegatos atinentes a la responsabilidad del acusado, intervenir en todo lo relacionado con la ejecución de la pena, participar en la aplicación de las penas accesorias y asistir a las diligencias en el territorio nacional entre otras. (SCC C-1154/05).

Pero, insistimos, esto sería una simple verificación numérica de funciones y facultades, lo cual, si bien resulta de marcada importancia, no es lo que en este momento se discute. El punto en crisis es otro.

Toda esa amplia gama de facultades que acabamos de enunciar y que el legislador penal, en virtud del principio democrático de configuración del proceso penal, le encomendó al delegado del señor Procurador General de la Nación para que, como Agente del Ministerio Público desarrollara los dictados del numeral 7 del Artículo 277 de la Constitución Nacional, hoy se encuentran en grave peligro. Valga acotar que estas atribuciones constitucionales y legales no las puede aco-

meter el señor juez de Control de Garantías. Sin duda, esto sonaría simple frente al crucial momento que vivimos, con amplios sectores de la academia, judicial y de la política que gritan y claman y hasta procuran que estas facultades-tareas-deberes del Procurador Judicial desaparezcan o, mejor, sean ejercidas por otras personas o instituciones, menos por un delegado del señor Procurador General de la Nación.

Sí, así como suena: hay quienes piden que la función preventiva en derechos humanos que viene ejerciendo la Procuraduría General de la Nación, no desaparezca como tarea del Estado pero que sea asumida por otras instituciones, entre las cuales aparece la Defensoría del Pueblo como la más idónea.

¿Qué significa esto? ¿Debilitar la Procuraduría General de la Nación y fortalecer la Defensoría del Pueblo? ¿Se trata de un tema de traslado burocrático o de funciones, o de unos intereses políticos particulares inconcesados para engrosar la planta de personal de una institución par a nuestra Procuraduría General de la Nación? Las respuestas se irán decantando con el paso del tiempo.

Ya se ha escuchado, y de manera muy recurrente, que toda esta parafernalia o arrebató de reformar la Procuraduría General de la Nación o de suprimirle o atemperarle las facultades a la institución como tal, tienen mucho que ver



con el talante y las posiciones ideológicas y filosóficas de la persona que hoy ejerce como Procurador General de la Nación.

Esto lo decimos con profundo respeto y consideración por el señor Procurador General de la Nación, pues no queremos creer que eso sea indefectiblemente así. Sin embargo, todo indica que sí lo es. Entre otras cosas porque sería muy triste, muy desalentador que se piense en sacrificar o en eliminar una institución tan cara al país como la Procuraduría General de la Nación, con un argumento de tan profunda veleidad y mezquindad humana y de patria. Y cuando decimos cara al país no nos referimos a lo financiero, sino al hondo calado de la institución en los rincones más humildes de nuestra nación.

Es que en un país donde hay dos clases de procesos penales: Procesos penales para ricos y procesos penales para pobres. Procesos penales con televisión y procesos penales sin televisión. Procesos penales con defensas penales para ricos y procesos penales con defensas penales para pobres. Procesos penales para poderosos y procesos penales para débiles, para paupérrimos y para gente humilde de dinero, más no de grandeza de alma y corazón. En un país con un diseño y una brecha tan marcada de usuarios del sistema penal, pensar en la abolición o eliminación del Ministerio Público en el proceso penal es una peregrina y atrevida propuesta de com-

prometedoras e insospechadas repercusiones sociales y jurídicas. Y lo decimos sin tono alarmista porque aquello que dijera el prócer (que en Colombia la justicia es pa'l de ruana), pese a los años, no ha perdido su vigencia.

Una sociedad que resuelve sus conflictos delictivos con tres clases de derecho penal, no se puede entregar el lujo de eliminar el Ministerio Público en la ley de enjuiciamiento penal. Tenemos derecho penal del ciudadano o de garantías, derecho penal del enemigo, importado con gran celo de Alemania, y derecho penal del amigo o del compadre, hecho a la usanza y genéticamente concebido en Colombia. Con esa trilogía de preceptos penales, resulta sinceramente arriesgado dejar el proceso penal desprovisto de un interviniente que antes de proporcionar desequilibrios, haga prevalecer el equilibrio.

No de manera retórica se dice en el Himno a la PGN que *"con tu manto abrigas al débil"*. Esta no es, repito, una muletilla retórica en un himno. ¡No! Es la verdadera misión y papel de una institución que a diario recibe el llamado y el reconocimiento de toda la sociedad colombiana. Desconocer que la PGN en sus funciones preventivas, disciplinarias, penales, etc. ha contribuido a la moralización de este país y a ponerle freno a la arbitrariedad de algunos jueces, fiscales y servidores públicos es, sin duda, un acto de insensatez y de terca irracionalidad.



Esta es una reflexión de gran peso y que no es fácil de controvertir. Si con la presencia y la participación del Ministerio Público se presentan arbitrariedades, atropellos de los derechos fundamentales, saqueos al erario público, venta de providencias al mejor postor y descarado tráfico de influencias judiciales, ¿qué sería de nuestra generación sin la existencia imparcial y honesta de la PGN, que en los procesos penales no representa al Estado sino a la sociedad y es la defensora honesta e imparcial de la verdad? Por ello, algunas veces estará del lado de la Fiscalía y otras veces estará del lado del acusado. Nada debe extrañar a los enemigos del Ministerio Público que bajo la premisa del quiebre de la igualdad de armas, se muestran recalcitrantes de la presencia intrusa –como la califican– del Ministerio Público en el proceso penal. Todas las facultades del Ministerio Público son verdaderos deberes y tareas misionales que históricamente ha venido cumpliendo sin que el país y la sociedad toda se hayan desbaratado por ese actuar. Más bien debemos reconocer que han sido muchos los casos en que por intervención del Procurador Judicial o del Ministerio Público, un inocente ha recuperado su libertad y un culpable ha recibido el castigo ejemplar que contempla nuestro ordenamiento jurídico. Y muchas veces por la intervención de la Procuraduría el erario público se ha visto a salvo o no ha sido esquilmado.

No entendemos por qué se asustan con las intervenciones del Procurador Judicial en el proceso penal, cuando de antemano saben todos los intervinientes que esas opiniones, por muy doctas y apodícticas que parezcan, pueden ser deliberadamente desatendidas por quienes tienen la responsabilidad constitucional de tomar las decisiones y fallar poniendo fin a las instancias. Es que no recordamos cuántas veces los jueces de la República y la misma Corte Suprema de Justicia han hecho oídos sordos a los clamores y pedidos de la Procuraduría y nada le ha pasado al país, a la sociedad, al proceso penal, a la víctima y al acusado mismo. Entonces, ¿no hay a que temer!

Lo más curioso de todo esto es que el sector judicial que hoy desestima la intervención del Ministerio Público y clama por su eliminación, es el mismo que, cuando se enfrenta a situaciones de apremio procesal y se tiende sobre sus actuaciones algún manto de desconfianza y de ilegitimidad, busca y procura abierta y resueltamente blindar su actuación con la ponderada –ahora sí– presencia del Ministerio Público. Y se les oye decir sin sonrojo alguno, y hasta con sobrada seguridad, que “el trámite ha sido transparente y que no se han violado las garantías de ningún sujeto procesal, y prueba de ello fue que se contó con la presencia del Ministerio Público”.

Entonces el Ministerio Público es usado como comodín de transparencia y de que



hubo respeto de las garantías constitucionales en el trámite procesal. ¡Suenan sinceramente irónico!

Que somos la única latitud en el planeta que en un proceso adversativo penal tenemos la presencia intrusa del Ministerio Público y con ello sacrificamos derechos y garantías de mejor valía como la igualdad de armas y –para usar una expresión de moda– el equilibrio de poderes. Es una afirmación falaz o, por lo menos, sofística. ¿Por qué? Elementalmente la relación estado-individuo es brutal y dominante. Este sí que es un hecho indefectiblemente cierto. El individuo inmerso o incurso en un proceso penal no se enfrenta a un interlocutor paritario. Se enfrenta a un sujeto procesal, el Estado omnímodo, en todas sus aristas. Aun siendo el acusado rico y poderoso no logra enfrentar en igualdad de condiciones a ese interlocutor prevalido de la acción penal y del ius puniendi. Tan brutal y violento es el Estado, que detiene o restringe el derecho fundamental de la libertad para investigar y, la mayoría de las veces, debe liberar o absolver al injustamente detenido; muy pocas veces, diríase que ninguna, se le ofrece disculpas o perdón al procesado por el dislate jurídico de restringir el derecho a la libertad sin fundamentos sólidos y serios.

Entonces, ¿qué hay de extraño o de exótico en que el Ministerio Público vigile de cerca esa relación no paritaria Estado-individuo? ¿Y

cuando haya que decir que, por más avezado y reincidente que sea el delincuente, siempre habrá un derecho que pedir se aplique en su correcta y verdadera dimensión, que la sanción no vaya más allá de aquella que corresponde o que no se imponga una sanción benigna cuando corresponde una drástica?

No es la presencia del Ministerio Público la que desnaturaliza la relación Estado-individuo. No es la presencia del Ministerio Público la que convierte en desigual la relación jurídico-procesal Estado-individuo. Es la naturaleza misma del ejercicio de la acción penal y el ius puniendi a cargo del Estado los que particularizan y singularizan esa relación jurídico-procesal y no el delegado del señor Procurador.

En esa misma línea también se ha dicho que, siendo el proceso penal adversativo, no tiene cabida un Ministerio Público. El proceso civil, el proceso laboral y el contencioso administrativo, también son adversariales. Donde se quiere un adversativo puro es en el proceso penal. En el proceso civil, una persona indica que le deben un dinero y la otra señala que la obligación no existe o que fue cancelada. En el proceso laboral, una parte reclama haber sido despedida sin justa causa y la otra parte se defiende, expresando que la relación laboral no ha existido o que hubo despido con justa causa. En el contencioso administrativo un extremo señala al Estado



de ser responsable de un hecho o daño antijurídico y el Estado se defiende afirmando que el daño no ha existido o que de haber existido es culpa exclusiva imputable a la víctima o a un tercero o que se trata de un caso fortuito o de fuerza mayor. En el proceso contencioso administrativo está el Delegado del Procurador (que, valga decirlo, nunca le ha incomodado a esa jurisdicción ni nunca se le ha considerado un intruso en esa relación jurídico-procesal contenciosa administrativa), y los conceptos que en esa jurisdicción se emiten, igual no son vinculantes como acontece en el proceso penal y la jurisdicción contencioso-administrativa nunca se ha quejado de esa presencia ni mucho menos se ha dicho que rompe equilibrio alguno o la igualdad o capacidad probatoria de los extremos en contienda.

El tema es el proceso penal. En este escenario de procesamiento penal en donde casi siempre está en juego el rumbo, el destino de un hombre y con frecuencia resultan vulnerados, legítimamente o no, derechos fundamentales como la libertad, la intimidad y la dignidad humana, es cuando menos se nos puede ocurrir retirar de esa liturgia a un interviniente de tanta responsabilidad de control y vigilancia como el Ministerio Público en la actuación penal. Este solo hecho justifica y le da legitimidad a esa presencia institucional y la hace necesaria e indispensable.

Ahora, que como somos únicos en el planeta y por esta causa no podemos ser homologados constitucionalmente con el mundo europeo, norteamericano y latinoamericano. Y eso ¿qué importancia tiene frente a nuestra real y verdadera idiosincrasia jurídica y frente a nuestro parámetro constitucional del año 91, que de manera expresa le entregó el ejercicio de esa facultad-deber de intervenir en el proceso penal al agente del Ministerio Público? No desconocemos la importancia del derecho comparado. Ni más faltaba. Pero reconocemos sin ambages nuestra tradición y cultura jurídica, que desde antaño tiene al Ministerio Público como un verdadero sujeto procesal dentro del proceso penal colombiano, con resultados nada criticables.

Estamos acostumbrados a hacer malas copias al carbón de preceptos de legislaciones jurídicas foráneas que presentan problemas de compatibilización interna para su aplicación local. Estamos malacostumbrados a importar instituciones jurídicas que, si bien no riñen abiertamente con nuestro ordenamiento jurídico, no encuadran en nuestra sistemática jurídica y terminan convirtiéndose en verdaderos problemas jurídicos de hermenéutica judicial de no fácil resolución. La mayoría de las veces nos toca acomodarlas a la colombiana, criollizar instituciones que siempre nos han sido ajenas, que nunca nos han pertenecido y que dolorosamente no nos sirven para resolver nuestros singulares y especiales problemas de criminalidad.



Al Ministerio Público del proceso penal ya no encuentran como denominarle. En un primer momento se vaciló explicando si era una parte o un interviniente en la actuación penal. Se decantó un tanto el tema y se dijo que era un interviniente constitucional con un apellido que invitaba a su limitación: “Principalísimo y discreto” (SCC C-144/10). Posteriormente, se hubo de calificar como un órgano propio del proceso (SCSJ 30592/11), con lo que dejó de ser parte. Se le cambia su denominación y de interviniente pasa a ser un órgano propio del proceso; últimamente nuestra honorable Corte Constitucional ha dicho que el Ministerio Público es “*un sujeto especial*” (SCC T-582/14). De manera que jurídica y cromosómicamente hablando, termina el Ministerio Público siendo un sujeto “*especial*”. Esa especialidad, sin embargo, antes de darle un plus en la actuación penal, lo convierte en un interviniente principalísimo y discreto que como órgano propio del proceso no puede siquiera conocer la etapa de indagación penal adelantada por la Policía Judicial bajo la supervisión y gerencia de la Fiscalía General de la Nación. Para el Ministerio Público esa etapa es reservada. Y es reservada pese a que, se tiene enseñado y aprendido que la Fiscalía General de la Nación indaga hechos mas no personas. ¿Cuál será el peligro para el secreto y el hermetismo de la indagación penal que investiga hechos y no personas?

El Ministerio Público sí que es un sujeto especialísimo. Históricamente la reserva aplica

para aquel que teniendo un interés particular puede torcer, desviar o dañar el rumbo de una investigación que per se le resulta perjudicial o sobre la que tiene interés. Pero ese no puede ser ni es el caso del Ministerio Público, que defiende intereses colectivos en nombre y representación de la sociedad, a la cual sirve y se debe.

Todo esto nos lleva a reconocer que hay algo de falacias y de sofismas en cuanto se dice y se sentencia, y con esto volvemos al argumento inicial: todo pareciera indicar que en este tema no aplica aquello de que los hombres pasan y las instituciones quedan. Pareciera, se insiste, que aquí todo cuanto se pretende es demostrarle a una persona, por un sector de la sociedad en particular, de qué lado está el poder para cambiar la juridicidad de un país.

Seguramente no va a sonar objetivo, pero como miembros de la familia de la PGN y de la sociedad civil colombiana, declaramos nuestra capacidad para defender a la PGN de estos embates que no nos negamos a discutir, siempre y cuando sea dentro de la ponderación y la ecuanimidad jurídica que reclama la historia de la República de Colombia y de la PGN.

Porque debemos recordar las enseñanzas de Voltaire: aunque no estemos de acuerdo con la opinión ajena y no queramos siquiera



respetarla, sí debemos seguir el dictado de derramar hasta la última gota de sangre para que sean expresadas y defendidas.

### **Referencias bibliográficas**

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-1154 del 15 de Noviembre de 2005. MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-144 de 2010. MP. Juan Carlos Henao Pérez.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala De Casación Penal. Sentencia Proceso 30592 del 5 de Octubre de 2011. MP. José Leonidas Bustos Martínez.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-582 de 11 de agosto de 2014. MP. María Victoria Calle Correa.