
LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION: PROS Y CONTRAS

Clara Luz Pérez
Egresada de la Universidad Pontificia Bolivariana
Diego Alberto Parra y John Jairo Sánchez
Estudiantes de la Facultad de Derecho

INTRODUCCION

Con ocasión de los cambios que a nivel jurídico ha venido implementando el actual Gobierno que realmente son trascendentales y constituyen de alguna manera un rompimiento respecto de nuestra tradición jurídica, piénsese por ejemplo en la nueva Constitución Nacional y en el nuevo Código de Procedimiento Penal, inspirados en una ideología completamente distinta con el fin de ir moldeando las instituciones a nuestra realidad política, económica y social actual.

Dentro de este contexto de modernización se hace imperioso darle una revisión y adoptar una posición crítica frente al mismo. Es por esta necesidad que hemos sido convocados al Congreso.

Como entre los temas propuestos estuvieron la Fiscalía General de la Nación y el nuevo Código de Procedimiento Penal. Los hemos escogido como objeto de análisis en nuestra ponencia, porque consideramos de gran trascendencia detenernos en estudio de aquellas instituciones concebidas como instrumento para luchar de alguna manera contra la criminalidad reinante en nuestro país, situación que es agravada por el descrédito que dentro de la opinión pública tiene la administración de justicia.

Tratamos de hacer un estudio serio y de alguna manera importante que por lo menos nos haga reflexionar sobre algunos aspectos que puden ser trascendentales y hacernos conscientes de antemano de algunas limitaciones que en el futuro pueda tener su aplicación práctica.

Para la consecución de nuestro objetivo hemos adoptado el siguiente plan: En un primer punto analizaremos algunos aspectos generales y de la Fiscalía General a nivel mundial y antecedentes en nuestro medio. En un segundo punto analizaremos la consagración constitucional y su desarrollo legal en el Código de Procedimiento Penal.

I. ASPECTOS GENERALES

A. ASPECTOS GENERALES DE LA FISCALIA

Pretender hacer un recuento de la institución de la Fiscalía General en todos los países en los cuales funciona sería innecesario y por demás inútil, en la medida en que de nada nos sirve acudir a legislaciones que en esta materia están atrasadas respecto de la nuestra, o que no se compadecen con las circunstancias fácticas de nuestro país. Es en concordancia a lo anteriormente expuesto por lo que nos parece pertinente acudir a los ordenamientos jurídicos, que por una u otra razón, están a la vanguardia en el tratamiento de estos temas, en consonancia con políticas criminales de avanzada.

La institución de la Fiscalía, el Ministerio Fiscal, o Ministerio Público, entre otras denominaciones que ha recibido en diversos sistemas jurídicos, es decir como estructura dentro de un determinado estado, y desde un punto de vista funcional, valga anotar, como ente que tiene su razón de ser en el cumplimiento de unas determinadas funciones preasignadas, es igualmente verdadero que un análisis funcional es absolutamente determinante para comprender el alcance y la eficacia de una institución, debido al enfoque que el constitucionalismo moderno en estos tópicos ha asumido.

Conforme a la concepción funcionalista, es imprescindible cuando nos referimos a la fiscalía, hacer una asociación directa e indivisible con el sistema acusatorio; lo anterior significa, que ontológicamente no se puede concebir un sistema acusatorio sin Ministerio Fiscal, ni a contrario sensu, podemos imaginar una institución de esta naturaleza que no recoja todos y cada uno de los postulados de dicho sistema. Pero, entonces cuáles son las características esenciales del sistema acusatorio? Al respecto se ha discutido insistentemente por las implicaciones jurídicas, políticas y sociales, que una posición al respecto puede acarrear. Sin embargo existe un relativo consenso al respecto, basados en un Estado Liberal de Derecho, que recoge el profesor Geovanni Leone, de la siguiente manera: "El sistema acusatorio se caracteriza por las siguientes notas: El poder de decisión está en manos del juez, el poder de iniciativa corresponde a un órgano diferente de éste, el proceso penal no puede iniciarse sin la respectiva acusación. El juez se limita a recibir y valorar las pruebas que se aporten. El proceso está regido por el

principio de contradicción, reina la oralidad y la publicidad en el debate, y supone la libertad personal del acusado hasta la sentencia definitiva". A las anteriores características podemos agregar una más, que se colige del principio de contradicción, consistente en que el proceso penal es la discusión de dos partes opuestas cuyo conflicto ha de ser solucionado por el juez.

Remitiéndonos en primer lugar al sistema jurídico denominado derecho anglosajón, consideremos importante hacer un estudio del ordenamiento jurídico de los Estados Unidos, pues indirectamente una de las causas de la adopción de dicho ente jurídico en nuestro país obedeció a la notable influencia que el país del norte ejerce sobre nosotros. El sistema judicial de los Estados Unidos se estructura a dos grandes niveles: La justicia estatal que obedece a las legislaciones de los diferentes estados; y la justicia federal comisionada para el conocimiento de hechos punibles de especialísima importancia en lo que atañe para el área penal. Para uno y otro caso, existe la figura del Fiscal, organizada en denominadas oficinas. Estos fiscales se encargan de la investigación de supuestas infracciones a la ley penal cuando, por cualquier medio, han tenido conocimiento de su ocurrencia. El Fiscal tiene la facultad de "negociar" con el sindicado, dentro de unos determinados parámetros que varían según la legislación pertinente, para la recolección de pruebas que involucren los derechos consagrados en la Constitución y sus respectivas enmiendas. El Fiscal debe solicitar el permiso al Juez, de acuerdo a ciertas pautas, puede acusar formalmente o abstenerse de hacerlo. En caso de que se presente la hipótesis de la acusación, se inicia formalmente el proceso penal.

Desde el punto de vista orgánico, la institución de la Fiscalía no tiene rango constitucional (la única institución judicial con rango constitucional, es la Suprema Corte de Justicia -art. 3o. C.N. Estados Unidos), sino que su origen es legal, y varía obviamente de un Estado a otro cuando nos referimos a infracciones de competencia estatal. En conclusión, el sistema acusatorio está implementado a grandes rasgos dentro del ordenamiento jurídico de los Estados Unidos.

Si bien es cierto, el sistema anglosajón nos puede aportar algunas pautas al respecto del tema objeto de análisis, sus diferencias de fondo con el denominado derecho continental nos impiden que sea un punto claro de referencia. Para tal efecto, es conveniente acudir a un ordenamiento que no difiera sustancial y procesalmente tanto como el nuestro, y que ha servido de guía en los últimos lustros a nuestros legisladores; tal sistema es el alemán, que para una mejor comprensión de las funciones del Ministerio Fiscal dividiremos en tres etapas:

- a. **Procedimiento Preliminar:** En esta etapa el Fiscal debe investigar todas las circunstancias cuando tenga conocimiento de la comisión de un hecho punible por cualquier medio. Es el encargado de interrogar a los testigos y al inculpado. Tomar las medidas necesarias para obtener pruebas tanto de lo favorable como de lo desfavorable para el sindicado. Pero todo lo anterior lo hace bajo la guía y supervisión del denominado "Juez de la investigación", quien es el único que puede decretar la detención de una persona, el embargo de bienes, los registros, toma de juramento cuando el Fiscal se lo solicite. En conclusión, en esta etapa la dirección la lleva el Fiscal, pero bajo la estricta vigilancia del Juez.
- b. **Procedimiento Intermedio:** Cuando el Fiscal tenga los suficientes elementos de juicio para proseguir la causa, lo debe hacer (solo en excepcionales ocasiones puede abstenerse de acusar). Acontecido lo anterior se inicia el procedimiento intermedio, en el cual se le notifica al inculpado la acusación. Este presenta sus descargos, y un Tribunal decide si hay mérito suficiente para iniciar el procedimiento principal.
- c. **Procedimiento Principal:** De carácter público y oral, en el cual el Juez decide sobre la responsabilidad del inculpado respecto de la acusación que le hubiere informado previamente el Ministerio Fiscal.

Como hemos analizado, ni en el derecho anglosajón ni en el derecho continental europeo el Fiscal es administrador de justicia, ni mucho menos tiene absoluta libertad en aspectos que atañen a las garantías individuales de las personas. El Fiscal sólo es a veces gestor de la investigación, a veces parte interviniente en el proceso pero nunca juez.

B. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS ANTECEDENTES DE LA INSTITUCION EN EL DERECHO COLOMBIANO

Como hemos podido observar, existen grandes diferencias entre un sistema inquisitivo y un sistema acusatorio, no solo desde el punto de vista de los principios que lo conforman, sino también en su mismo funcionamiento.

Entre nosotros hemos tenido desde el año 38 un sistema inquisitivo, como característica esencial de nuestro derecho procesal penal. No obstante a lo anterior han existido varios proyectos para modificarlo e implantar el modelo acusatorio. Veamos por ejemplo algunas oportunidades que se han presentado dentro de nuestra tradición jurídica, en las que se ha tratado de entregar la etapa procesal de instrucción sumarial a autoridades diferentes de las judiciales, debido a que se ha dicho que han demostrado su ineficacia,

tal y como se deduce de los altos índices de criminalidad y de la impunidad al mismo tiempo.

Así en primer lugar, se pretendió que los jueces de instrucción fueran designados al Ministerio de Justicia; el Decreto 1698 de 1964 creó los fiscales instructores, decreto que fue declarado inexecutable por la C.S.J. La reforma constitucional de 1979 creó la figura de la entonces fallida Fiscalía General de la Nación, la cual no pertenecía a la Rama Jurisdiccional ni al Ministerio Público. No obstante que el nombramiento correspondía al Procurador General. Así nuestra anterior Carta Fundamental, consagraba como funcionarios pertenecientes al Ministerio Público, a los Fiscales designados legalmente. Desde el año 71 la C.S.J. ya había considerado que el Ministerio Público pertenecía a la Rama Ejecutiva conforme al art. 142 de la misma.

El mencionado proyecto del 79, preveía una modificación al Ministerio Público, la cual consistía en que este pasaba a ser un órgano constituido por el Procurador y un Fiscal. Consecuentemente la ley 6a. del mismo año, concedió facultades extraordinarias al Presidente para expedir un nuevo Código de Procedimiento Penal por medio del cual se le transfería la facultad acusadora a dicho organismo. Este Fiscal dentro de sus funciones tenía la de vigilar la ejecución de las providencias de los jueces penales y desarrollaba muchas atribuciones propias del Ministerio Público. No obstante esta dicotomía se expidió el C.P.P., Dec. 181 de 1981, dentro del cual para nuestro análisis, establecía una etapa previa de investigación, desarrollada por un juez instructor en concurrencia con el Fiscal. La acusación era monopolio de la Fiscalía. Se concibió entonces un sistema mixto pero con tendencias hacia el acusatorio. Sin embargo la C.S.J. lo declaró inexecutable en ese mismo año.

Posteriormente la ley 152 de 1982 le otorgó facultades extraordinarias al Presidente de la República, con el fin de que expidiera un nuevo Código de Procedimiento Penal, el cual fue efectivamente puesto en vigencia por medio del Dec. 150 de 1987. En el año inmediatamente siguiente, el Acto Legislativo número uno del Senado y 240 de la Cámara, pretendió regular las funciones de la Fiscalía General, sus atribuciones especiales, su elección, entre otros aspectos. De otro lado es importante tener en cuenta que se le otorgaba la facultad de investigar y acusar a los infractores de la ley penal, dirigir la Policía Judicial y disponer de los agentes establecidos por la ley, distribuyendo las competencias entre los agentes del Procurador y del Fiscal.

El año pasado asistimos a un proceso constituyente que culminó el 5 de Julio con la puesta en vigencia de una nueva Constitución. En relación con el tema

que nos ocupa, es importante resaltar los lineamientos generales que caracterizaban la propuesta del Dr. Londoño Jiménez, constituidos por cuatro principios básicos del sistema acusatorio:

- Independencia de la Fiscalía General de la Nación, con lo cual se aparta de la propuesta del Gobierno, puesto que ésta preveía la creación de un órgano dependiente del Ejecutivo.
- Monopolio de las funciones de investigación y acusación en el Fiscal General, respecto de las primeras sin limitación alguna. De tal manera separa las funciones investigativas y de juzgamiento, en virtud de lo cual el juez no tiene ingerencia en la primera.
- Establecimiento de un procedimiento único para investigar y juzgar los delitos, lo cual implica la abolición de las jurisdicciones especiales.
- Garantía del derecho de defensa en las diferentes etapas procesales.

En relación con lo conceptuado por el Dr. Londoño, el Dr. Salgado Vásquez, sostuvo en una oportunidad que una separación de la función acusadora y la función de juzgamiento no necesitaría propiamente una reforma constitucional, prueba de ello es que nuestro C.P.P. vigente hasta el primero de Julio del año pasado, consagra respecto de los jueces superiores y los jueces de circuito una verdadera desconcentración de funciones, pues como bien es sabido por todos, la fase de la instrucción sumarial respecto de los delitos de conocimiento de estos jueces, corresponde a los Jueces de Instrucción Criminal quienes además califican el mérito del sumario en los respectivos procesos. De tal manera que respecto de este grupo de funcionarios, el Dr. Juan Guillermo Jaramillo, entre otros importantes juristas afirman que nuestro sistema procesal es verdaderamente un sistema acusatorio. Además critica el proyecto gubernamental en tal sentido que la investigación de los delitos correspondería en últimas a la Rama Ejecutiva, propiciando así una confusión entre las funciones del Ejecutivo y de la Rama Judicial del Estado. Y como si fuera poco, muchas de las medidas contempladas en él, constituirían una violación flagrante del derecho de defensa, tal como se observa en el art. 168 del referido proyecto.

De esta manera el constituyente del 91, reguló en sus arts. 249, 250 y 251 lo pertinente a la Fiscalía General de la Nación; artículos que fueron desarrollados por el nuevo Código de Procedimiento Penal.

II. ESTUDIO POLITICO, JURIDICO Y CRIMINOLOGICO

A. ANALISIS CONSTITUCIONAL Y JURIDICO

En este acápite nos dedicaremos a la interpretación de la Fiscalía General de la Nación a nivel constitucional.

Para ello se hace necesario en primer lugar partir de los principios hermenéuticos constitucionales, para luego hacer referencia a las normas de la carta, y posteriormente acudir a la interpretación como efecto, y así, preguntarnos si el sistema adoptado en Colombia es de tipo acusatorio.

Recordemos que toda norma constitucional, a diferencia de una norma jurídica, posee una formulación política. Dicha formulación política obedece al objeto de debate y a lo mutuamente aceptado, explicado ante la urgente necesidad de responder a una situación crítica; todo ello enmarcado dentro de un fenómeno ideológico.

La situación de crisis, es lo que hemos querido denominar Estado Preconstitucional para oponerlo al Estado Natural, del cual nos habla Hobber, Voltaire y Rousseau, etc.

El Estado Preconstitucional es de carácter político e histórico y a nivel de la justificación, podía hablarse de la impunidad generalizada, la falta de eficiencia y celeridad, etc., lo que conduce a preguntarse, cómo fortalecer y legitimar el sistema?, es decir, cómo darle más poder al "poder" judicial? La respuesta llegaría a ser la creación de un organismo, que siendo titular de la acción penal, tenga la facultad de acusar.

Observando, las discusiones que se dieron al interior de la Asamblea Nacional Constituyente, encontramos que el centro del debate consistió en los aspectos orgánicos de la Fiscalía, pero no en los aspectos funcionales, que eran "tácitamente" aceptados. De acuerdo a esto, podemos preguntarnos acerca del aspecto dinámico y el aspecto estático de la formulación política de la Fiscalía General de la Nación? El aspecto estático, hace referencia al carácter orgánico de la Fiscalía que se debe a la mutua desconfianza que existió entre los Constituyentes para optar entre el sistema de total independencia de la Fiscalía o al contrario el de dependencia del Ejecutivo o de otra Rama del Poder. Hay estatismo porque la Fiscalía sólo es mutable por medio de una reforma constitucional y además la mutua desconfianza genera la imposibilidad de optar por un sistema coherente.

Por ello se llega a la conclusión que el Fiscal es un administrador de justicia, en cuya elección interviene el Ejecutivo.

El aspecto dinámico consiste en lo que es delegable a la ley, porque es mutuamente aceptado. En este caso es el aspecto funcional, dichas funciones son tan amplias que las trae la Constitución de manera enunciativa, prueba de ello es que el Estatuto de la Fiscalía es un "manual de funciones".

Existen diferentes tipos de normas en la Constitución, estas pueden ser: Políticas, constitucionales de aplicación inmediata y programáticas, que son las que ordenan un comportamiento público, para que la orden incida en éste.

Son normas políticas aquellas que contienen una simple definición. Este es el caso de la norma que nos dice cuál es la función principal de la Fiscalía General de la Nación, (Art. 250), o aquellas que consagran derechos fundamentales (Art. 28).

Las normas de aplicación inmediata son aquellas que crean el organismo de la Fiscalía General de la Nación, o el Art. 252 que nos señala que aún en estados de excepción el Gobierno no puede suprimir las funciones de acusación y juzgamiento.

Entendemos como programáticas las que se refieren a las funciones, porque no sólo tratan de vincular a la Fiscalía sino que además pretenden llevar la conciencia social de un organismo titular de la acción penal y un sistema acusatorio. La importancia de las normas pragmáticas reside en mostrar que aún nos encontramos en un proceso de reacomodamiento ideológico, por tanto nuestro sistema desde un principio no puede ser totalmente acusatorio.

Lo anterior es consecuencia de la concesión, y como bien dijimos produce cierta inmutabilidad al interior de la institución, y no permite la percepción del cambio, puesto que como nos dice Carmelo Carbonne existe una costumbre en la hermenéutica constitucional, en la que se ha venido interpretando la institución más con criterios inquisitivos que acusatorios. Se ha hecho una crítica a la Fiscalía General de la Nación que postula que las modificaciones hechas a tal institución no son más que un cambio de rótulo, puesto que no se crearon nuevos jueces sino que se continúa con el tradicional Juez de Instrucción Criminal lo que es parcialmente cierto. Al respecto el constituyente Carlos Daniel Abeyo Roca afirma: "En Colombia unos jueces (los penales y los promiscuos municipales) investigan, acusan y fallan; otros solamente investigan o acusan (los jueces de Instrucción Criminal), y únicamente fallan (los Penales del Circuito y los Superiores)".

Por lo tanto si queremos ser más concretos en nuestra apreciación debemos decir que el sistema instaurado, para los Jueces de Instrucción Crimianl, de Circuito y Superiores, se extendió a todos los demás. La crítica a la cual hicimos referencia no permite una percepción del cambio que sí se dio, como lo pudimos apreciar anteriormente.

Para terminar pretendemos analizar la función de la Fiscalía a través de todo proceso. En las fases de investigación previa, instrucción y juicio. Ante todo tenemos que señalar la competencia y acorde con la facultad investigadora y acusadora de la Fiscalía, sus atribuciones no se restringen a una sola parte del territorio nacional. Pero de otro lado no conoce todas las conductas presuntamente ilícitas. Quedan excluidas de su ámbito aquellas que son competencia de los inspectores de Policía y de los jueces de menores, que aunque sí participa en dichos procesos, esta unidad no se encarga de la investigación y acusación de esas conductas porque no son delitos ya que los menores en Colombia no delinquen: Esto de acuerdo al concepto emitido por el Doctor Pedro Lafont Pianneta.

Conocemos bien que la Policía Judicial, es un organismo de la Fiscalía que pretende realizar la investigación que constate el hecho delictivo vinculado a su autor. En estos casos el Fiscal coordinará las primerísimas diligencias posdelictuales y les corresponderá recibir la indagatoria (352-369). Dentro de esta etapa existen eventos en que no participa el Fiscal correspondiente como en la práctica de allanamientos, recibir la versión del capturado, o cuando este la solicita (art. 322) o lograr la intercepción de las comunicaciones, en estas situaciones la competencia radica en la policía judicial y la finalidad de esta normatividad es lograr una mayor eficiencia en la búsqueda de la prueba.

La resolución de la situación jurídica, corresponde al Fiscal, lo que es contradictorio porque en un sistema acusatorio la tutela de la libertad es atributo del juez.

De otro lado implica una calificación jurídica provisional inmiscuyéndose el Fiscal en el poder de juzgar encubierto a través de una facultad investigativa.

Ahora bien, al Fiscal, le corresponde dirigir, todo el proceso de allegar pruebas dentro de la etapa de investigación de acuerdo con lo señalado en el art. 246 C.P.P. Esto es cierto en la fase investigativa porque en la etapa del juicio, el Fiscal aporta pruebas como parte que es. Tendrá pues, la facultad de realizar los reconocimientos y demás procedimientos necesarios para obtener la prueba (art. 364-369).

Dentro de los motivos de terminación anticipada del proceso, analizaremos la celebración de una audiencia especial regulada al interior del art. 37 y la preclusión de la investigación.

La audiencia del art. 37, parte de un presupuesto cual es la auto incriminación que realiza el sindicado de uno de los hechos acaecidos, por tanto dicha conducta deberá cumplir con los requisitos de una confesión, con base en la confesión de uno de los hechos imputados, persistiendo la posibilidad de elevar cargos por otro u otros de los cuales no existen prueba suficiente. Por esto en el momento en que el juez va a analizar la prueba, deberá hacerlo con iguales parámetros como lo haría para proferir sentencia de tal manera que son perfectamente viables los principios de indubio pro reo y de certeza para condenar. Cabe recordar que no podrá tomarse como prueba ningún elemento del acuerdo fracasado, pero tampoco podrá servir de indicio de incriminación, la conducta realizada por el procesado de someterse a los beneficios que señala el art. 37, pues de considerarse como un indicio se vulneraría el derecho de defensa.

En la audiencia entre Fiscal y Procesado, debe participar el Defensor, porque el art. 161 prescribe que todos los actos y diligencias se deben surtir con asistencia del defensor so pena de inexistencia.

Dicha audiencia supone entre sus intervinientes un preacuerdo, y de este pacto se deberán analizar tres límites:

El de la **Tipicidad**, el de la **Punibilidad** y el de la **Responsabilidad Civil**. El de la Tipicidad porque es indudable que el movimiento de la calificación del tipo, podrá realizarse solamente dentro del mismo capítulo, acogiendo según el caso los dispositivos amplificadores del tipo. La punibilidad, porque la negociación no podrá alterar los mínimos ni los máximos señalados por la ley.

Por último se debe llegar a un acuerdo sobre la responsabilidad indemnizatoria, que será de todas formas inoponibles a la parte civil.

Ahora bien, la prueba si es negociable en todo aquello que favorezca al procesado, por ello es que el inciso segundo del artículo en mención dictamina:

Si el juez considera que la calificación jurídica del delito y la pena imponible de conformidad a lo acordado por las partes son correctas y obra prueba suficiente.

Lo que significa que el Fiscal podrá en cualquier momento prescindir de una prueba obrante en el proceso para imputar un cargo respectivo que no modifique la tipicidad por fuera del capítulo correspondiente. Ahora bien, el fiscal no debe pretender fundamentar una acusación con base en una prueba que ofrezca duda, por ello la prueba debe conducir a la certeza, es decir, ser suficiente.

Prescribe el legislador que esta audiencia sólo puede ser solicitada una sola vez. Creemos que dicha norma es inconstitucional además de ser injusta, pues puede existir eventos en que el Fiscal entorpezca el trámite en perjuicio del sindicado y quien queriendo obtener beneficios de la terminación anticipada por acuerdo con el Fiscal, así lo solicite no puede volver a pedirla.

Otro evento es la situación en la cual el procesado solicita dicha audiencia, cuando no hay suficiente prueba, haciendo que el trámite fracase, de ahí que de continuar el proceso y después de haberse recolectado la prueba correspondiente, el sindicado no pueda solicitarla, cuando es precisamente en ese evento en que lo necesita.

Esta norma vulnera los principios de Favorabilidad y Derecho de Defensa.

En el evento que se estén tramitando varios procesos contra un mismo sujeto nos preguntamos: ¿En caso de pedirse la audiencia del art. 37, antes de la calificación del mérito del sumario, podrá solicitarse la acumulación de los otros procesos a este? En nuestro concepto esto es viable, puesto que aunque se necesita que exista la resolución de acusación, la finalidad de la norma consiste en que exista una etapa procesal coherente para que proceda la acumulación, y dicha etapa es cuando ya se ha concluido la investigación y la recolección de pruebas necesarias. Por esto cuando se fija la fecha de la audiencia del art. 37, es indubitable que dicha audiencia traslade de manera extraordinaria el proceso a la etapa del juicio. Por tanto, atendiendo a los principios de favorabilidad y de celeridad, esta es una interpretación sana.

Algunos jueces han sostenido que para los delitos que son competencia de los jueces penales municipales, es imposible la aplicación del art. 37, ya que los artículos transitorios señalaron que a dichos funcionarios les correspondería investigar, calificar y juzgar. Además aducen que si se nombra un Fiscal Delegado para el efecto, ello rebajaría de cargo a los fiscales del circuito. Vale la pena recordar que el beneficiado (o por lo menos el que debe serlo), es el procesado. Además el sindicado no debe sufrir las consecuencias de la falta de previsión de la administración para establecer la institución de la Fiscalía.

Corresponde a los funcionarios velar por los factores que benefician a quienes por alguna circunstancia han caído en manos de la justicia. Ello además, produce una descongestión y acelera el proceso

De otra parte el Fiscal puede calificar el mérito del sumario, profiriendo preclusión de la investigación o resolución de acusación, pero para ello se hace necesario que antes haya evaluado el mérito de la prueba, de acuerdo al art. 438. En este evento el Fiscal estará obligado a precalificar antes de calificar el mérito del sumario.

Durante la etapa del juicio, el fiscal adquiere la calidad de parte, inexplicablemente pasa de administrador de justicia a una parte que reclama justicia, solicitando absolución o inocencia.

El sistema aplicado en Colombia no es verdaderamente acusatorio, sin embargo la interpretación deberá realizarse con criterios acusatorios y no inquisitivos atendiendo a la voluntad constituyente.

B. CONSIDERACIONES POLITICO CRIMINALES

Lo cierto es que nos hace difícil definir y estructurar el pensamiento que caracteriza a la sociedad actual. Sin embargo podemos percibir diferentes síntomas que nos pueden conllevar a deducir la existencia de la posmodernidad. Uno de ellos que frente a la frustración de las utopías de la modernidad, existe el afán innovado y en esa búsqueda se han centrado ciertas reformas normativas con miras a establecer un equilibrio entre la eficiencia y las ilusiones, so pretexto de lograr una mayor persecución del crimen. Nuestro objetivo es evaluar a la Fiscalía General de la Nación para llegar a determinar si verdaderamente logrará cumplir con las finalidades que inspiraron las reformas.

Los autores se preocupan por la autonomía como factor determinante en la imparcialidad de la acusación. Por esto tenemos que ver la autonomía desde tres puntos de vista:

El primero es la relación que posee con el poder. En realidad si existe, un organismo que tiene facultades autónomas, este es la Fiscalía, prueba de ello es que aún puede llegar a negociar las penas. A nivel político el protagonismo que ha obtenido el actual fiscal, ha sido producto precisamente de las enormes armas que posee a su alcance. Ello se hace preocupante porque el país quedará sometido a la probidad de un hombre que casi no posee controles. Es indudable que el país hoy corre con suerte, pero desafortuna-

damente creemos que dicha fortuna no es para siempre máxime que para el nombramiento de tan alto dignatario existe una injerencia de gran importancia del Presidente de la República. Ahora bien, el diseño de la institución acorde con lo anterior es altamente centralizado, un ejemplo claro es que la mayoría de los nombramientos dependen de la cabeza, ello le resta eficiencia y vuelve a dicho funcionario con facultades omnímodas. Es así como consideramos que el cargo de Fiscal General debe ser de elección popular para evitar que el nombramiento conlleve a funcionarios de dudosa idoneidad moral, pero paralelo a ello se debe establecer un eficaz medio de control externo. De otra parte, se debe organizar pensando en un criterio más descentralizado que le otorgue poderes a los mandos medios.

Desde el punto de vista interno debemos indicar que el decreto del Estatuto Orgánico ordena la estructuración a partir del principio de la jerarquía. Se trata de una medida sana que impone orden en una institución, ya que antes en su equivalencia, los jueces de instrucción, carecían de mayores controles externos e internos.

Hoy esa labor la están cumpliendo de manera meritoria los coordinadores de Fiscalía, directores regionales y seccionales. Además se llega a un sistema que implanta la seguridad jurídica en vista a que establece la unidad de conceptos.

Desde el punto de vista judicial, podemos vislumbrar que verdaderamente, exista autonomía. Lo que realiza el coordinador es simplemente emitir un concepto sobre la decisión que debe tomar el fiscal. Por esto es quien toma la decisión el que eventualmente puede incurrir en un prevaricato.

El derecho sin la fuerza es injusticia e impunidad. De este razonamiento colegimos que el problema más grave que tiene la institución de la Fiscalía es la falta de coordinación existente entre este órgano y la policía judicial. Debería funcionar de una manera diferente, de tal forma que cada fiscal poseyese a su servicio un número de oficiales, suboficiales y agentes quienes sirvieran en la recolección de pruebas. Pero esta reforma debe ir acompañada de un cambio de mentalidad, como lo decíamos antes, debemos interpretar la Fiscalía con criterios acusatorios. Por ello es necesario tener en cuenta que el fiscal no es un juez, sino un investigador y como tal debe acercarse a la comunidad, y estar atento a la recolección de pruebas. No pretendemos cambiar todo de la noche a la mañana, para llegar a ese ideal se hace

indispensable exigir a los fiscales del país que intensifiquen sus estudios en criminalística, balística, etc.

Debemos ser conscientes que nos encontramos en un Estado tercermundista, y por tanto sus recursos son insuficientes. Por tal motivo es necesario evitar al máximo las investigaciones realizadas por los fiscales. Existen múltiples instancias que en un momento dado sirven como un mecanismo más eficaz para la solución de conflictos. La administración de la justicia o privatización de esta ha sido un sistema que ha permitido resolver algunos problemas. Por esto proponemos que los delitos querrelables no sean objeto de investigación, deberían pasar directamente al juez acreditando sumariamente por parte del interesado, el delito, claro está que para llegar a esta etapa, se necesitará acudir a una conciliación previa. Hay quienes señalan que dicha reforma vulnera el derecho de defensa, pero ese argumento no es verdadero, pues este queda garantizado por medio de una etapa probatoria en la fase del juicio.

A pesar de los avances presentados en diferentes niveles, lo cierto es que nuestra concepción del proceso penal, y de la investigación parte de parámetros que se encuentran encerrados en el siglo XIX. Un sistema estrictamente acusatorio, corresponde a un esquema de delito como el que nos trae Sherlo Homes, o Agata Christi, en el que el manejo de la prueba indiciaria es esencial para descubrir que el asesino es el mayordomo. Pero hoy el delito de gran entidad no es homicidio, al contrario, hoy hablamos de los delitos financieros, del terrorismo, de los peculados y las extorsiones, etc. Hoy no existe ni siquiera la vergüenza para encubrir el carácter criminal. Las grandes organizaciones del crimen se atribuyen sus propios delitos y se hace imposible condenarlos porque la sola confesión no es prueba suficiente, esto cuando se logra la entrega o la captura de sus autores. Por ello, se requiere la prueba directa, y consciente de ello, la Asamblea Nacional Constituyente ha establecido el programa de protección de víctimas y testigos. Pero esto no es suficiente. La Fiscalía General de la Nación debe enfrentarse a la búsqueda de dichas organizaciones criminales, y esto se logra a través de una constante labor de inteligencia, la cual no suple la Policía Técnica Judicial por varias razones, como son:

1. La dependencia de dicha organización del cuerpo castrense. Bien es conocido por todos la infiltración que han logrado los diferentes grupos de lucha contra el Estado. En las fuerzas militares, debe entenderse la Policía Judicial, como un cuerpo destinado más a la investigación. Por esta razón debería haberse creado un cuerpo especializado dependiente únicamente de las Fiscales.

2. Por la carencia de recursos que se han destinado para esta materia.

Vale la pena recordar que los recursos provenientes de la Fiscalía estarán formados por -entre otros-: Las asignaciones del presupuesto nacional, los bienes y recursos provenientes del enriquecimiento ilícito y del narcotráfico, con excepción del dinero y divisas, etc.

Se hizo referencia especialmente a dichos ingresos porque el presupuesto quedó sometido a una política de gobierno, y bien es sabido que la rama judicial es la cenicienta de nuestro Estado. Por otro lado lo paradójico es que se exima de entrar como parte del presupuesto de la Fiscalía que los dineros y divisas, que son precisamente el pez gordo de dichas "confiscaciones". La pregunta será: ¿Qué hará la Fiscalía con las grandes haciendas que antes pertenecían a conocidos narcotraficantes o a sus testaferros? ¿Logrará venderlas? Además de que la venta o remate implica un inmenso esfuerzo administrativo, se encontrarán compradores que se sometan a las amenazas y atentados, ya que para dichas organizaciones del crimen no existen la Teoría del Título y el Modo.

El programa de rebaja de penas por delación y ayuda en la recolección de pruebas debe extenderse a todos los delitos, ya que desde las esferas más bajas de nuestra sociedad hasta la cúspide, existen desde la pandilla de barrio hasta los carteles de la droga. Todo ello sería una forma integral de la lucha contra el crimen además que sería una forma preventiva del delito, recuérdese que los hoy sicarios serán los padrinos de la mafia mañana.

Pasando a otro punto cabe resaltar como el Dr. Salgado Suárez ha previsto que la Fiscalía General de la Nación; se convertirá en el gran leviatán burocrático de nuestro Estado en contravía de las políticas de reducción del aparato estatal.

Faltó un criterio administrativo en el diseño del Estatuto Orgánico y predominó un afán por la especialización innecesaria y por la reproducción a nivel micro de lo que ya existe a nivel macro. Por citar un ejemplo, la veeduría al interior de la Fiscalía se hace innecesaria porque esa labor la cumple con sobrados instrumentos la Procuraduría General de la Nación.

Otro aspecto es que la especialización de diferentes unidades de Fiscalía en unidades de patrimonio, de vida y de delitos contra la fe pública solamente

recargarán el trabajo en unas, dejando las otras con menor carga. Dicha especialización dificulta la labor de investigación conjunta, pues por regla general, los criminales no cometen una sola conducta delictiva, ni tampoco se especializan en una sola rama de la criminalidad.

Por último queremos hacer énfasis en aclarar que la interpretación de la normatividad debe hacerse de acuerdo a los elementos sociales, tratando de conciliar los derechos del individuo en frente de lo que pretende el Estado.