

LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION

(Un perfil confuso)

Por: Juan Guillermo Jaramillo Díaz

Abogado U.P.B., Magistrado Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín.
Profesor de Derecho Penal U.P.B. y Postgrado

Hasta antes de la Asamblea Nacional Constituyente que dio origen y puso en marcha la CONSTITUCION NACIONAL de 1991, la idiosincrasia y tradición Colombianas en materia de juzgamiento de las conductas delictivas era el esquema mixto con tendencia al inquisitivo, caracterizado fundamentalmente por la concentración de funciones en el propio Juez, convirtiéndolo así en un estravagante dominus. (1)

El abortado Código Procesal de 1981, de claro enfoque acusatorio según sus autores, que apenas amagó la derogatoria del Decreto 409 de 1971, Estatuto para entonces vigente, constituyó un episódico abandono de aquella tradicional tendencia. En efecto, la declarada inexequibilidad de la reforma Constitucional de 1979 que inspiró ese novedoso Código dio al traste con su anunciada vigencia y propició la angustiosa expedición de la ley 2a. del 11 de enero de 1982 «Por la cual se deroga el Decreto número 181 de 1981 y se reestablece la vigencia del Decreto 409 de 1971 con las Leyes y Decretos que lo adicionan, complementan y reforman.».

La sistemática procesal penal siguiente, anunciada sin razón por Jaime BERNAL CUELLAR y Eduardo MONTEALEGRE LYNETT como de corte acusatorio (2), contenida en el Decreto 050 de 1987 vigente a partir del primero de julio de ese año, resultó tan ineficaz como las anteriores. Esa nueva frustración fue de tal manera sentida y asimilada por el pueblo Colombiano que, tras la concreción de la idea de la 'séptima papeleta', ciertamente se logró la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente, una de cuyas más sentidas ocupaciones debía ser la demarcación de la inmediata y adecuada política procesal, en general, y en particular la penal, porque a este ámbito se le imputaba para entonces en mayor intensidad la causa de la crisis Institucional del país.

¹ Un estudio bien profundo sobre la evolución en Colombia del PROCESO PENAL ofrece Hernando BAQUERO BORDA en 'ESTUDIOS DE DERECHO PENAL', en homenaje al Doctor Jorge Enrique GUTIERREZ ANZOLA; autores varios. Colec. Pequeño Foro; Bogotá, 1983.

² EL PROCESO PENAL. Univ. Externado de Colombia. Bogotá, 1987.

Y como si el sistema procesal acusatorio fuese en su estructura la inminente panacea ⁽³⁾, número plural de voces reclamaron su establecimiento. Los Constituyentes Fernando CARRILLO FLOREZ, Carlos Daniel ABELLO ROCA y Hernando LONDOÑO JIMENEZ, entre otros (ver Gacetas Constitucionales números 10; 68; 69 y 81), hicieron ver la necesidad de separar las funciones de INVESTIGACION y de JUZGAMIENTO y con ello la creación y puesta en marcha de la FISCALIA GENERAL DE LA NACION para encomendarle, con autonomía e independencia, la responsabilidad de aquella trascendental faena ⁽⁴⁾, más la acusación en el evento de su procedencia, y a la Judicatura el manejo del proceso Jurisdiccional.

¿Qué resultó entonces disciplinado en la Carta Constitucional?: un perfil confuso de la Fiscalía General de la Nación. No obstante ello, aún puede reiterarse que a su cargo subsiste el ejercicio de la acción penal, cuestión que un importante sector de la Doctrina Colombiana niega con apoyo en encumbrados y llamativos argumentos.

1. «Corresponde a la Fiscalía General de la Nación, de oficio o mediante denuncia o querrela, investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los Juzgados y Tribunales competentes» ⁽⁵⁾.

³ Uno de los más graves errores cometidos en Colombia en materia de estructura de juzgamiento es precisamente el considerar que el proceso es instrumento contra el delito. Como consecuencia de esa equivocada concepción y luego de la aparición de una nueva modalidad delictiva o grupo criminal, surgió tiempo atrás, por ejemplo, la idea de los JUECES DE ELITE; después los ESPECIALIZADOS y con ellos otra estructura; finalmente los de ORDEN PUBLICO y actuales REGIONALES. Ese equívoco lo evidencian Pedro ARAGONESES ALONSO en «CURSO DE DERECHO PROCESAL PENAL». Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1986. Páginas 216-217.

⁴ La opinión generalizada hizo ver que la crisis del servicio público de la administración de Justicia penal radicaba indudablemente en la investigación.

⁵ Tres precisiones deben hacerse a propósito: a). en estricto orden gramatical y jurídico, lo que es objeto de investigación no son los delitos sino las conductas posiblemente típicas de los hombres (investigación previa), o típicas (investigación sumarial). b). La tarea investigativa comienza de manera oficiosa o mediante QUERRELA o petición especial. c). No se acusa a un presunto infractor sino, muy por el contrario, a una individualizada persona autora o partícipe del hecho probablemente antijurídico y, de la misma manera, culpable.

Tal es el contenido del primer aparte del inciso primero del artículo 250 de la Constitución Nacional. El canon 116, en estricto orden lógico, es su complemento porque señala que los Jueces y Magistrados penales administran la Justicia del ramo, esto es, que son los competentes para el conocimiento exclusivo y excluyente de la siguiente actividad que es precisamente el proceso jurisdiccional.

Merced a esa separación funcional (FISCAL a la investigación y JUEZ al proceso) se continúa aludiendo, como con mayor convicción ahora, por parte de la Jurisprudencia y Doctrina Nacionales, a que la sistemática procesal penal Colombiana tiende al esquema acusatorio. Así las cosas, ninguna dificultad se escrutaría en la averiguación del auténtico perfil de cada quien: el FISCAL, responsable de la investigación ⁽⁶⁾ y por lo tanto único titular, obviamente como órgano del Estado, de la pretensión punitiva; el JUEZ: único titular, en la misma calidad de aquél, de la función Jurisdiccional, esto es, único legitimado ⁽⁷⁾ para, al término del proceso, resolver el conflicto o, lo que es lo mismo, decir el Derecho. Nadie más.

Infortunadamente ese prístino rasgo de la FISCALIA comienza a confundirse aún en sede de la propia Constitución, ante lo cual es preciso una sistemática interpretación. Por ejemplo, si la función Jurisdiccional, entendida como acaba de verse, no se ejerce durante la investigación sino al término del proceso y, de ordinario, en la sentencia ⁽⁸⁾, la incorporación de la FISCALIA GENERAL DE LA NACION en el inciso primero del artículo 116 de la Constitución Nacional para presentarla como otro órgano Jurisdiccional, despunta abierta-

⁶ 'INVESTIGACION. Averiguamiento, indagación, búsqueda o inquisición de un hecho desconocido...'. DICCIONARIO ENCICLOPEDICO DE DERECHO USUAL. Ed. Eliosta. 20a. edición. Buenos Aires. Tomo IV.; página 493. Guillermo CABANELLAS. La cita se hace con el fin de hacer ver cuan distantes resultan ser las funciones de investigación y Jurisdiccional.

⁷ La única excepción la constituyen los equivalentes Jurisdiccionales.

⁸ También es viable en sede del auto interlocutorio de CESACION DE PROCESO. Así mismo, esa función se puede cumplir antes del momento determinado en la estructura para el cumplimiento de la Sentencia, caso por ejemplo, la sentencia proferida a instancia del sindicado y la que aprueba el acuerdo suscrito entre éste, su defensor y la Fiscalía (artículos 37 y 37A del C. de P. P.)

mente incorrecto. No por esa ubicación formal, es claro, adquiere esa Institución condición de tal.

Tampoco podría estimarse la Fiscalía como un equivalente Jurisdiccional porque durante la investigación y aun al momento de la calificación sumarial pueda PRECLUIR la actuación por causales objetivas y/o subjetivas que luego la propia ley determinaría (artículo 39 del C. de P. P., modificado por el 7o de la Ley 81 de 1993). Ciertamente la Constitución Nacional le autoriza cumplir esa actitud de preclusión; empero:

1.1. Es apenas una forma o manera de abandonar legalmente ⁽⁹⁾ la investigación o, simplemente, de no ejercer la pretensión punitiva.

1.2. No constituye ejercicio de función Jurisdiccional porque no le fue concedida y porque no puede adquirir esa naturaleza por el hecho de conectarle a la decisión de preclusión un efecto de cosa juzgada, que es de la esencia de la función Jurisdiccional, conexión que no en todo caso procede ⁽¹⁰⁾ y cuando sí, pues ello se justifica por claros sentimientos de seguridad y certeza jurídicas.

El yerro parece estar en la Ley y no en la Constitución, que autoriza al Fiscal a «Calificar y declarar precluidas las investigaciones realizadas.» (numeral segundo del citado artículo 250). Bastaría entender que la preclusión es una forma de abandonar legal o discrecionalmente la investigación o, en todo caso, de no ejercer la pretensión punitiva. Lo demás sería meros controles internos a cargo de Fiscales coordinadores por ejemplo, lo que en la actualidad, se sabe, no se extraña entre nosotros.

⁹ Tal es el principio que en Colombia gobierna la actuación de la Fiscalía: el de LEGALIDAD. En el sistema acusatorio Norteamericano, por ejemplo, rige el de la DISCRECIONALIDAD.

¹⁰ Véase por ejemplo: un delito querellable es dado a conocer a la correspondiente autoridad por una persona que no es sujeto pasivo (Cfr. artículo 30 del C. de P. P.). No obstante el Fiscal dispuso la apertura de la investigación. Y cuando advierte la falta de querrela, autorizado por el artículo 39 ibídem emite cesación de la actuación (artículo 443, ib.). No obstante, si la oportunidad para ello no ha caducado (artículo 32, idem), el querellante legítimo puede instaurarla y con ello se cumple la condición de procesabilidad.

La propuesta, estoy seguro, no contiene nota de Inconstitucionalidad.

Otro yerro que propicia la confusión del perfil de la Fiscalía, atribuido a la Ley y no a la norma superior, consiste en señalar como sede natural de la decisión de preclusión una providencia (resolución interlocutoria; artículo 179:4 del C. de P. P.) que, como es obvio, conlleva las garantías de la notificación e interposición de los recursos, o sea controles Jurisdiccionales para lo que ciertamente ni es ni puede ser ejercicio de Jurisdicción. Y no sólo este motivo de censura, sino además el hecho de que con ello se contribuye o a la negación de su condición de PARTE o, teniéndolo como tal, a entronizar la desigualdad ⁽¹⁾ porque el Ministerio Público, el tercero civilmente responsable, el sindicato, la parte civil y el tercero incidental cumplen de manera muy diferente los actos procesales que les incumbe ⁽²⁾

Igual sucede con la sede que la Ley le ha señalado a la formulación de la pretensión punitiva a cargo de la Fiscalía, una resolución interlocutoria que desde luego requiere el aglutinamiento de los presupuestos inherentes a la estructura lógica y formal de una providencia de fondo y que, ya se dijo, sin ser función Jurisdiccional concita el ejercicio de los controles Jurisdiccionales.

Por cierto: toda esa confusión se concreta en la conciencia generalizada de que el Fiscal es órgano Jurisdiccional durante la investigación y parte durante el juicio, según los términos del texto 444 del Estatuto Procesal Penal: «Con la ejecutoria de la resolución de acusación, adquieren competencia los Jueces encargados del Juzgamiento. A partir de este momento, el Fiscal ad-

¹¹ Artículo 20 del C. de P. P.: «Es deber del funcionario judicial hacer efectiva la igualdad de los sujetos procesales en desarrollo de la actuación».

¹² La confusión que viene evidenciándose puede ser la causa de la inapropiada e incorrecta afirmación de JAIME BERNAL CUELLAR en el sentido de que «El Fiscal tiene competencia para modificar la resolución de acusación por prueba sobreviniente, siempre que la prueba reúna los mismos requisitos exigidos por la Ley, para formular resolución acusatoria; la modificación se hace a través de un memorial presentado por el sujeto procesal acusador (Fiscal) en el cual incluye las variaciones y dicha modificación tiene poder vinculante para el Juez, por lo que la sentencia debe guardar congruencia con la posición jurídica que se adopte a través de este mecanismo por la Fiscalía.». «Comentarios a la Ley 81 de 1993». Escuela Judicial RODRIGO LARA BONILLA. Santafé de Bogotá. 1994. Pág. 44.

quiere la calidad de sujeto procesal y pierde la dirección de la investigación.». Gráficamente, como lo hace ver el Procesalista Antioqueño Alvaro VARGAS, algo así como un cambio de camiseta, lo que desde luego no tiene antecedente en el contexto Universal.

En el interior del sistema acusatorio Norteamericano, por ejemplo, el perfil del Fiscal está bien definido. Es órgano del Estado encargado de efectuar las investigaciones pertinentes, bien de oficio o merced a querrela de parte. Iniciada aquélla, acude ante el Tribunal con el objeto de obtener la declaratoria de CAUSA PROBABLE y consecuente orden de arresto, lo que en nuestra sistemática corresponde a la medida de aseguramiento⁽¹³⁾. Y cuando verifica la obtención de prueba suficiente, previos unos controles internos, formula ante el Juez la pretensión de condena. De lo contrario, archiva el caso con el visto bueno de su coordinador. He ahí un órgano administrativo que ejerce función de la misma naturaleza, que no es Jurisdiccional. He ahí, en fin, el desarrollo de una auténtica fase o etapa preprocesal o liminar.

En Colombia la confusión es tal que, tras la presentación de la Fiscalía General de la Nación como órgano Jurisdiccional (artículo 116 de la C. N.), luego se echa atrás esa perspectiva para señalar su calidad de órgano investigador y, según fuere el caso, acusador (artículo 250, inciso primero, id.); a renglón seguido lo faculta para la práctica de unas potestades que desde luego no están a tono con la naturaleza de investigador allí mismo anunciada, como si para investigar fuese estrictamente necesario que el mismo Fiscal ejerciera potestades Jurisdiccionales, tales como la adopción de medidas de aseguramiento, por ejemplo (artículo 250:1, C.N). Es mucha la significación de la expresión contenida al final de ese primer inciso y antes del innecesario detalle de esas potestades: «Para tal efecto la Fiscalía General de la Nación deberá:...».

Que la Fiscalía Colombiana gobierne la función que le corresponde sujeta al principio de la LEGALIDAD y no al de la DISCRECIONALIDAD implica, de otro lado, una notoria y grave contradicción con una de las facetas de la novedosa Institución de los BENEFICIOS POR COLABORACION eficaz con la administración de Justicia. Tal es el caso de la contribución de aquel individuo

¹³ El control de legalidad a que alude el texto 414A del Código de la materia resulta ser un infeliz amago de morigerar el yerro.

procesable que para no serlo colabora. «...no puede él estar vinculado, debiendo o pudiendo estarlo, o por haber incurrido por ejemplo en conducta omisiva sin haber participado en la realización criminal frente a la cual asume la actitud colaboradora. Ilustra el caso, por ejemplo, lo previsto en el artículo 9o de la Ley 40 de 1993, según el cual: 'el que conociendo de los planes o actividades encaminadas a la ejecución de un delito de secuestro no diere aviso oportuno a las autoridades o no denunciare un secuestro de cuyos autores o partícipes tenga conocimiento, incurrirá en la pena establecida en el artículo anterior.' El beneficio previsto es el de que no se le inicia proceso penal (artículo 369B), que es lo que en los sistemas Americano y Puertorriqueño se conoce con el nombre de inmunidad transaccional.» (14). En efecto, la respuesta a esa actitud de colaboración eficaz de parte del sujeto procesable es, a no dudarlo, discrecionalidad y no legalidad.

No menos que perplejidad genera entonces ese perfil confuso que caracteriza a la Fiscalía General de la Nación, lo que desde luego extraña porque con suficiente tiempo se ambientó, atrás se vio, el establecimiento del sistema acusatorio. Para ello hubo buen espacio y muchísimos debates.

2. Cumplida la recordación de la fecha de avance del procedimentalismo al procesalismo y por lo tanto del surgimiento de la ciencia del Derecho Procesal, que se sigue extrañando en Colombia, o Jurisdiccional en la moderna estimativa de MONTERO AROCA, y la concreción del hecho motor, cual la fecunda disputa entre los Juristas Alemanes WINDSCHEID y MUTHER, recordación a cargo del maestro de la pluma elegante y certera y maestro en lo científico, el doctor Alvaro VARGAS, pasa él a revisar «EL REGIMEN DE LA ACCION PENAL a la luz del Estatuto vigente y del proyecto de Código» (15) y concluye: «A la luz de las anteriores normas, y sobre todo el régimen de la acción penal que de ellas surge, es absolutamente imposible trasladar al proceso penal Colombiano vigente el concepto moderno del Derecho de acción. La imposibilidad es obvia: tal concepto exige, en efecto, que un actor reclame del órgano Jurisdiccional la tutela Jurídica.»

¹⁴ Tomado de la unidad segunda (BENEFICIOS POR COLABORACION EFICAZ), a cargo de Sigifredo ESPINOSA PEREZ y Juan Guillermo JARAMILLO DIAZ en el módulo que sobre la Ley 81 de 1993 imprime la Escuela Judicial RODRIGO LARA BONILLA.

¹⁵ Revista NUEVO FORO PENAL, número 34. Ed. Temis. Bogotá. 1986. Páginas 439-445.

Ve, pues, en el órgano Jurisdiccional, fatal coincidencia entre los sujetos activo (quien reclama la tutela) y pasivo (quien la dispensa), porque para el momento de la elaboración del escrito (y también hoy bajo el gobierno del Decreto 2700 de 1991) el órgano JUEZ DE INSTRUCCION CRIMINAL (su equivalente funcional hoy es el Fiscal) era quien oficiosamente iniciaba la actuación, razón por la cual se advertía algo así como un autopedimento. Anuncia entonces la siguiente funesta consecuencia: «...el Juez acusa y Juzga. Lo primero, al calificar el mérito del sumario con auto de proceder; lo segundo, al epilogar el proceso mediante sentencia.».

Ese análisis conserva hoy absoluta vigencia dado que el Juez de Instrucción Criminal y el añejo auto de proceder de ayer corresponden en la actualidad al Fiscal General de la Nación y a la resolución acusatoria. Empero, hay lugar a precisar lo siguiente: en tanto aquella sistemática (Decretos 409 de 1971 y 050 de 1987) gobernó inspirada y regida por la Constitución Nacional de 1886 en cuyo artículo 58 disponía que «La Corte Suprema, los Tribunales Superiores de Distrito y demás Tribunales y Juzgados que establezca la ley, administran Justicia.», la de hoy (Decreto 2700 de 1991) responde a las directrices consignadas por la Asamblea Nacional Constituyente en la Carta de 1991, una de las cuales parece ser la atinente al sistema acusatorio ⁽¹⁶⁾; de ahí el espacio específico para determinar que a la Fiscalía General de la Nación le compete la iniciación y composición de las investigaciones penales y la for-

¹⁶ Tal es la apreciación de la Procesalista y Magistrada Beatriz QUINTERO DE PRIETO para quien la Constitución Política de 1991 se ocupó de la «...introducción del sistema acusatorio...» en Colombia. EL DERECHO PROCESAL EN LA CONSTITUCION DE 1991, en Rev. TEMAS PROCESALES No. 16; pág. 94. En el mismo Sentido la Jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala Penal: PROCESO ACUSATORIO; Sentencia del 27 de junio de 1990; Mag. Gustavo GOMEZ VELASQUEZ. «Esta normatividad ha establecido un ordenamiento jurídico-político nuevo, un sistema procesal mixto con tendencia acusatoria...», en providencia interlocutoria del 3 de marzo de 1994 en la que inaplica el artículo 54 de la ley 81 de 1993, 414A del Código; Mag. Jorge CARREÑO LUENGAS. «...se tiene que dar por sentado que tenemos un sistema acusatorio mixto...»; Mag. Gustavo GOMEZ VELASQUEZ en salvamento de voto a la anterior decisión. Así mismo en revista de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura; año 1 No. 2: «De estar operando a plenitud el nuevo sistema procesal acusatorio que ha sido adoptado en Colombia, correspondería asumir la investigación de los delitos cuyo conocimiento compete a los Jueces Penales y Promiscuos Municipales, a los Fiscales delegados ante tales funcionarios.»; pág. 272.

mulación de la correspondiente acusación si probatoriamente hubiere lugar a ella (artículo 250). De todo lo cual definitivamente queda claro que: Fiscal, a la investigación y acusación; Juez, al proceso.

Me parece oportuno el momento para que, a partir de la actual Constitución Nacional, se comience a ambientar la idea del verdadero ejercicio de la acción penal en Colombia. Por lo siguiente:

2.1. JURISDICCION ⁽¹⁷⁾ es el poder-deber de solucionar conflictos intersubjetivos de intereses. Le está concedida entonces no al Fiscal, que es órgano de la investigación, sino al Juez que es quien en cada caso en concreto dice el Derecho.

2.2. No puede por lo tanto reputarse proceso aquella fase investigativa. Proceso sin PRETENSION no es posible ⁽¹⁸⁾.

2.3. El titular de la pretensión punitiva en Colombia es el FISCAL y, para su ejercicio, la Ley ha dispuesto por sede la resolución acusatoria.

2.4. Si, entonces, uno es el órgano encargado de la formulación de la pretensión punitiva, órgano que no ostenta Función Jurisdiccional ni siquiera por vía de equivalencia (FISCAL) ⁽¹⁹⁾, y otro, diferente, el titular de la Jurisdicción (JUEZ), esto es, del poder-deber de decir el Derecho, así incluso ambos estén adscritos a la misma rama Judicial, el concepto de acción penal en Colombia ya no es resistido.

¹⁷ «Potestad soberana del Estado cumplida por órganos públicos predispuestos y conforme a un procedimiento legalmente regulado, consistente en la actuación concreta del derecho positivo vigente para mantener su imperio.». Jorge CLARIA OLMEDO. DERECHO PROCESAL. t. I. Buenos Aires. Ed. Depalma. 1989. Pág. 206. «...función estatal destinada a dirimir los conflictos individuales e imponer el derecho.». Enrique VESCOVI. TEORIA GENERAL DEL PROCESO. Santafé de Bogotá. Ed. Temis. 1984. Pág. 117.

¹⁸ «El proceso no es, pues, en definitiva, más que un instrumento de satisfacción de pretensiones», señala Jaime GUASP. DERECHO PROCESAL CIVIL. Tomo I. Madrid: Instituto de Estudios Políticos. 1968; pág. 16. Allí mismo agrega: «Todo proceso exige una pretensión, toda pretensión lleva consigo un proceso, ningún proceso puede ser mayor, menor o distinto que la correspondiente pretensión.».

¹⁹ A más de constituir esa perspectiva el 'deber ser' de su naturaleza, obviamente contribuye a superar aquella tragico-cómica visión de órgano jurisdiccional en la fase sumarial y parte en la del juicio.

La perspectiva propuesta es clara en la medida en que un órgano formula la pretensión punitiva y otro distinto la resuelve, o sea que es la misma que se advierte en el ya aceptado concepto de ACCION como facultad externa de reclamar del órgano jurisdiccional una concreta tutela jurídica.

Queda abierta la polémica.