

LA FISCALIA GENERAL Y EL SISTEMA ACUSATORIO

Hernando Londoño Jiménez

CAPITULO I

ANTECEDENTES

Sin lugar a dudas, a partir de la promulgación de la Carta Fundamental del año 1991, una de las instituciones del Estado que con mayor beneplácito y esperanza acogió el país, fue la creación de la Fiscalía General de la Nación. La manera como fue concebida en la Constitución, auguraba indudablemente mejores días para la administración de justicia en el campo penal. Cuando estábamos pasando por una tormentosa época de la vida colombiana en donde las diversas fuerzas oscuras de la criminalidad estaban socavando no sólo los cimientos de la sociedad civil sino también los de las instituciones, surgía este organismo del Estado para enfrentar la azarosa delincuencia que a todos amenazaba. No como fuerza de choque, sino como institución jurídica encargada de investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los jueces y tribunales competentes.

Como no podía ser menos, la Fiscalía General de la Nación fue concebida como integrada a la rama jurisdiccional del poder público, esto es, con absoluta independencia de los demás poderes del Estado, aunque el Ejecutivo de la época libró intensa batalla para que fuera un apéndice suyo. Su consagración constitucional dentro de las normas del Estado de Derecho no podían dejar la más mínima duda en cuanto a que sus funciones de investigación y acusación tendrían que estar en un todo ceñidas a los principios garantistas dentro del proceso penal. Se trata simplemente de los derechos que se adquieren por tener la calidad de destinatario de las normas penales o de quienes son partes dentro del proceso.

Se buscó con esta institución recuperar la fe en la justicia, garantizarle en mejor forma a la sociedad y al mismo Estado

la protección de sus derechos y velar con ello para que el ejercicio arbitrario de las propias razones no fuera a suplantar el magisterio encargado a los jueces de la República. La ilusión al respecto fue inmensa, porque cuarenta años de violencia hacia atrás y en la que todas las modalidades de la delincuencia más desenfrenada nos habían cubierto de oprobio, tenían que hacer sentir la esperanza de poder enderezar el rumbo que llevábamos para no caer definitivamente en el abismo. Por eso la Fiscalía General de la Nación fue recibida con grandes expectativas por todos los estamentos de la sociedad colombiana. Se creyó entonces que la desaforada criminalidad reinante iba a poder ser disminuida y enfrentada mediante el ejercicio eficaz de la función investigadora y acusadora, previa una diligente actividad de los organismos auxiliares de la justicia en el esclarecimiento de los delitos y la captura de sus autores y partícipes.

Se pensó en un sistema acusatorio a la colombiana, sin sometimiento a escuelas, sin marcarlo dentro de los estrechos límites de otras legislaciones, sino buscando la agilización del proceso penal, la separación obvia entre investigación y juzgamiento asignados a los fiscales y jueces, respectivamente. Desde luego que ese sistema era necesario enmarcarlo dentro de los postulados y directrices consagrados por la Carta Política, fundamentalmente en todo lo relacionado con el debido proceso dentro del cual se garantizara el respeto por la libertad individual, por el juez natural, por la dignidad humana, por la presunción de inocencia, por el derecho de defensa, por el principio de contradicción, por un proceso público sin dilaciones injustificadas, por el *habeas corpus*, por el derecho a la apelación de las providencias, etc. Ahí estaban consagradas las bases y los principios fundamentales para introducir en Colombia un sistema acusatorio plenamente ajustado a nuestra idiosincrasia y con el respeto debido a nuestra respetable tradición jurídica. Pero como habremos de verlo en esta ponencia, lo que vino luego fue la

implementación de todo lo contrario, la de un crudo y autoritario sistema inquisitivo que nos ha deshonrado ante la historia y en la comunidad jurídica internacional.

Pero además de la importancia de estos derechos y garantías constitucionales, el Constituyente del 91 quiso en forma terminante acabar con la inestabilidad de las normas jurídicas que rigen el proceso penal, para que no estuvieran sometidas a las cambiantes situaciones de orden público ni a los caprichos del Ejecutivo. Esto era importante definirlo así, en acatamiento al principio de la seguridad jurídica que deben tener los destinatarios de las normas penales y las partes que intervienen en el proceso. Por eso, cuando presentamos en la Asamblea Nacional Constituyente el Proyecto sobre creación de la Fiscalía General de la Nación y la introducción en nuestro ordenamiento jurídico del sistema acusatorio, dijimos:

«La inestabilidad legislativa en materias penales, ha conducido a hacer inoperante la justicia colombiana. En efecto, el ejecutivo ha pretendido resolver todos los problemas de orden público existentes en Colombia, a través del Derecho Penal. Se le ha querido convertir en el primero y único instrumento para resolver todo tipo de controversias sociales, olvidando el principio de *intervención mínima*, según el cual, el Derecho Penal es el último mecanismo de control social que debe ejercer el Estado en la solución de los conflictos. La potestad punitiva del Estado, sólo debe intervenir cuando han fracasado los otros sistemas de control. No obstante, nuestro régimen presidencial ha invertido la escala de valores y quiere resolver las contradicciones sociales a través del Derecho Penal».

En este orden de ideas, el Constituyente del año 91 quiso proscribir el abuso que invariablemente todos los gobiernos hicieron del artículo 121 de la Constitución de 1886, al amparo del cual se mantuvo casi sin interrupción y durante cuarenta años el Estado de Sitio. En dichas oportunidades lo que invariablemen-

te ocurría, eran las reformas a los códigos penal y de procedimiento, con el fin de crear nuevos tipos penales, aumentar drásticamente las penas, restringir el derecho de defensa, limitar las causales de excarcelación, permitir las pruebas secretas, diferir el momento procesal de la contradicción de la prueba, crear la repulsiva figura del delator, incentivar la negociación de las penas por delación. En síntesis, hacer más represivos los procedimientos de investigación de los delitos y esclarecimiento de sus autores y partícipes, a través de jueces, fiscales, magistrados, peritos y testigos «sin rostro».

La fundada reacción contra esos sistemas atentatorios del Estado de Derecho y de las garantías del debido proceso, fue la siguiente consagración constitucional: « Artículo 252. Aun durante los estados de excepción de que trata la Constitución en sus artículos 212 y 213, el gobierno no podrá suprimir, ni modificar los organismos ni las funciones básicas de acusación y juzgamiento».

Como se advierte en la transcripción anterior, el Constituyente estuvo pensando era en los «estados de excepción», para prohibirle en dichas emergencias al gobierno, alterar la normatividad jurídica, **suprimiendo o modificando** los organismos y las funciones básicas de acusación y juzgamiento. Por eso la disposición se encuentra en el capítulo consagrado a la Fiscalía General de la Nación.

Ese propósito constitucional de establecer barreras constitucionales para que en lo sucesivo el Ejecutivo no pudiera dentro de los Estados de Excepción penetrar en los terrenos de los códigos penal y de procedimiento para suprimir o modificar sus organismos y sus procedimientos judiciales, fue reiterado armónicamente, cuando en primer lugar le confirió al Congreso de la República la función de «expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones» (art. 150, num. 2). De donde surge con plena claridad que esa función no le podía ser

atribuida también al Ejecutivo. Tanto es así, que cuando el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución le confiere al Congreso de la República la facultad de revestir al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje, estableció que dichas facultades «no se podrán conferir para expedir códigos...»

Por lo visto antes, al Ejecutivo se le prohibió constitucionalmente, «aun en los estados de excepción», invadir la órbita jurídica de los códigos que le trazan las directrices a la justicia penal. Pero como lo vamos a analizar a través de esta ponencia, produce un enorme desencanto y una amarga frustración el tener que concluir que todo, absolutamente todo lo que se prescribió constitucionalmente sobre estas materias, ha sido persistentemente violado, no sólo desde la propia Fiscalía General de la Nación, sino también por parte de la Corte Constitucional, del Congreso de la República y el Ejecutivo. Es decir, que las tres ramas del poder público, en una u otra forma, se han confabulado contra los imperativos ordenamientos constitucionales en estas materias, como habremos de establecerlo en los capítulos siguientes.

CAPITULO II

EL EJECUTIVO Y LA COMISION ESPECIAL LEGISLATIVA

El levantamiento del Estado de Sitio el mismo día en que se proclamó la Constitución, abrió las expectativas sobre el verdadero regreso a la normalidad institucional, al imperio del Estado de Derecho, a la clausura de los tradicionales sistemas de legislar dentro de los estados de excepción o estado de sitio. Resultaba apenas obvio pensar en que todo fuera a ser así, dadas las consagraciones constitucionales y toda la filosofía jurídica que había impregnado la nueva Carta Política de Colombia.

Como se consideró por el Constituyente del 91 que resultaba conveniente que la Fiscalía General de la Nación empezara a

funcionar lo más pronto posible, el artículo 50. transitorio de la Carta Política revistió al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias para, entre otras funciones, expedir las normas que organizaran la Fiscalía General de la Nación y las normas de procedimiento penal. Desde luego que dichas funciones estuvieron limitadas por la misma Constitución, cuando al crear la Comisión Especial Legislativa, entre otras funciones, le atribuyó la de impropbar por la mayoría de sus miembros, en todo o en parte, los proyectos de decreto que preparara el gobierno nacional.

Y como para salirle al paso a un inevitable traumatismo jurídico como consecuencia de la entrada en vigencia de la nueva Constitución, otro artículo transitorio de la misma estableció que los decretos expedidos en ejercicio de las facultades de estado de sitio hasta la fecha de la promulgación del presente acto constituyente, continuarán rigiendo por un plazo máximo de noventa días, durante los cuales el gobierno nacional podrá convertirlos en legislación permanente, mediante decreto, si la comisión especial no lo imprueba.

En estas circunstancias el Gobierno reunió en un sólo cuerpo legislativo una buena parte de los decretos que durante varios años se habían dictado al amparo del Estado de Sitio. Los presentó a la Comisión Especial Legislativa que los aprobó en su totalidad, además del Código de Procedimiento Penal que debería regir la nueva fase de la justicia penal con la creación de la Fiscalía General de la Nación. Esos decretos que posteriormente se refundieron en el No. 2271 de 1991, fueron los siguientes: 1199 de 1988, 474 de 1988, 2790 de 1990, 099 de 1991, 390 de 1991 y 1676 de 1991.

Lo más grave y paradójico de todo esto, es que se aprobó esta legislación pero con carácter de permanente, habiendo podido ser negada por la Comisión Especial Legislativa, para acatar así el espíritu y la letra de la Carta Fundamental. Esa Corporación

tenía por lo tanto el grave encargo de decidir lo que considerara más ajustado a la Constitución que se había acabado de promulgar. Pero al no improbarse ninguno de esos decretos, produjo la paradoja de que habiéndose expedido éstos con carácter transitorio, según la Constitución del 86, pasaron a ser permanentes con la Carta Política del 91 que precisamente había consagrado la prohibición de suprimir o modificar los organismos ni las funciones básicas de acusación y juzgamiento. Y como lo veremos en seguida, esa legislación aprobada con carácter de permanencia, se caracteriza fundamentalmente por suprimir y modificar esos organismos y funciones básicas de acusación y juzgamiento.

a) **El Juez natural.** Con la creación de los fiscales y jueces regionales como funcionarios de primera instancia para investigar y juzgar, respectivamente, en los procesos por determinados delitos, y la creación del Tribunal Nacional para conocer en segunda instancia de las sentencias proferidas por los jueces regionales, se ha violado el principio del juez natural a que tiene derecho toda persona a quien se le haya imputado la comisión de un delito. Y juez natural, de acuerdo con la Constitución, no son los fiscales, jueces y magistrados que la opinión pública ha dado en denominar «sin rostro», porque permanecen en todo el ejercicio de sus funciones sin identificación alguna dentro del proceso penal, completamente desconocidos, sin posible acceso a ellos y sin poderlos por ello siquiera recusar.

b) **El proceso público.** Pero además, esa justicia que se imparte a través de esos funcionarios judiciales, contradice los ordenamientos de la Constitución, cuando en su artículo 29 prescribe que toda persona sindicada de un delito tiene derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas. Y de todo tiene, menos de público, el proceso que se sigue ante dichos funcionarios. Es por el contrario, un proceso más que secreto, ya que está proscrita la audiencia pública, diligencia judicial caracterizada precisamente por la publicidad de los debates. Para

sintetizar, en esta justicia una persona puede llegar a ser condenada hasta sesenta años de prisión, sin haber conocido al Fiscal que lo investigó y lo acusó, ni al juez que lo condenó, ni a los magistrados que confirmaron la sentencia condenatoria, ni a los peritos que rindieron un dictamen en su contra, ni a los testigos ocultos que lo acusaron. Y desde luego, su Defensor estaría en las mismas circunstancias legales de desconocimiento de la identidad de todas esas personas. Y nadie puede negar que funcionarios judiciales encubiertos en el anonimato, por dicha razón están colocados en una posición que los hace más proclives a la arbitrariedad y abuso de sus funciones.

c) **El juez de la causa** . En dicha legislación no existe ninguna garantía para el procesado en cuanto al Juez Regional que deba conocer la causa en su contra, porque una vez en firme la Resolución acusatoria, el expediente deberá pasar al Director Seccional quien a su gusto y capricho escogerá el Juez a quien le asigna el conocimiento del proceso. No hay entonces el tradicional reparto o sorteo de los expedientes, sin influencia de nadie, lo que anticipa una garantía de imparcialidad. Y a nadie se le oculta que a consecuencia de la actividad judicial va trascendiendo una manera de ser de los jueces en cuanto a los fallos que profieren, es decir, los que se caracterizan por su demasiada severidad y rigor en el juzgamiento, y los que ofrecen simplemente la imagen de ser justos y ecuanímenes en el juzgamiento. De donde resulta que si ese Director Seccional, por la razón que sea, tiene interés en una condena, la causa se la entregará para el fallo respectivo, al Juez que considera con mayores probabilidades de producir una sentencia condenatoria, con el agravante de que su decisión no admite recurso alguno.

d) **La prescripción**. Según nuestra legislación, para la llamada justicia ordinaria, la prescripción de la acción penal y de la pena no se interrumpe por razón de la naturaleza del delito o de la calidad personal del procesado. Aun por el hecho punible

más depravado, por el crimen que haya conmovido más la conciencia pública, hay lugar a la prescripción, porque sería injusto a todas luces que la justicia mantuviera esa especie de espada de Damocles amenazando toda la existencia de un acusado, sin que este algún día pudiera reintegrarse al seno de su familia y de la sociedad. Pero resulta que estableciendo una odiosa discriminación ante la Ley que debe ser general, esta legislación de los fiscales y jueces regionales, determina que el término de la prescripción se interrumpe por los delitos cuya competencia le están asignados.

d) **La recusación.** En cuanto a la recusación de los funcionarios de instrucción y de conocimiento, existe la prohibición absoluta de hacerlo, consagrando así una injustificada desigualdad, como si pudiera ser suficiente garantía procesal el impedimento que deberán declarar los funcionarios cuando sea esa la situación. Como si alguna vez en toda la historia judicial de Colombia algún funcionario judicial se hubiera declarado impedido para seguir conociendo del respectivo proceso, sobre la base de haber dejado vencer, sin actuar, los términos que la ley le señale al efecto, para no hablar sino de una de las diez causales de recusación que trae nuestro ordenamiento jurídico. Y como se puede ir advirtiendo, dicha legislación enmarcada dentro de postulados y principios abiertamente en contradicción con nuestra Carta Fundamental, tuvo como mira establecer un sistema inquisitivo, en lugar del sistema acusatorio que se guiso con la creación de la Fiscalía General de la Nación y determinados principios rectores de la Ley Suprema. Para decirlo de una vez, lo que rige en Colombia en este momento, está muchísimo más cerca del sistema inquisitivo que del acusatorio, por lo cual la Constitución del 91 sufrió su primer golpe en la Comisión Especial Legislativa que le aprobó al gobierno todos los decretos dictados bajo el Estado de Sitio de la Constitución del 86.

e) **La consulta .** Esta antidemocrática e inconstitucional

legislación no tuvo ninguna preocupación por los eventuales errores judiciales que se pudieran cometer con las sentencias condenatorias. Si se dictaban, de pronto en forma injusta y arbitraria y nadie las apelaba, era asunto que no despertaba la preocupación del Estado. Se satisfacía con que el sujeto de la acción penal recibiera una condena. En cambio, todas, absolutamente todas las providencias favorables a alguna situación jurídica del procesado, no permite que tengan ejecutoria material en la primera instancia, ya que exige que todas sean consultadas, prolongando de esa manera la incertidumbre sobre el fallo final, dejando sub judice, muchas veces hasta por varios años la conducta del acusado absuelto en primera instancia. Fuera de ésto, esa obligación de la consulta, implícitamente es una reserva legal sobre la providencia consultada, ya que generalmente se interpreta esa consulta como una desconfianza sobre el funcionario que la dictó, bien porque hubiera sido contraria a derecho o dictada a impulsos de intereses indebidos. Son consultables por ello las sentencias absolutorias, las providencias que disponen cesación de procedimiento o la devolución de bienes a particulares, lo mismo que los autos inhibitorios cuando impliquen la devolución de bienes. Como se va advirtiendo, todo lo que pueda resultar favorable a los intereses del procesado, constituir un derecho o representar una garantía, o se prohíbe, o se restringe, o se controla.

f) **La controversia probatoria.** En cuanto a la controversia del material probatorio que tiene lugar sólo en la etapa del juicio, según se ordena en dicha legislación, constituye igualmente una violación al principio constitucional de la igualdad ante la Ley, lo mismo que al del debido proceso, según el cual se establece el pleno derecho a controvertir las pruebas que se alleguen en contra del acusado, sin establecer limitaciones en cuanto a la etapa procesal en que ello pueda hacerse. Esto además vulnera el derecho de defensa y atenta contra elementados postu-

lados de equidad y de justicia. Más grave resulta esta medida, cuando en la práctica el principio de contradicción no funciona en la forma adecuada, ya que no hay controversia directa entre la defensa y ningún funcionario de la justicia regional, porque todo funciona a través de simples escritos, por cuanto no hay debate oral, ni audiencia pública.

g) **Las pruebas.** Dentro de esta política absurda y perjudicial para los intereses sanos de la justicia, la práctica de las pruebas está encomendada a empleados que carecen de la formación jurídica más elemental para orientar un proceso. Además no tienen los suficientes conocimientos en la práctica forense para poder llevar a cabo tantas diligencias importantes que en un momento dado sea necesario practicar dentro del proceso penal. No son entonces los fiscales, ni los jueces, ni los magistrados que tienen bajo su responsabilidad el proceso penal. Los que directamente practiquen las pruebas en la mayoría de los casos, sino simples agentes del Cuerpo Técnico de Investigación Criminal, para pertenecer a la cual no se necesita título alguno de conocimiento en estas materias.

Pero si se quisiera una prueba fidedigna e incontrovertible del sistema absolutamente inquisitivo que predomina en esta legislación, es la prohibición de que los abogados de la Defensa participen en la recepción de estas pruebas, ya que no se autoriza en su recepción sino al representante del Ministerio Público. De donde surge no sólo el enorme contrasentido de que las partes en el proceso puedan solicitar la práctica de pruebas, cuando al mismo tiempo se les prohíbe hacer acto de presencia en la realización de las mismas. Ante tan insólita disposición no queda sino creer que el legislador tuvo en mente una legislación en donde al procesado le resultara siempre más difícil hacer uso del legítimo derecho de defensa. Un ejemplo es lo dicho es cuando se deja al arbitrio de la Policía Judicial incorporar al proceso las pruebas que ella estime pertinentes, pudiendo entonces ocurrir que deje

por fuera aquellas pruebas en favor del acusado, como cuando en una diligencia de reconocimiento en rueda de personas, el testigo no lo ha reconocido.

h) Los testigos sin rostro. Esta otra modalidad de la investigación si que es otra prueba fidedigna del propósito legislativo de hacer más difícil la defensa del acusado, de colocarlo en condiciones más desfavorables para poder controvertir la prueba en su contra. Un testigo de cargo que es llamado al proceso y que no puede ser plenamente identificado sino ante los funcionarios instructores o de conocimiento, no puede ser jamás prenda de garantía para la justicia. Es que una prueba, cualquiera que ella sea, que no pueda ser sometida al libre y limpio proceso dialéctico de la contradicción, carece de uno de los elementos fundamentales para poder adquirir un satisfactorio grado de credibilidad. Es que una cosa es el interrogatorio que hace un funcionario judicial interesado en una acusación, que el que hace un Defensor que tiene el propósito de demostrar la inocencia del reo. Por eso, ambos deben tener el mismo derecho dentro del proceso. Y ese equilibrio de poder es precisamente lo que caracteriza un sistema acusatorio y niega uno inquisitivo, por lo cual no queda la menor duda de que la Comisión Especial Legislativa le aprobó al Gobierno un sistema auténticamente inquisitivo, contradiciendo de esa manera el sistema acusatorio cuyos bases y principios consagró la Constitución de 1991.

Eso fue lo que se propuso esa legislación de marcado tinte represivo, cuando permitió que los testigos de cargo pudieran identificarse sólo con su huella digital, no dejando así que la Defensa o el apoderado de la Parte Civil lo enfrentasen directamente a través de un contrainterrogatorio. De donde se advierte cómo lo que se ha querido es preservar la acusación de los riesgos de ser desmentida, de ser desvirtuada. En el fondo lo que se ha buscado es debilitar el poder de la Defensa del acusado, colocarlo en mayores posibilidades de recibir una condena.

Una posición de esta naturaleza por parte del legislador, es tan tiránica jurídicamente, es tan afrentosa del Estado de Derecho, repugna tanto a una concepción transparente de la Justicia penal, que la misma ONU cuando aprobó los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y que Colombia refrendó por medio de la Ley 74 de 1968, consagró que la persona acusada de un delito tiene el pleno derecho a que el testigo autor de dicha acusación se le haga comparecer para ser contrainterrogado, tanto por el reo como por su defensor. Y ésta es una manera de controvertir la prueba testimonial, por lo que al impedirse legalmente, se viola el artículo 29 de la Carta Política que consagra ese derecho.

El peligro de estos testigos de cargo, además de no poder ser sometidos a interrogatorio por la Defensa, es que se les halaga con enormes beneficios de carácter económico, la sustitución de los documentos de su identidad, el cambio de domicilio tanto dentro del país como en el exterior, inclusive con su familia. Y a nadie se le oculta que tanta generosidad del Estado hacia quien se dice ser testigo de algún delito, es fácil que ocurra el que una persona simule esa calidad de informante veraz sobre hechos criminosos, con el fin exclusivo de recibir esos beneficios tan sugestivos para su de pronto precario bienestar económico.

Toda esta crítica contra los llamados testigos secretos no nos impide denunciar el crimen que el Estado ha venido cometiendo contra ellos. Se les halagó mediante legislaciones especiales con la generosa remuneración a sus acusaciones, con el cambio de su identidad, con cubrirles los gastos de vivienda dentro o fuera del país, tanto al testigo como a su familia. Se les garantizó, en síntesis, protegerlos junto con sus familias de todos los gravísimos peligros que pudieran derivarse de sus acusaciones secretas, una vez descubiertos. Y lo cierto del caso es que muchos que han podido hacer dichas denuncias públicas a través de

los medios masivos de comunicación, fueron engañados, fueron abandonados a su suerte, no les cumplieron las generosas promesas que les hizo la Fiscalía si servían de acusadores secretos contra determinados delincuentes. Muchos de ellos están hoy con sus familias afrontando difíciles situaciones económicas y de seguridad, porque una vez descubiertos en su calidad de testigos secretos contra determinados delincuentes, han quedado en la mira de éstos, en el inminente peligro de ser asesinados como represalia indignada por la acusación hecha. Es entonces la conducta de un Estado tramposo, de unas autoridades desleales, porque una vez conseguido sus propósitos de una acusación secreta, traicionan a los testigos, al incumplirles todas las promesas que les hicieron para que colaboraran eficazmente con la justicia.

De todas maneras, son testigos que no pueden merecerle confiabilidad a la justicia penal. Ya desde hace un siglo, el mayor penalista de todos los tiempos, FRANCESCO CARRARA, en un capítulo de su obra jurídica en « donde se demuestra que una buena ley procesal nunca debe admitir que en un proceso penal puedan aceptarse testimonios de personas que ocultan su nombre», dijo refiriéndose al antiguo Derecho Romano:

« Llamaron testigos enmascarados o anónimos a aquellos cuyos testimonios se querían introducir en el proceso sin que se conociera a la persona ni el nombre siquiera de ella, ya porque sus testificaciones se reproducían en el proceso por medio de testigos jurados, los cuales sin embargo se negaban a indicar la persona y el nombre con el pretexto de tenerlo como secreto que no se podía violar. Y respecto a esta segunda especie de testigos los prácticos no se limitaron a declarar que eran sospechosos, sino que exigieron que fueran rechazados categóricamente del proceso como inaceptables y como dignos de que se les tuviera por menos que nada...Yo sería partidario de que una sanción penal tachara de nulidad todos esos procesos orales de los cuales se hubiese aprovechado monstruosamente un testigo enmascarado

anónimo »¹. Sabios ejemplos que llevan más de un siglo pero que no han podido asimilar los legisladores de hoy inspirados mejor en teorías y escuelas inquisitivas rechazadas por el derecho procesal contemporáneo. Pero otro siglo antes de Carrara, Beccaria había apostrofado esa prueba secreta: « Evidentes, pero consagrados desórdenes, y en muchas naciones hechos inevitables por la debilidad de la Constitución, son las acusaciones secretas. Una tal costumbre hace a los hombres falsos y solapados... Pero si hubiese que dictar nuevas leyes en algún ángulo olvidado del universo, antes que autorizar semejante costumbre, me temblaría la mano y tendría toda la posteridad ante mis ojos ». ²

i) Las pruebas secretas. Además de todos los antecedentes legislativos analizados antes y que demuestran sin lugar a la más mínima duda el propósito de impedir o hacer lo más difícilmente posible la defensa del acusado, al igual que en las peores tiranías y despotismos, tenemos las facultades judiciales de esconder las pruebas que podrían interesarle conocer a la defensa y al acusado. Es así como al paso que se autoriza que funcionarios simplemente administrativos y encargados del orden público pueden revisar cuando se les antoje la investigación adelantada, sin que para ellos pueda existir reserva alguna, se establece la facultad judicial de imponer esa reserva para el acusado y el Defensor, con respecto a las decisiones que se tomen dentro del proceso y el secreto de ciertas pruebas hasta el auto que cierra la investigación. Con lo cual se trata simplemente de impedir en la forma más incalificable y arbitraria, el libre ejercicio del derecho de defensa, del derecho de contradicción de la prueba, todo lo cual es característica clamorosa de los sistemas inquisi-

¹ Francesco Carrara, Lineamientos de práctica legislativa penal, Bogotá, Edit. Temis, 1988, pág. 333.

² Beccaria, De los delitos y de las penas, Edit. Temis, 1987, Santafé de Bogotá, págs. 17-18

35

tivos y no acusatorios. Y lo más grave de todo esto, es que se fundamentó estas medidas con el argumento de que se tomaban para garantizar el éxito de la investigación, lo que fácilmente puede dar lugar a pensar que es con el fin de que la prueba de cargo se mantenga incólume, invulnerable, sin poder ser controvertida, sin dar lugar a que el acusado o la Defensa la desmientan con otras pruebas de mayor credibilidad. Y esto es completamente inconcebible dentro de un Estado de Derecho, a la luz de una Constitución que supo volver por los fueros del sujeto pasivo de la acción penal al consagrar en su favor derechos inconculcables y garantías supremas para el ejercicio de su defensa.

Pero lo más censurable de estas disposiciones es que en forma calculada se concibieron para hacerle trampa a la misma justicia penal. Fue así como se consagró que esa drástica medida de la reserva de las decisiones judiciales y de la reserva de pruebas para el acusado y su Defensor, se levantaría una vez cerrada la investigación. Es decir, se reconoció el derecho antes violentado, para el preciso momento en que ya no puede hacerse valer, porque precisamente el auto que cierra la investigación, impide desde dicho momento la práctica de pruebas, aunque sea una tautología decirlo. Lo que puede perfectamente calificarse como una perversa burla legislativa a los derechos del acusado y del Defensor dentro del proceso penal, que fue precisamente contra lo que quiso reaccionar la Carta Política del 91, pero que ni el Gobierno de ese entonces, ni la Comisión Especial Legislativa quisieron recordar, o prefirieron olvidar.

J) Prohibición de expedir copias. Si algo faltare para que a la defensa se le estorbaran legislativamente todos los caminos para poder cumplir con eficacia la misión a él encomendada, lo tenemos en la prohibición de que se le expidan copias del proceso mientras no esté ejecutoriado el auto que califica el mérito del sumario. Para fundamentar tamaña prohibición, nunca hubo un argumento válido. Y al igual que en el caso anterior, cuando sólo

se permite conocer las decisiones judiciales y las pruebas mantenidas en secreto, cuando se cierra la investigación y no hay forma de controvertirlas para impedir así una resolución acusatoria, ahora con la prohibición de expedir copias hasta la etapa procesal mencionada, se busca dificultar el ejercicio de la defensa. Unicamente se podrán expedir copias cuando el mal judicial ya se ha ocasionado, es decir, cuando se ha proferido Resolución acusatoria contra el reo. Y para que quedara bien claro que se trataba de implantar un sistema inquisitivo y no uno acusatorio, se consagró radicalmente que en cambio el Agente del Ministerio Público tendría derecho a que se le expidan copias de cualquier parte de la actuación. Y este desequilibrio entre los dos poderes, el de la acusación y el de la defensa, nadie puede negar que es propio del más vehemente y rotundo sistema inquisitivo.

Así se podría continuar haciendo el deprimente análisis de esa legislación con la cual se estrenó nuestra Carta Fundamental. Nadie entonces con razón podrá negar que resultó un desmedido insulto al Estado de Derecho y la más censurable violación al Estatuto Supremo, todas las consagraciones legales que se le entregaron a la Fiscalía General de la Nación para que rigiera la investigación y la acusación por los delitos previamente señalados.

A nadie le puede entonces quedar la más mínima duda de que esta justicia llamada regional está en contravía de toda nuestra noble tradición jurídica, ya que viola el principio del juez natural, ya que no puede calificarse así al funcionario judicial que permanece sin identidad dentro del proceso penal, que jamás puede ser conocido por los sujetos procesales, ni siquiera escuchar su voz natural, porque lo que casi sin entender llega a los oídos a través de los deshumanizados cubículos, es una voz distorsionada que le quita toda dignidad y majestad a la justicia. Y por si esto fuera poco, como lo hemos visto en páginas

anteriores, nadie que conozca dicha legislación podría decir que con ella se respeta el derecho de defensa y todos los demás principios que forman parte del debido proceso.

Sin embargo, cuando en el mes de mayo del año en curso se debatió en el Congreso sobre la continuidad o no de la justicia regional, hubo parlamentarios que la defendieron diciendo tal cantidad de insensateces e inexactitudes, que no pueden sino calificarse como de mala fe o ignorancia atrevida para hablar sobre estos temas. Uno de esos congresistas fue el senador Luis Guillermo Giraldo, quien con todo desparpajo e irresponsabilidad fue capaz de decir algo que nadie hasta ahora se había atrevido a decir, porque contradice en forma absoluta la verdad. Estas son sus palabras textuales: «Sería una grave irresponsabilidad del Congreso desmontar la justicia sin rostro. Es una jurisdicción que tiene un juez natural y en la cual se respetan las garantías básicas del debido proceso y a la defensa. Acabarla traería graves consecuencias para el país»³

Esa «grave irresponsabilidad» de que habla el senador, no es otra que la suya, porque el concepto que hemos subrayado, nunca antes alguien se había atrevido a expresarlo, porque habría sido una enorme mentira. Lo grave fue que con esa falsedad y otras que se adujeron, se logró la mayoría en las comisiones constitucionales de ambas cámaras para que esa justicia continuara siendo una vergüenza para Colombia.

CAPITULO II

EL NUEVO CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

Dado lo extensa que está resultando esta ponencia, resultaría demasiado prolongada si nos detuviéramos también en el estudio de las normas realmente inconstitucionales que fueron aprobadas por la Comisión Especial Legislativa y que hicieron parte del Código de Procedimiento Penal expedido por el Gobierno

³ El Tiempo, mayo 24/95, pág. 3A.

de ese entonces. Por eso nos concretaremos a unas pocas disposiciones de dicho Estatuto, para que se advierta cómo en dicha oportunidad legislativa también se hizo caso omiso de la Constitución que muy poco antes se había promulgado. Veámos unos ejemplos:

a) **Principio de contradicción.** En dicho código se consagra una clara desigualdad ante la Ley, prohibida por la Constitución, cuando se establece que en los procesos penales de que conocen los jueces regionales durante la investigación previa, no habrá controversia probatoria. Y para que la disposición resultara aun más aberrante, se dijo que cuando se hubiera rendido versión preliminar, el Defensor y el imputado podrán conocer las diligencias adelantadas. Es decir, un Defensor y un acusado convertidos en convidados de piedra frente a unas acusaciones penales sobre las cuales se les prohíbe toda controversia. Cuando es precisamente en éste momento cuando se debería tener la oportunidad de que el acusado demostrara su inocencia, por simple economía procesal, para evitar así el que se abra un proceso penal con todas sus contingencias, prolongado en el tiempo y con una carga de trabajo más para la Justicia penal. La experiencia judicial ha demostrado cómo la prudencia de muchos fiscales al preferir una indagación previa para establecer si realmente se ha cometido o no un delito, ha evitado la apertura del proceso penal con todas sus consecuencias.

b) **Testigos secretos.** Como si no hubiera sido suficiente lo consagrado al respecto con la legislación de orden público aprobada y en la cual se introdujo la figura de los testigos secretos, vino el nuevo Código de Procedimiento Penal a establecer lo mismo. Así fue como dijo y ya no con el argumento de garantizar el éxito de la investigación sino la seguridad del testigo, se autorizó que éstos se identificaran únicamente con su huella digital. Y para que resultara bien enfáticamente que se trataba de un sistema inquisitivo y no acusatorio, se estableció

que el Juez y el Fiscal conocerán de la identidad del testigo para efecto de la valoración de la prueba, manteniéndose ésta reservada para los demás sujetos procesales. Es decir, que según este sistema, la valoración del testimonio incriminatorio no interesa sino a los funcionarios judiciales. De donde se advierte en forma evidentísima, que los propósitos legislativos en dicha materia, son los de cuidar que los cargos hechos al acusado no vayan a ser desvirtuados por éste o por su Defensor mediante los llamados contrainterrogatorios de parte. Siempre hemos visto que el legislador procura cuidar la prueba de cargo, no someterla al riesgo de ser desvirtuada, no dejarla a la libre controversia sino cuando ya por muchas razones resulte más difícil controvertirla, como cuando se ha cerrado la investigación o se ha calificado el mérito de la misma.

c) **Prohibición de defensor.** Si en algún momento de los inicios de un proceso penal es más necesaria la presencia de un Defensor, es cuando el acusado es sorprendido en flagrante delito. Decimos que es cuando resulta más necesaria esa presencia, porque es cuando el imputado tiene sobre sí el peso enorme de una prueba de autoría material que resultará imposible de desvirtuar. En cambio la prueba de culpabilidad que es algo distinto, dependerá en mucho de las explicaciones y motivos que aduzca en relación con el hecho cometido. Y como esas primeras manifestaciones van a seguir teniendo una especialísima importancia a todo lo largo del proceso, no es conveniente que ante un simple empleado de policía judicial pueda rendir esa primera versión libre. Diligencia de tanta importancia no podía dejarse en manos de la Policía Judicial, mucho menos cuando se autoriza que sea sin la presencia del Defensor. Cuando dentro de un verdadero sistema acusatorio, el primer derecho que se consagra ante la Constitución o la Ley, es el de poder designar un Defensor desde el mismo momento de la captura.

d) **Prolongación de detención para los inocentes.** No solo

dentro de un sistema acusatorio, sino también del inquisitivo y de cualquiera otro por injusto y arbitrario que sea, la persona contra quien se ha incoado un proceso penal y que después de muchos meses e inclusive de varios años de exhaustiva investigación, se le exima de toda responsabilidad penal en primera instancia, es inmediatamente dejada en libertad, mediante una caución juratoria o prendaria, o hipotecaria como se usaba antes en Colombia. Es lo más equitativo y justo que deba producirse, ya que si el hecho por el cual se produjo la investigación o juzgamiento no era constitutivo de delito, o el acusado no lo cometió, o habiéndole cometido obró dentro de alguna de las causales de justificación o de inculpabilidad, es de imperativa justicia, que la libertad se produzca en forma inmediata, a través de una cesación de procedimiento, de una preclusión de la instrucción o de una sentencia absolutoria. Así lo prescribe el Código de Procedimiento Penal en el numeral 3o. del artículo 415. Sin embargo, en el mismo numeral se dijo que «en los delitos de competencia de los jueces regionales, la libertad prevista en este numeral sólo procederá cuando la providencia se encuentre en firme». Y al tenor del artículo 206 del mismo Estatuto, son consultables «en los delitos de conocimiento de los fiscales y jueces regionales...el auto de cesación de procedimiento, el auto de preclusión de la investigación y las sentencias». Es decir, que en esta clase de justicia «sin rostro», la declaratoria judicial de plena inocencia del acusado, no es suficiente para librarlo de la prisión, ya que tendrá que esperar a que el superior confirme la providencia de primera instancia, lo que puede demorarse meses y años.

Es evidente que con disposiciones de esa naturaleza se han violado muchos principios y postulados constitucionales, entre ellos, el de la igualdad ante la Ley, el de la presunción de inocencia, con mayor fuerza aquí por existir ya una providencia judicial que reconoce dicha inocencia o exención de responsabili-

dad. También se quebranta el ordenamiento constitucional cuando se consagra el derecho a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas, ya que nadie podría negar que es injustificado mantener privada de la libertad a una persona, cuando la misma justicia penal en primera instancia ha declarado que es inocente.

e). **Prohibición de la audiencia pública.** Siendo absolutamente incontrovertible que una característica fundamental del sistema acusatorio es la audiencia pública con jurado de conciencia, dicha institución quedó proscrita con la nueva Constitución colombiana. Pero quedó la audiencia pública ante el Juez de conocimiento, en la cual existe la intermediación de la prueba que se practique dentro de dicha audiencia, lo mismo que la oportunidad en que el procesado ofrezca directamente al juez una nueva explicación sobre los hechos imputados. Y fuera de ésto, se presenta el auténtico juicio de contradicción entre los sujetos procesales. La Defensa, por ejemplo, por hacer uso último de la palabra, tiene la oportunidad de controvertir los planteamientos que hayan hecho una eventual parte civil y el mismo Fiscal.

No obstante lo anterior, según el artículo 214 del Código de Procedimiento Penal, «en los procesos de competencia del Tribunal Nacional, no se celebrará audiencia pública». Es decir, que la defensa tendrá que hacerse por escrito, que no habrá controversia pública entre las partes, y obviamente, que nunca se conocerá al juez encargado de dictar sentencia, por todo lo cual el procesado no tendrá que comparecer a ningún despacho judicial con motivo de las instancias que se surten en el juzgamiento.

Como debemos abreviar, porque faltan aspectos fundamentales sobre los temas de la presente ponencia, lo visto hasta aquí es un claro ejemplo, en primer lugar, de que la Constitución Colombiana fue dejada de lado en forma deliberada, cuando el Gobierno anterior y la Comisión Especial Legislativa dieron origen a la legislación de los fiscales, jueces Regionales y del Tribunal Nacional, y en segundo lugar, que todo lo legislado

42

tanto en los Decretos que fueron expedidos por el Ejecutivo sin haber sido improbados por la Comisión Especial Legislativa, como en el Código de Procedimiento Penal que tuvo ese mismo origen, están enmarcados en el más odioso y repugnante sistema inquisitivo.

Si miramos los principios que caracterizan el sistema acusatorio, clamorosamente veríamos que en materia de justicia penal, Colombia está muy lejos de estar matriculada dentro de dicho sistema, pudiendo decirse francamente que el que ha prohibido se acerca más al inquisitivo que al acusatorio, por lo menos en la justicia que se imparte a través de los fiscales, jueces y magistrados «sin rostro». Tal vez lo que más se cumple en dicha justicia es que la investigación y el juicio están en cabeza de funcionarios diferentes y que no puede existir un juzgamiento sin que previamente se haya presentado acusación por parte de la Fiscalía. Pero como se ha visto, los otros principios básicos del sistema acusatorio, desaparecieron por completo en dicha legislación, como el de la oralidad, ya que en ninguna de sus instancias es posible la expresión oral; el de la publicidad, por cuanto todo es secreto, no hay audiencia pública y hay facultades para mantener en secreto ciertas pruebas y hasta determinados momentos procesales; el de la inmediación, ya que en un buena parte, las pruebas son recibidas y practicadas por funcionarios o empleados distintos a los titulares de la Fiscalía, del Juzgado y de la magistratura, por lo cual no se cumple el ideal de un «proceso de cara al pueblo»; el de la concentración, puesto que con lo injustificadamente que resultan demorados los procesos penales, casi siempre por varios años, las dilaciones injustificadas no permiten una adecuada continuidad de la causa perdiéndose de esa manera un conocimiento integral del proceso; la contradicción, por cuanto su mismo carácter ausente de la oralidad, de la publicidad, no es posible que entre en vigor el principio de contradicción, ya que a diferencia del acusado y de su Defensor,

todos los demás protagonistas del proceso, denunciante, testigo, perito, delator, fiscal, juez y magistrado, son secretos; la igualdad ante la Ley, porque no hay justificación alguna el que la investigación y juzgamiento por determinados delitos, sus presuntos autores no puedan estar en las mismas condiciones de igualdad para ejercer su derecho de defensa.

Y como bien se ha visto, todos estos principios que caracterizan el sistema acusatorio están negados en nuestra legislación procesal, sin contar con otros también despreciados por el legislador, como el derecho a la libertad, a los subrogados penales y muchos otros beneficios que en forma general consagran y han consagrado nuestras instituciones procesales. Y como más adelante lo analizaremos, la introducción en nuestra legislación del odioso personaje del delator, si que le suministra una connotación francamente inquisitiva a nuestro sistema procesal, delator que nunca puede ser llamado a una legislación orientada hacia el sistema acusatorio. En cambio en el sistema inquisitivo, que se caracteriza por el secreto, la escritura, la delegación de funciones, la negación del juicio de contradicción, la figura del delator es como connatural a dicha filosofía, le pertenece como a su sombra. El sistema inquisitivo es más propio de regímenes autoritarios, de gobiernos alérgicos al Estado de Derecho, mientras que el sistema acusatorio pertenece más a las instituciones demoliberales, a los Estados en donde las garantías y derechos del procesado se respetan no tanto en la letra de sus Constituciones, leyes y códigos, como en la praxis judicial.

Por todo esto, somos solidarios con el luminoso pensamiento de Ricardo Levene (h), cuando al reafirmar su adhesión al sistema acusatorio, dice: «...a través de todos los trabajos reafirmamos nuestra fe en los grandes y modernos principios del proceso penal, que tratamos de fundamentar: publicidad del sumario para las partes, amplia defensa del imputado, oralidad, publicidad, inmediación, contradicción y continuidad del juicio, sana crítica

para la valoración de las pruebas...garantías máximas para la libertad, el honor y el patriotismo de las personas, bienes afectados por el proceso, y seguridad, rapidez y economía, como objetivos primordiales de una buena justicia»⁴. Son como quince principios característicos del sistema acusatorio y que como se ha visto, no figuran en el ordenamiento jurídico de lo que se ha dado en llamar entre nosotros, la justicia «sin rostros». Y son principios que en una buena parte están consagrados en la Constitución del 91 o se desprenden de una interpretación sistemática de la misma.

Pero si en lo que llevamos visto hasta ahora (Los Decretos Ejecutivos citados al principio y el Código de Procedimiento Penal) constituyen por separado y en conjunto la más audaz y atrevida violación de la Carta Fundamental, tanto más evidente se hacen esas violaciones, cuando con esa misma legislación se hizo caso omiso de un claro mandato constitucional previsto en el Capítulo sobre la Fiscalía General de la Nación y que es como el arco total de dicha institución. Se trata del artículo 252 que dice: «Aun durante los estados de excepción de que trata la Constitución en sus artículos 212 y 213, el gobierno no podrá suprimir, ni modificar los organismos ni las funciones básicas de acusación y juzgamiento».

Con tan clara y terminante disposición, quiso la Constituyente cerrarle el paso a las tradicionales legislaciones de emergencia en materias penales y de procedimiento, siempre que se declarare el Estado de Comoción Interior. Sin embargo y tal como se ha visto en las páginas anteriores, en los pocos ejemplos que hemos ofrecido, resulta de una palmaria objetividad, que las funciones básicas de acusación y juzgamiento han sido sensiblemente alteradas en nuestro ordenamiento jurídico.

Como todos los gobiernos que en Colombia han sido en los

⁴ Ricardo Levene, Sistema acusatorio criminal y juicio oral, Lerner Editores Asociados, Buenos Aires, 1986, pág. 85.

últimos cuarenta años, tuvieron la estereotipada tendencia hacia el desbordamiento de sus limitadas facultades cuando se declaraba el Estado de Sitio, quiso la nueva Constitución ponerle un freno a esos tradicionales abusos en la manera de legislar. Y para no recordar sino un ejemplo, tenemos que si por algo se caracteriza la etapa del juzgamiento es por la oralidad, la publicidad, la contradicción, la inmediación, todo lo cual quedó suprimido con la prohibición de la audiencia pública en los procesos de competencia de los jueces regionales. Todo lo cual nos permite concluir que la justicia que ahora se imparte en ese campo, es claramente violatoria de la Carta Política, así una Corte Constitucional haya declarado exequible la legislación que la creó. Y tanto quiso la nueva Carta Política sustraer al Ejecutivo de toda injerencia en la reforma de los procedimientos judiciales, que ya vimos cómo la Constitución en su artículo 150, numeral segundo, le atribuye dichas funciones en forma exclusiva al Congreso de la República, al que le prohíbe en la misma disposición, conferirle dicha facultad al Ejecutivo. La experiencia que se tuvo con el permanente abuso del artículo 121 de la Constitución del 86, al amparo del cual, una vez declarada la turbación del orden público y en Estado de Sitio toda la República, el Ejecutivo legisla a su antojo, hizo que el Constituyente del año 91 le impusiera claras barreras a esos abusos de poder. Pero como se ha visto, todo ha sido en vano, ya que la misma Ley Estatutaria sobre Estados de Excepción y que increíblemente la Corte Constitucional le impartió su aprobación a través de la declaratoria de exequibilidad, constituyó un ataque violento contra la Carta Política y con lo cual quedamos en peores condiciones a las que dio lugar el artículo 121 de la Constitución del 86.

CAPITULO III

EL FUNCIONAMIENTO DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION

a) Una Fiscalía de cara al país. Creímos fundadamente que con la creación de la Fiscalía General de la Nación se le abri-

rían mejores y más amplios caminos a la justicia penal. Pero no fue así, porque desde sus comienzos lo que ha visto el país es mucha difusión de los delitos que se cometen a diario, pero a la vez mucha impunidad por los mismos. Es cierto que la Fiscalía como institución ha adquirido mucha nombradía, porque a diario su titular ha estado frente a todos los medios de comunicación dando cuenta de todas sus actividades. Se ha visto sí muy acuciosa la Fiscalía en actividades represivas contra cierta delincuencia, como si todas las que hay en el país no fueran igualmente graves para la convivencia ciudadana. Precisamente un periódico caracterizado por su serenidad en el análisis de estas situaciones, escribió en sus páginas editoriales que «lo que existe es un espíritu vitrinero, apoyado en cámaras de televisión que muestran al país contingentes de soldados que irrumpen frenéticamente en toda clase de inmuebles»⁵

Ha sido, es cierto, una Fiscalía de cara al país, pero a nuestro juicio, y por ello mismo, contraproducente, ya que desde allí y en forma perjudicial para la investigación penal, se ha violado la reserva del sumario, se dan a conocer las pruebas recogidas contra determinadas personas, se anuncian autos de detención o resoluciones de acusación, dada la forma en calificar el mérito de las pruebas recaudadas dentro de los respectivos procesos penales. Desde allí y utilizando los medios masivos de comunicación, incluyendo las ruedas de prensa, se conocen anticipadamente los autos de detención, las resoluciones de acusación, las órdenes de captura, las imputaciones públicas aun antes de abrir siquiera una indagación preliminar. Y lo más grave, desde la Fiscalía General de la Nación, cuando se produce una medida de aseguramiento o resolución acusatoria, se ha visto al Fiscal General defendiendo dichas providencias con el argumento de estar muy bien fundamentadas, haciendo así nugatorias las apelaciones

⁵ El Tiempo, mayo 18/95

contra dichas providencias, ya que los fiscales de segunda instancia que habrían de conocer de dicha apelación, se verían muy inclinados a tenerlas que confirmar, por la presión pública que ya ha hecho su superior jerárquico. Pero ya veremos más adelante, cómo de acuerdo con la organización jerárquica que se dio la Fiscalía, esas apelaciones a las providencias de primera instancia, se tornaron completamente inútiles.

b **Las órdenes sobre cómo aplicar la Ley.** Donde verdaderamente exista el imperio de la justicia, los jueces y fiscales deben ser completamente autónomos para aplicar la ley, absolutamente independientes para interpretar las normas del ordenamiento jurídico. Sus superiores jerárquicos no pueden influir sobre su criterio sino de una manera indirecta, a través de la doctrina y la jurisprudencia. De manera que un funcionario judicial, a sabiendas de que su superior tiene una concepción distinta de la Ley, puede apartarse de su criterio para imponer el suyo propio. Si no fuera así, la justicia funcionaría a base de servilismo en los funcionarios de inferior categoría en la escala jerárquica. Y para infortunio de nuestra respetable tradición jurídica en estas materias, la Fiscalía General de Colombia ha funcionado con este criterio de acatamiento jerárquico, de sumisión al pensamiento del superior en asuntos para los cuales no puede existir la disciplina incondicional. Como si no se hubiera dicho tan clara y categóricamente en la Carta Fundamental, que los jueces, en sus providencias, sólo estarán sometidos al imperio de la Ley, y que la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial (Art. 230 C.N.).

Un triste ejemplo de lo anterior han sido las circulares con que la Fiscalía General de la Nación ha impartido órdenes a sus subalternos sobre la manera de aplicar la Ley. Un principio, por ejemplo, que nunca antes, ninguna Constitución, ninguna Ley, ningún código, ningún gobernante había tenido la audacia de

desconocer, como el de la aplicación de la Ley más favorable en materia penal, cuando se trate del tránsito de una legislación a otra, fue quebrantado en forma por lo demás escandalosa, cuando el Fiscal General anterior impartió órdenes a todos los fiscales del país, en el sentido de que dicho principio constitucional no tenía aplicación alguna para cierta clase de procesados, cuando entró en vigencia el nuevo Código de Procedimiento Penal. Lo que no es propio ni de un sistema acusatorio, ni siquiera de uno inquisitivo, sino de la arbitrariedad, del abuso del poder. Así se obligó a los fiscales de Colombia a prevaricar, porque contra su criterio en sentido contrario, tuvieron que cumplir las órdenes venidas de lo alto.

Una prueba sobre los alcances de esas órdenes sobre la manera de aplicar la Ley, la tenemos en la Circular 19 del siete de octubre de 1992, en donde se hace la terminante conminación de que «las distintas recomendaciones e instrucciones aquí contenidas deben ser observadas en su exacto sentido, hasta tanto no sean modificadas, reformadas o suspendidas en instructivos posteriores». Y no eran simples «instrucciones» indiferentes al contenido de las normas jurídicas, sino la manera de interpretarlas y aplicarlas como en cualquier dictadura. Como lo veremos en seguida, en donde se implantó en la Fiscalía General de la Nación una disciplina de tal manera férrea, piramidal, netamente vertical, en todo sentido, que se asemeja mucho a la militar, por lo cual se despersonalizó a los fiscales, se les restó independencia, se les mermó su autonomía en sus decisiones judiciales, causándole así un enorme perjuicio a la administración de justicia en el campo penal.

b) La obediencia debida. Tanto en el Decreto Orgánico de la Fiscalía (Decreto 2699 de 1991), como en las circulares dirigidas a los Fiscales Delegados en todo el país, se estableció que la Fiscalía General de la Nación se concibe bajo estos tres principios fundamentales: **UNIDAD DE GESTION, UNIFORMIDAD DE ACTUACION Y**

CONTROL JERARQUICO. Los tres términos contenidos en los tres principios, **UNIDAD, UNIFORMIDAD Y CONTROL**, ya de por sí están indicándonos la exclusión de todo disentimiento, de toda discrepancia en el ejercicio de la actividad judicial de los fiscales encargados de la investigación y acusación en el campo penal.

Prueba de lo anterior es que durante el ejercicio judicial de la Fiscalía General en su primer periodo, se sostuvo la tesis de que si bien era cierto que de acuerdo con la Constitución Política consagró que los funcionarios judiciales sólo estarían sujetos únicamente al imperio de la Ley, dentro de la misma quedaba incluido el Decreto 2699 de 1991, por lo cual los fiscales Delegados quedarían sometidos en un todo a la coordinación, dirección y control del Fiscal General y de sus superiores jerárquicos.

En virtud de las anteriores interpretaciones se sostuvo que el Fiscal General podía entonces orientar directamente o a través de sus delegados la actividad de instrucción y de acusación, por lo cual «no podía oponersele el principio de autonomía judicial», es decir, que no eran libres, que no eran independientes para proferir sus decisiones judiciales. Con esto se estaba introduciendo dentro de la justicia penal un principio realmente contrario a toda nuestra tradición jurídica en materia de independencia funcional de nuestros funcionarios adscritos a la Fiscalía General. Con ello las diversas instancias sobre control jurisdiccional de las providencias de primera instancia quedarían sin relevancia alguna, sometidas inexorablemente a la confirmación del superior en virtud de los citados principios de **UNIFORMIDAD DE ACTUACION, UNIDAD DE GESTION Y CONTROL JERARQUICO.** Esto llevó a Antonio José Cancino Moreno a decir lo siguiente:

«...Ya en reiteradas oportunidades, la Corte Constitucional ha dicho con énfasis muy especial que la jerarquía, la uniformidad y las influencias que puedan ejercer los superiores sobre los inferiores en la institución de la Fiscalía, son de carácter

eminente administrativo y que, en consecuencia, cada uno de los fiscales, al tomar sus determinaciones de fondo, al dictar, por ejemplo, un auto de detención o una resolución acusatoria, obran y deben obrar, si no quieren marginarse de la ley, con absoluta independencia de sus superiores, sin la imperiosa necesidad de consultarles el contenido de sus resoluciones, sin dejarse influenciar por órdenes o exigencias de funcionarios que puedan ostentar una posición más alta. Las épocas de distorsión en las que el anterior fiscal expresaba que el inferior debía cumplir sus mandatos frente a la sustancialidad de las providencias, o en las que el vicefiscal decía que los recursos de apelación deberían desaparecer porque eran inocuos, innecesarios e impertinentes, frente a la organización jerárquica de la Fiscalía, afortunadamente ya pasaron, toda vez que así lo determinó, sin lugar a duda alguna ni a torcida interpretación, nuestro máximo tribunal constitucional».

Criterio anterior que compartimos plenamente, salvo en la creencia de que esa situación anómala haya quedado superada con lo dicho por la Corte Constitucional, ya que los Fiscales de Colombia o ignoran el pronunciamiento constitucional, o conociéndolo, continúan con los mismos aberrantes procedimientos. Lo cierto es que el Fiscal General de la Nación, ni ha rectificado esa nefasta política anterior, ni le ha informado a sus subalternos lo dicho al respecto por la Corte Constitucional.

Es bueno conocer entonces lo que se dijo y aplicó en la primera etapa de la Fiscalía General de la Nación. Se reduce a que el derecho de defensa a través del recurso de apelación de las providencias de primera instancia se consideró completamente ineficaz, cuando se dijo que « por éstas razones estimamos inocua e inconveniente la existencia de la doble instancia en la institución, por carecer de sentido lógico frente a una organiza-

ción como la que el estatuto ha propuesto». Lo que quiere decir que los funcionarios de segunda instancia, en el evento de las apelaciones de las providencias de primera instancia, tendrían que confirmarlas en obediencia jerárquica de dichos principios, en virtud de los cuales dichas apelaciones resultarían «innocuas», «inconvenientes» y «por carecer de sentido lógico». De donde habría que presumir que las providencias proferidas en primera instancia por los Fiscales Delegados quedarían por fuera del derecho a la impugnación, así hubieran sido dictadas con abierta violación de las normas de derecho y de los postulados de justicia. Es decir, intocables por el superior jerárquico, por «carecer de sentido lógico» y por «inconvenientes» frente a una organización como la consagrada por el Estatuto Orgánico de la Fiscalía. Y esto, que no tiene antecedentes en ninguna legislación del mundo, es un verdadero atentado contra el Estado de Derecho, es una franca y abierta violación de los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos aprobados por la ONU y suscritos por Colombia, en virtud de los cuales se consagra el derecho para todo procesado a una segunda instancia sobre las providencias en su contra dentro del proceso penal, principalmente aquellas que afectan su libertad individual.

CAPITULO IV

LA DEPENDENCIA JERARQUICA DE LOS FISCALES DELEGADOS

Estrechamente conexo con el tema anterior está el de la sujeción de los Fiscales Delegados a la autoridad y dirección del Fiscal General. Así se estableció en el artículo 19 del Estatuto Orgánico de la Fiscalía (Decreto 2699 de 1991), cuando consagró que «los fiscales delegados actuarán siempre en representación de la Fiscalía General de la Nación bajo la dependencia de sus superiores jerárquicos y del Fiscal General». Y aunque la disposición no tiene la misma contundencia de los principios rectores a que se hizo referencia en el capítulo anterior, los de UNIDAD DE

GESTION, UNIFORMIDAD DE ACTUACION Y CONTROL JERARQUICO, ello le sirvió a la Corte Constitucional para fijar el alcance definitivo de dicha norma. En la impugnación se dijo ante la Corte Constitucional, que dicha disposición infringía el principio de autonomía e independencia que debe caracterizar no sólo a los jueces, sino también a los fiscales, quienes en sus decisiones están sometidos únicamente a la Constitución y la ley, y porque dada su dependencia del superior carecerían de la imparcialidad, autonomía e independencia suficientes al expedir los actos que les compete.

En dicha oportunidad (Diciembre 6 de 1994), con ponencia del magistrado CARLOS GAVIRIA DIAZ, dijo la Corte Constitucional:

«En consecuencia, no le está permitido al Fiscal General de la Nación, como a ningún otro funcionario de la fiscalía, injerir en las decisiones que deban adoptar los demás fiscales en desarrollo de su actividad investigativa y acusadora, ni señalarles criterios relacionados con la forma como deben resolver los casos a su cargo, ni cómo deben interpretar la ley, pues se atentaría contra los principios de independencia y autonomía funcional del fiscal»⁷

Un criterio contrario al transcrito, inconcebible en una democracia y bajo un Estado de Derecho, avasallaría con principios fundamentales del debido proceso, con las reglas garantistas que deben prevalecer siempre que se trate de investigar, acusar y juzgar a un hombre. Sólo en una dictadura, bajo un régimen de tiranía es posible que en el campo de la justicia penal los superiores puedan trazarle a los funcionarios judiciales de rango inferior, la manera como deben proceder al dictar sus providencias. Sin embargo, vimos en el capítulo anterior cómo en la defensa de esa dependencia jerárquica se llegó a escandalizar al pensamiento jurídico colombiano al sostenerse desde la Fiscalía General de la Nación que «estimamos inocua la existencia del

7 Jurisprudencia y Doctrina. Legis, No. 278, pág.175

principio de la doble instancia en la institución, por carecer de sentido lógico frente a una organización como la que el estatuto ha propuesto».

Lo anterior jamás se había dicho en Colombia a todo lo largo de su vida jurídica e institucional. Y lo grave no es que se haya dicho, sino que ha sido una nefasta política que se impuso, por lo cual las apelaciones han llegado realmente a ser «inocuas», por la indefectible confirmación. La inutilidad de estas apelaciones se pudo advertir cuando en ciertas ocasiones el propio Fiscal General de la Nación sostenía en ruedas de prensa que determinadas medidas de aseguramiento o resoluciones acusatorias estaban bien sustentadas por el funcionario de primera instancia. De donde lo único que quedaba por hacer de parte del funcionario de segunda instancia (subalterno del Fiscal General) era la confirmación. Por eso la Corte Constitucional puntualizó en ese mismo fallo:

«De aceptarse que el Fiscal General de la Nación o los superiores jerárquicos de los fiscales pudieran entrometerse en los procesos penales, se tornaría la segunda instancia en un mecanismo totalmente inocuo, en detrimento del investigado y con violación del debido proceso, puesto que quien iría a fallar no sería un funcionario imparcial e independiente, como lo debe ser cualquier juez, sino un funcionario ligado a unas órdenes u orientaciones, que está obligado a cumplir».⁸

Pero estas directrices que ha trazado la Corte Constitucional han sido en vano. Es muy probable que dichas decisiones no las conozcan los fiscales de Colombia, pero quien ha estado obligado a hacerlas conocer es la propia Fiscalía General de la Nación de cuyos despachos no hemos conocido que hayan rectificado en forma absoluta los iniciales principios de **Unidad de Gestión, Uniformidad de Actuación y Control Jerárquico**. Lo que equivale a

⁸ Ob. cit. pág. 175

54

decir que allí sigue imperando una obediencia jerárquica, que no hay independencia en la manera de administrar justicia, porque hay unas reglas de sumisión que deben cumplirse. Y tan cierto es esto, que en un documento oficial del 19 de abril del año en curso, originado en los despachos de las fiscalías, se dijo que «ante todo debe reconocerse que la Fiscalía General de la Nación es un ente híbrido que envuelve funciones no sólo de investigación sino de naturaleza jurisdiccional, y en su operación actúa guiada por los criterios rectores de uniformidad de actuación, unidad de gestión y control jerárquico».

Toda esta política orquestada por la Fiscalía General de la Nación, sólo le ha producido perjuicios y una mala imagen a la justicia penal. A unos decretos del Ejecutivo dictados bajo el Estado de Sitio anterior a la Constitución vigente, al igual que un Código de Procedimiento Penal aprobado también por la Comisión Especial Legislativa, lo mismo que el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación, se sumaron las circulares emanadas de dicha institución y que no han sido revocadas, en las cuales se impartieron órdenes sobre cómo entender la Ley, cómo aplicarla, en qué forma deben ser los procedimientos. Con lo que se advierte la manera indigna y afrentosa de como se trata a los funcionarios judiciales, al someterlos a un régimen de disciplina jerárquica fuera del campo meramente administrativo. Esto ha empañado nuestra justicia, le ha quitado credibilidad, le ha hecho perder confiabilidad, porque con ello se ha abusado del derecho y se han violado las normas constitucionales y legales que rigen el debido proceso. Analizar las circulares que en dicho sentido se han expedido por la Fiscalía General de la Nación, sería tarea de un verdadero tratado. Por eso brevemente mencionaremos algunas que tienen que ver con la forma de aplicar la Ley.

En la circular 00019 del siete de octubre de 1992 se impartieron instrucciones sobre cómo se debe proceder a la terminación anticipada del proceso, conminando a los fiscales a

ceñirse en forma estricta a lo ordenado. Se les dijo :«Las distintas recomendaciones e instrucciones aquí contenidas **deben ser observadas en su exacto sentido**, hasta tanto no sean modificadas, reformadas o suspendidas en instructivos posteriores». En dicha circular se impartieron 21 instrucciones sobre cómo proceder. De igual manera, por la circular No. 13 del 24 de agosto de 1991, también como instrucciones para el procedimiento a seguir en la Terminación Anticipada del Proceso, se enviaron a todos los fiscales 20 instrucciones, bajo la siguiente admonición: «Las distintas instrucciones aquí contenidas deben ser observadas en su exacto sentido, en cuanto constituyen criterios generales que formula este Despacho, hasta tanto no sean modificadas, reformadas o suspendidas en instructivos posteriores».

No puede entonces quedar la menor duda, por cuanto estas políticas no se han rectificado, que la Fiscalía General de la Nación en ningún momento ha correspondido a la letra y al espíritu de su creación por la Carta Fundamental. Allí nadie, distinto a los funcionarios de la cúpula, se puede sentir completamente libre en sus decisiones, definitivamente autónomo en la aplicación de la Ley, porque además de la injerencia en sus asuntos por parte de los superiores, por ahí andan unos Coordinadores de Fiscalías con amplias facultades de intrusión en los procesos penales adelantados por los Fiscales. Son a manera de unos fiscales sobre los fiscales, porque controlan sus actuaciones, deciden quiénes investigan o califican el mérito de las instrucciones, cuando no es que se declaran inconformes y pretenden la rectificación de providencias que no comparten. Que no nos pidan las pruebas sobre el particular, porque esto es de dominio público en el ámbito forense y judicial.

CAPITULO V

LA FISCALIA GENERAL Y LOS BENEFICIOS PROCESALES

No nos vamos a detener en el triste capítulo de la directa intervención de la Fiscalía General ante el Gobierno, a fin de

que decretara el Estado de Conmoción Interior únicamente para impedir que al entrar en vigencia una nueva legislación en materia procesal penal, algunos sindicatos de ciertos delitos, pudieran invocar el derecho a una libertad provisional, a la luz de las nuevas disposiciones. Indudablemente que el haberlo hecho así, se utilizó tan altísima dignidad para incitar al Ejecutivo a conculcar unos derechos procesales que a su vez estaban garantizados constitucionalmente. Pero lo más censurable fue que se provocó ese Estado de Conmoción Interior, no para impedir la libertad de empedernidos criminales, sino de sindicados inocentes o contra quienes no había prueba para mantenerlos privados de su libertad. Esa fue la confesión pública hecha por la Fiscalía cuando dijo que «de los 840 investigados, la Fiscalía asegura que 400 quedarán en libertad por falta absoluta de pruebas, la mayoría de ellos detenidos por las Fuerzas Armadas sin ninguna evidencia», y que los restantes son «comprometidos en investigaciones por porte ilegal de armas, delitos menores de narcotráfico, como cuidaderos de laboratorio y pequeños cultivadores de droga». Y así el señor Fiscal anterior, a sabiendas de la inocencia de muchos de esos sindicados, o de que no había contra ellos prueba sería que justificara su detención, en lugar de ser el funcionario judicial garante de los derechos de los procesados, se coaligó con el Presidente de la República de ese entonces, para conculcar esos derechos a través de un Decreto sobre Conmoción Interior.

No se puede olvidar que la primera declaratoria de Conmoción Interior a la luz de la nueva Carta Política, también fue por iniciativa de la Fiscalía General de la Nación, cuando mentirosamente agumentó «serias perturbaciones del orden público», para que se «adopten las medidas que estime pertinentes», al decirle en carta al Presidente de la República que « se han presentado numerosas solicitudes de libertad provisional y acciones de Hábeas Corpus». Esa Fiscalía se hizo así una vez más responsable

de una vergonzosa violación de la Carta Fundamental, porque no sólo impidió el reconocimiento de unos derechos procesales, sino que suspendió el Hábeas Corpus, que no siendo creación legal sino consagración constitucional, no podía ser afectado en manera alguna por decisión presidencial.

Pero así como la Fiscalía ha sido protagonista principal en la expedición de normas conculcadoras de los derechos de los procesados, (En los Estados de Conmoción Interior), ahora la vamos a mirar pero en el campo contrario, esto es, liderando legislaciones extremadamente generosas en favor de los delincuentes y propiciando la impunidad de los delitos con el tratamiento tan benigno para los delatores. Ha sido tal la generosidad que ha defendido a ese respecto, que llegaron a hablar del «derecho premial» al que se debería apelar en vista del rotundo fracaso de la investigación penal a causa de la «falta de recursos técnicos o por falencias del recurso humano», según se dijo desde la misma Fiscalía. Y para conseguirlo propiciaron la expedición de legislaciones que según esa oficina fortaleciera la gestión judicial, como la delación, el pago de recompensas y la confesión del hecho o hechos punibles a cambio de beneficios de tanta consideración que podían llegar hasta la eximisión total de la pena a imponer. Los crímenes, por más azarosos que fueran, los convirtieron así en un verdadero negocio para los delincuentes. Se buscó romper la Ley del silencio en materia criminal ofreciendo tantos beneficios, que los delincuentes contra quienes ni siquiera había una investigación penal, ni por supuesto, ninguna orden de captura, se presentaron a la justicia para ser investigados. Desde luego que la política de sometimiento a la justicia ha dado frutos muy positivos, pero su desbordamiento hacia la creación legal de los delatores y de las millonarias recompensas y demás beneficios legales, le han dado un tono repulsivo a dicha política con la cual ha estado insatisfecha la sociedad. Así fue cómo para los peores delincuentes se llegó a prometer legalmente los siguientes

beneficios :

- 1) El perdón judicial
- 2) La reducción de penas
- 3) El pago de recompensas
- 4) El cambio de identidad
- 5) La cancelación de antecedentes judiciales
- 6) La eximisión de punibilidad
- 7) La libertad provisional
- 8) La detención domiciliaria
- 9) La exclusión de causales de agravación
- 10) La libertad condicional
- 11) La condena de ejecución condicional
- 12) La sustitución de la prisión por trabajo social
- 13) Redención de la pena por trabajo y estudio.
- 14) Preferimiento de auto inhibitorio,
- 15) Preclusión de la instrucción
- 16) Cesación de procedimiento
- 17) Exclusión del pago de multa
- 18) La no imposición de penas accesorias

No analizaremos la cantidad de decretos del Ejecutivo por medio de los cuales se consagró el ya citado «derecho premial» por colaboración eficaz con la Justicia, entre los cuales estuvo el No. 264 de 1993 que consagraba extraordinarios y generosos beneficios para los delatores y que fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional. Y como quiera que el argumento de fondo de ésta Corporación para declarar esa inexecutable fue el de que dicho decreto violaba el principio constitucional de la igualdad ante la Ley, el Congreso de la República mediante la Ley 81 de 1993 revivió dicho decreto, pero haciendo extensivos los beneficios del mismo, a todos los procesados, cualquiera que fuera el delito imputado.

Esa legislación fue para los delatores. Estos son los personajes que la justicia ha llamado a colaborar en los

últimos años, han sido sus contemplados, han sido sus auxiliares favoritos en el descubrimiento de determinados hechos punibles. Donde ha fracasado la criminalística como auxiliar de la justicia; donde la inteligencia de los instructores de nada ha servido para el recaudo de pruebas científicas encaminadas a desenmascarar a los criminales; donde la prueba testimonial no se asoma a los procesos penales por el temor a las represalias o por cierta solidaridad con los delinquentes, la justicia ha acudido a estos delatores sumergidos en el oscuro mundo de la delincuencia para que la asesore en su lucha contra el crimen.

Y saber que tan repulsiva institución fue defendida con el argumento de «que los deberes constitucionales de colaborar para el buen funcionamiento de la justicia y de solidaridad encuentran una forma de materialización en los contenidos de las normas consagradorias de beneficios para delatores y testigos». Pero esto es una mentira. Todos sabemos que un principio de solidaridad social obliga al ciudadano a poner en conocimiento de la justicia los hechos delictuosos de los cuales tenga conocimiento. Por ninguna parte de la Carta Política se encuentra consagrado que el participe de un hecho punible pueda resultar favorecido penalmente en virtud de una delación. Constitucionalmente no tiene ningún soporte tan estrafalaria tesis.

Se dijo también que «las falencias del aparato estatal para el descubrimiento de los criminales explica muy bien el tener que apelar a los mismos agentes del delito». Es la confesión paladina de que la causa de una legislación de esta naturaleza es la incapacidad del Estado para establecer la autoría y responsabilidad de ciertos delitos. Por eso el Estado está dispuesto a sacrificar muchos valores éticos en la concepción del Derecho y de la justicia, a perdonar inclusive a tenebrosos criminales, con tal de que traicionen a sus compañeros de delincuencia. Se puede perdonar una pena entre 40 y 60 años de prisión al autor material de un terrible magnicidio, a condición de que suministre el

nombre del autor intelectual del mismo hecho punible. Para qué recordar a tantos filósofos del Derecho, a tantos juristas, a tantos criminólogos que han censurado tan ominosa institución del delator en la justicia penal. Para no mencionar sino a BECCARIA, él decía: « Evidentes, pero consagrados desórdenes, y en muchas naciones hechos inevitables por la debilidad de la constitución, son las acusaciones secretas. Una tal costumbre hace a los hombres falsos y solapados...Pero si hubiese que dictar nuevas leyes en algún ángulo olvidado del universo, antes que autorizar semejante costumbre, me temblaría la mano y tendría toda la posteridad ante mis ojos»^e

Pero siendo esta una política criminal perniciosa de incalculables consecuencias desfavorables para la justicia penal y desmedro de los intereses sociales por el castigo al delincuente confeso o convicto, lo más grave que pueda ocurrir dentro del proceso penal es que el delator pueda permanecer por fuera de la controversia procesal, por la decisión de mantener oculto su nombre a fin de precaverlo de las retaliaciones de las personas acusadas por él. Fue tan tajante la legislación sobre protección de testigos y delatores, que una de las normas del decreto 264 declarado inconstitucional, establecía que el testigo no podría ser sometido a ninguna investigación en relación con los delitos que fueran materia de su testimonio, garantía que se le daba en forma definitiva y hacia el futuro, diciendo que en ningún tiempo podrían ser objeto de investigación o acusación por los hechos por los cuales hubieran rendido declaración. Es decir, que por arte de esta magia legislativa, ante la Ley, ante el código, ante las normas punitivas, el asesino, el terrorista, el narcotráficante, el guerrillero, el secuestrador, el extorsionista, quedan ríen puros, inmaculados, ciudadanos de honor, sin la mancha jurídica de los delitos relacionados con su testimonio, con tal

^e Beccaria, De los delitos y de las penas, Edit. Temis, Bogotá, 1987, pág. 17.

que se hubieran presentado a la justicia a dar cuenta de esos delitos con inculpación a otras personas. No tenían siquiera la calidad de imputados, no eran susceptibles de indagatoria, no tenían que preocuparse en lo más mínimo de su defensa. Su defensa estaba ya garantizada en la norma. Y por si esto fuera poco, ahí están todas las legislaciones de ayuda y protección a los testigos y delatores, no sólo para ellos, sino también para su familia, incluyendo el compañero o compañera permanente, ayuda y protección que incluye cambio de identidad y residencia en el extranjero por cuenta del erario, es decir, por cuenta de nosotros. Para saber que las mismas normas de ese decreto 264 declarado inconstitucional, se reprodujeron en la Ley 81 de 1993.

Sobre dicha Ley impulsada por la Fiscalía General de la Nación tenemos que expresar nuestro disentimiento hacia todas las normas que favorecen penalmente a los delatores que han confesado sus propios crímenes ante la justicia. Está bien que la persona que ha violado la Ley penal y se presenta a confesar sus conductas delictuosas, bien como un acto de arrepentimiento de su vida pasada, bien para querer saldar sus cuentas con la justicia, o por el propósito de adquirir los beneficios que da la Ley, pero cuando lo hace para encontrar los mismos favores legales a causa de la delación, creemos que es una colaboración que ni dignifica a quien la hace, ni honra a la justicia cuando la misma motiva al delincuente con los beneficios que obtendría por la delación.

Pero lo que al legislador no le ha importado, y por supuesto, a la Fiscalía General, es que con esa legislación a favor de los delatores, se ha generado más violencia, se han creado nuevos móviles para delinquir, se ha provocado más zozobra y más inseguridad dentro de la ciudadanía. Bien sabemos que los delinquentes también tienen sus códigos de honor, sus reglas de solidaridad, sus principios de lealtad entre sí, y que cuando se violan, cuando alguien los quebranta, viene lo que con la terminología italiana se ha dado en llamar la vendetta, es decir, la venganza,

la vindicta, la represalia que casi siempre resulta ser cruel, inmisericorde, inhumana. Una delación conocida por los acusados puede traer fácilmente la muerte no sólo del delator, sino también de su familia, padres, hermanos, esposa o esposo, hijos, nietos, etc.. Pero ésto no le ha importado al legislador pragmático, con tal de que ese delator que por dicha causa se convirtió en víctima de su delación, haya puesto en conocimiento de la autoridad judicial a su cómplice o participe en el delito.

Esta es la clase de justicia que le ha tocado impartir a la Fiscalía General de la Nación. Y como se ha visto, es evidente que los principios que la han regido jamás podrían inscribirse dentro del llamado sistema acusatorio, sino más bien dentro del inquisitivo. Y no sólo por lo que se refiere a las normas que orientan la justicia que se imparte en las fiscalías y juzgados regionales, sino también la que se aplica en la justicia ordinaria.

CAPITULO VI

LA FISCALIA GENERAL Y LA FALLA EN EL SERVICIO

Es necesario empezar por decir que hasta hoy, el funcionamiento de la Fiscalía General de la Nación no ha podido corresponder a las grandes expectativas y esperanzas que produjo su creación por la Asamblea Nacional Constituyente. Expresar todas las razones de ello desbordaría los límites de esta ponencia. Pero no se puede ocultar que el permanente afán protagonista de los titulares de la misma, ha desgastado enormemente la institución. La espectacularidad con que frecuentemente se manifiesta ante la opinión pública, muchas veces a través de ruedas de prensa, de reportajes en los cuales en forma por lo demás imprudente, perjudicial y abusiva se habla de los procesos penales, de las personas acusadas, de las pruebas recaudadas, y hasta del mérito para dictar posteriormente providencias privativas de la libertad. Ese mismo protagonismo y ánimo de estar figurando ante la opinión pública se advierte con frecuencia en los noticieros

de televisión cuando transmiten las imágenes tomadas en acciones militares de allanamientos, búsqueda y captura de personas.

Ese protagonismo inútil y pernicioso, desde luego que a muchos les crea una imagen positiva de la Fiscalía, pero quienes por alguna razón tienen que estar cerca a su funcionamiento, piensan indudablemente todo lo contrario. Desde luego que la persona más autorizada, desde todo punto de vista, para emitir un juicio imparcial y ajustado a la realidad, es el actual Fiscal General de la Nación. Y él ha dicho: « Yo encontré a una institución muy débil, muy congestionada, y que, sin lugar a dudas, no tenía claridad sobre la función misma del Fiscal, y sobre cuál era el perfil de ese funcionario. Encontré una institución con una capacidad de gestión muy baja. Yo encontré más Fiscal, que Fiscalía, y eso es muy grave, porque estamos frente a una institución que tiene más de 20 mil funcionarios y una inmensa responsabilidad frente a la coyuntura de la Justicia. Uno de los grandes problemas para enfrentar la impunidad, es la falta de una oportuna y medida justicia»¹⁰

Lo más grave de la tremenda acusación anterior, es que esos mismos términos se pueden decir y aplicar al funcionamiento actual de la Fiscalía General de la Nación. Son las mismas fallas, idénticos protagonistas, iguales procedimientos reñidos con el debido proceso, etc., etc.

Lo anterior lo confirman en forma más dramática los mismos fiscales, cuando en un documento que se ha hecho circular entre ellos mismos (abril 19/95) se dijo: « Uno de los problemas principales detectados en las áreas operativas de la Fiscalía General, ha sido la dificultad de darle plena aplicación a las nuevas formas procesales, establecidas para otorgarle a la justicia mayor eficiencia y transparencia. Así, por ejemplo, en el proceso de la aducción de la prueba se nota poco sentido de la

¹⁰ El Colombiano, mayo 16 de 1995, pág.

conducencia; se desconocen algunas garantías fundamentales que asisten a los sujetos procesales; hay dilación en no pocas ocasiones injustificadas en la solución de las investigaciones, que a su turno produce unos niveles de congestión alarmantes; se observan deficiencias en las técnicas de interrogatorio y un limitado bagaje teórico en el proceso deductivo, lo cual a su vez explica una pobre valoración jurídica de los hechos relevantes. Además, y no menos significativo el manejo del concepto de prueba mínima para acusar, ocasiona investigaciones interminables, por la errónea creencia que se requiere de la prueba suficiente para condenar».

Otro factor que ha contribuido al desprestigio de nuestra justicia en cabeza de la Fiscalía General a través de sus Fiscales Delegados, son los frecuentes errores judiciales cometidos, principalmente dentro de aquellos procesos por delitos que han conmovido hondamente a la sociedad colombiana. Los autos de detención sin fundamento, las Resoluciones Acusatorias sin mayor sustento probatorio y que después conducen a una cesación de procedimiento o sentencia absolutoria, han sido indudablemente circunstancias que le han generado desprestigio a dicha institución.

El síndrome de los autos de detención y de las resoluciones acusatorias ha sido un mal que ha aquejado a la Fiscalía General. La profusión de dichas providencias por parte de los Fiscales Delegados, con la comprobación posterior de su arbitrariedad o injusticia, han dejado la sensación ante la conciencia pública, o de la falta de buen juicio y sano criterio jurídico de los funcionarios judiciales, o simplemente el propósito de apantear ante el país con una eficacia y suficiencia en la misión encomendada. Lo cierto es que los frecuentes errores judiciales, la precipitación de sus decisiones procesales le han merchado muchos méritos a la institución. Precisamente a raíz de uno de esos atropellos contra la libertad individual cometido por una Fisca-

62

lía Delegada en contra de una señora completamente inocente del espantoso crimen que se le imputaba, el Fiscal General anterior no sólo repudió el hecho, sino que se pronunció muy severamente contra una buena parte de los fiscales Delegados :

« Ese caso fue dramático, terrible. A esa señora la detuvieron sin haber identificado ningún indicio grave. Es la evidencia de que estamos sufriendo el síndrome del auto de detención o el del apresuramiento por dictar autos injustificadamente. Creen que lo importante es detener gente a la loca y no a los verdaderos culpables. Siento una gran indignación y una gran tristeza de que tengamos funcionarios incapaces de evitar errores evidentes, groseros y burdos ».(Semana, Enero 24-31- 1994, No. 33, pág.18).

Ese síndrome del auto de detención y de la Resolución acusatoria no ha desaparecido. Los mismos Fiscales Delegados se mantienen insatisfechos por los resultados tan precarios de sus actividades investigativas, lo que atribuyen a la organización y régimen que se le ha dado a la institución. La impunidad es algo tan evidente, que los resultados estadísticos no rebajan del noventa y cinco por ciento de los delitos que no logran esclarecerse, o como en la ciudad de Medellín, en donde por estadísticas de la Procuraduría General de la Nación, el 97 % de los homicidios se quedan en la más absoluta impunidad. A todo esto se suma el permanente discurso oficial que junto con la actividad de la Fiscalía no salen de su obsesión permanente por reprimir el narcotráfico, cuando el resto de la delincuencia que azota al país no le merece el mismo empeño por combatirla, como la guerrilla, el paramilitarismo, la delincuencia de cuello blanco, la delincuencia oficial revelada en permanentes masacres y genocidios, la de los tenebrosos escuadrones de la muerte dedicados a la infame «limpieza social», etc. Todo ese sórdido mundo en donde el imperio del mal conspira contra el orden y las instituciones, eso no despierta tanta agresividad y beligerancia por parte de las autoridades encargadas de mantener el orden y administrar

justicia. Tal vez sea la razón de la enorme congestión de los despachos judiciales, en donde en la actualidad, por confesión misma de la Fiscalía General, hay 800 mil expedientes en curso, más 500. mil que le entrarán el próximo cuatro de julio provenientes de los juzgados municipales, lo que indudablemente va a producir una crisis de enormes consecuencias en la administración de justicia.

A todo lo anterior se debe agregar que en lo concerniente a cómo opera la justicia que se imparte a través de las Fiscalías Regionales, las conclusiones tienen que ser absolutamente negativas, tanto por lo analizado en los capítulos anteriores, como por la escases de funcionarios para atender los miles de procesos que por indagación preliminar, investigación y calificación cursan en todo el país. Sin comentario alguno, basta con decir que la dirección Regional de Fiscalías de Medellín comprende los Departamentos de Antioquia, Caldas, Córdoba, Chocó y Risaralda; que la de Santafé de Bogotá comprende 12 departamentos, Boyacá, Caguetá, Cundinamarca, Huila, Meta, Tolima, Amazonas, Casanare, Vichada, Guainía, Guaviare y Vaupés. Con estos ejemplos se establece en forma si se quiere dramática, que una inobjetable falla en el servicio de justicia por parte de la Fiscalía, es la falta de personal para atender miles de procesos penales a cargo de unos insuficientes fiscales por cada Dirección Regional de Fiscalías. Y eso, también con enorme daño a la sociedad ofendida con el delito, lo han tratado de solucionar encomendándole a personal incompetente, que no ha pasado por una facultad de Derecho, que no conoce nuestro códigos y leyes sobre la materia, la investigación de los gravísimos delitos que competen a los Fiscales Regionales. Se trata de los pomposamente llamados «Investigador Profesional Judicial Especializado de las Seccionales y/o Unidades», con amplias facultades de «realizar las investigaciones que le sean asignadas por el Jefe de la Sección de Investigación o de la unidad, lo mismo que practicar las

pruebas solicitadas por los fiscales y jueces y adelantar oficialmente las diligencias preliminares relacionadas con los hechos delictuosos que le sean asignados»

Tdo esto demuestra que miles de procesos penales en todo el país se mantienen en manos de personas que no son ni fiscales, ni jueces, ni tienen trayectoria en las disciplinas jurídico penales.

Falta todavía mucho por denunciar sobre lo que ha sido el mal funcionamiento de la Fiscalía General desde el momento en que comenzó su actuación institucional hasta hoy. Lamentamos que haya sucedido así. Ahora es cuando le concedemos la razón a quienes en ese entonces argumentaron que no se justificaba sustituir a los Jueces de Instrucción Criminal por los Fiscales de ahora. De todas maneras, la justicia penal si no ha empeorado, tampoco ha mejorado. Y las estadísticas que muestran los entes oficiales, establecen que la impunidad en este país es verdaderamente alarmante. No damos soluciones, porque ya nos equivocamos sobre el particular una vez en la Asamblea Nacional Constituyente. cuando de un Proyecto nuestro salió la creación constitucional de la Fiscalía General de la Nación.

CONCLUSIONES

1a. Si la Fiscalía General de la Nación hubiera funcionado con irrestricto acatamiento a las normas constitucionales, tanto a las de su misma creación como a los principios rectores sobre el debido proceso, la justicia penal no habría sufrido todo el deterioro y desprestigio conocido, sino que había trascendido a la nación con unos mejores perfiles de garantía institucional y de amparo de los derechos violados por la delincuencia. La Fiscalía General que ha funcionado en estos años, no es por lo tanto la misma Fiscalía creada por la Constitución del año 91.

2a. Como se ha podido constatar a lo largo de la ponencia, si las consagraciones constitucionales referidas a la justicia penal

se hubieran respetado en los decretos y Leyes dictados para la investigación, calificación y juzgamiento, tendríamos ahora un sistema jurídico más cercano al acusatorio y más alejado del inquisitivo.

3a. El excesivo y permanente protagonismo del Fiscal General de la Nación, su imprudente divulgación pública de pruebas y de personas investigadas penalmente, lo mismo que su imprudente conducta de estar hablando de la gravedad y firmeza de los indicios recogidos en determinadas investigaciones, han hecho de la Fiscalía General una institución demasiado parcializada en la misión que se le ha encomendado constitucionalmente. Los principios de la presunción de inocencia y del secreto de las investigaciones han sido quebrantados en aras de la publicidad y mantenimiento de una buena imagen de la Fiscalía.

4a. La organización piramidal que se le ha dado a la Fiscalía para su funcionamiento, ha traído como perniciosa consecuencia la dependencia funcional de los fiscales a sus superiores jerárquicos, hasta el punto de poder decir que no han tenido autonomía e independencia plenas en el ejercicio de sus cargos, en las decisiones a tomar dentro de los procesos penales. Se ha visto al Fiscal General haciendo ante los medios de comunicación la defensa de las providencias dictadas en primera instancia, ejerciendo de esa manera una indebida coacción ante el funcionario de segunda instancia, quien ante el concepto público de su superior jerárquico, se siente obligado a confirmar la providencia apelada.

5a. La mayoría de los fiscales del país son proclives a dictar autos de detención y resoluciones acusatorias, sin la existencia de la prueba necesaria para una y otra providencia. Por dicha razón, cuando en la audiencia pública tienen que asumir el cargo de acusadores, sus intervenciones se caracterizan por la mediocridad, la superficialidad y carencia de serios argumentos para invocar una sentencia condenatoria. De ahí que son más las

absoluciones que las condenas proferidas por los Juzgados del Circuito y los Tribunales Superiores.

6a. La justicia impartida a través de los Fiscales Regionales y las distintas instancias de la misma naturaleza, es absolutamente contraria a la Carta Política, así haya sido avalada por la Corte Constitucional. Y es inconstitucional, porque funciona en contra del Estado de Derecho y en contravía de todos los principios que regulan el debido proceso y a lo cual nos hemos referido en forma detenida y amplia en esta ponencia.

7a. Por todo lo dicho, creemos que la Fiscalía General de la Nación ha frustrado las grandes esperanzas que se vislumbraron con su creación en la Carta Fundamental. Es cierto que casi no hay día en la vida de la nación en que la Fiscalía no esté dando públicamente cuenta de todos sus actos y movimientos, por lo cual puede haber dejado una positiva impresión sobre la eficacia de su labor. Sin embargo bastaría mirar en los despachos judiciales para que se advirtiera la cantidad enorme de crímenes que se quedan sin esclarecer por tantas razones que resultaría prolijo enumerar ahora. Las estadísticas levantadas por los mismos entes oficiales sobre la impunidad reinante en el país, son verdaderamente alarmantes y entristecedoras. Y si a ésto se agregan los permanentes errores judiciales, por la precipitación o irresponsabilidad con que se dictan autos de detención y resoluciones acusatorias, según confesión pública que hiciera el primer Fiscal General que tuvo la República, la situación de la justicia penal en Colombia tiene que producirnos un verdadero desencanto y desilusión.

