

Comentarios a la reforma de la Fiscalía General de la Nación (Acto Legislativo 03 de 2002)

Hernán Darío Benítez Naranjo

RESUMEN

En torno al Acto Legislativo 03 de 2002 (Diario oficial 45.040), resulta prudente hacer un corte para lograr su mejor comprensión: entre las modificaciones a los artículos constitucionales (que son, en términos estrictos, las modificaciones jurídicas, y que constan en los tres primeros artículos) y nuevas consagraciones, de carácter político e instrumental, confinadas en los artículos 4o y 5o transitorios.

ABSTRACT

The legislative act, 03 of 2002 modified articles 116, 250, and 251 of the Political Constitution, thus reforming the Attorney General of the Nation; and it furthermore introduced two instrumental and political layouts, with very polemic aspects, from the perspective of the State-of-Law conservation. This article presents a panoramic, didactic, and critical outlook to such a reform.

* Abogado. Magíster en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín. Docente en la Universidad de Medellín.

PRIMERA PARTE: MODIFICACIONES A LOS ARTÍCULOS CONSTITUCIONALES

Consta de tres artículos:

El 1º, que modifica el 116 del Título V (de la organización del Estado):

La novedad está en el inciso 4º y más bien se trata de una adición: se incluyen los “jurados en las causas criminales”, equivale a la reinstalación de la institución del jurado, vigente con anterioridad en el Decreto 409 de 1971 y con relación a la Ley 95 de 1936; posteriormente en la vigencia del Decreto 50 de 1987, se creó un Jurado de Derecho, que también fue suprimido. La situación del país frente al narcotráfico sirvió durante mucho tiempo de argumento para la supresión del jurado, dada su vulnerabilidad ante la delincuencia organizada. En el proyecto de código de procedimiento, las tareas y organización del jurado no aparecen establecidas en el momento en que se escribió este texto¹. La razón de ser del jurado no es otra que la participación del pueblo en la justicia, normalmente es un instrumento de la democracia participativa.

Obsérvese que no se usa la expresión “de conciencia”, solo se dice “jurado” y su actuación se limitaría eventualmente a la materia criminal, en la etapa del juicio (causa) a no ser que la expresión se utilizase en sentido amplio, toda vez que el sistema acusatorio precisa a veces del jurado para determinar la apertura de la causa criminal (sistema americano). No parece corresponder a este sentido amplio, porque se emplea en el inciso tercero la expresión “sumario”, que sería la etapa procesal que de ordinario precede a la “causa”.

Según el proyecto de Código de Procedimiento Penal², presentado por la Corporación “excelencia en la justicia” y acogido por la comisión mencionada en el artículo 4º transitorio del Acto Legislativo 03 de 2002, se conserva la estructura tradicional del proceso colombiano, en tres fases:

1. Preliminar: dirigida por la Fiscalía, para la búsqueda de los elementos de prueba, la obtención, aseguramiento y preservación de la evidencia física, la identificación de sospechosos, entrevistas, interrogatorios y declaraciones juradas de eventuales testigos y demás tareas necesarias para determinar si se cometió alguna conducta punible, sin que todo ello implique restringir o limitar los derechos fundamentales.
2. Investigación formalizada: judicialización de las medidas limitativas de los derechos fundamentales, poner en conocimiento del imputado, en presencia del juez que ejerce la función de control de garantías, los cargos por los que se le procesa y la contradicción de las pruebas que excepcionalmente se practiquen de manera anticipada. Consta de audiencia preliminar (para imponer las medidas de aseguramiento) y audiencia de preclusión (para que el juez precluya la actuación si hay lugar a ello).
3. Etapa de Juzgamiento: Transcurre en varias audiencias (audiencia de apertura del juicio oral, audiencia preparatoria, juicio oral, audiencia de justificación de la pena) en las que: se da lectura al pliego acusatorio, descubriendo la prueba por parte de la Fiscalía (audiencia de apertura del juicio oral); se adoptan las decisiones relativas a nulidades, se fijan los hechos a

debatir y se presentan las pruebas por parte de la defensa (audiencia preparatoria), luego tiene lugar el juicio oral (juzgamiento con principios de concentración inmediación, contradicción, oralidad y publicidad –obsérvese que no se distingue entre los principios del proceso y los del procedimiento–), y el anuncio del sentido del fallo, y luego viene la dosificación judicial de la pena (audiencia de dosificación de la pena).

Ello para el procedimiento ordinario, porque se prevé además un procedimiento simplificado y uno abreviado:

1. Simplificado: consta solo de fase preliminar y fase de juzgamiento, se aplica en casos en que no hay privación de libertad³
2. Abreviado: Para situaciones de flagrancia y captura administrativa. Consta de dos fases: preliminar (similar a la de investigación formalizada, solo que ante la imposición de medida de aseguramiento, se radica de inmediato la acusación) y de juzgamiento; los términos se reducen a la mitad y se fusionan ciertas audiencias (lectura de acusación y audiencia preparatoria)⁴.

En el inciso tercero, queda por determinarse la pertinencia de la expresión “sumario” en el tránsito que se pretende al sistema acusatorio, mejor sería haber unificado la terminología y hablar de investigación a secas, como en la modificación del artículo 250 inciso primero y en el nuevo párrafo del mismo 250, que habla de “indagación, investigación y juzgamiento”.

El 2º, que modificó el 250 del capítulo 6o del Título VIII (Déla Rama Judicial).

En general se aumentan las funciones de la Fiscalía, pero se distribuyen de una manera distinta a la que conocemos, con referencia a la acusación, el régimen de producción y administración de la prueba y las medidas para asegurar el imputado.

¿Qué se conserva?

1. El Fiscal sigue siendo integrante de la Rama Judicial, con lo que no se llega propiamente a un proceso de partes (condición básica del sistema acusatorio) y el Estado sigue introduciendo los hechos al proceso (principio de investigación), con desmedro de los principios procesales de contradicción–igualdad, aportación y los derechos fundamentales a la información y a la defensa. Sintomático de lo anterior, el inciso final del artículo que obliga al fiscal a presentar con el escrito de acusación, “todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia, incluidos los que le sean favorables al procesado”, que persiste como una supervivencia de la investigación tanto de lo favorable como de lo desfavorable en el principio inquisitivo.
2. Conserva el primer inciso del texto la obligación que tiene la Fiscalía de adelantar la investigación de los delitos (comienzo del inciso primero)
3. Conserva los tradicionales medios de conocimiento de los delitos: denuncia, querrela, oficiosidad (inciso primero)
4. Conserva la excepción frente a la investigación de los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio (final del inciso primero)

Contiene este texto varias novedades:

1. La Consagración de los principios de legalidad “..está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal”, “y realizar la investigación de los hechos” y oportunidad como excepción de consagración legal “salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad”, o sea, quedó consagrado no el principio en su modalidad pura, sino en la modalidad de condición suspensiva impuesta por la Ley. En materia sustantiva la consecuencia de esto es la mixtura entre las funciones de prevención y retribución, teorías de la pena, y los valores de justicia y utilidad.
2. Consagró el ejercicio de la acción penal por parte de la Fiscalía, en nombre del Estado, además la Corte Suprema quedó con la atribución de investigar los congresistas (artículo 235–3°, Constitución Política), y la Fiscalía sigue siendo, recordémoslo, rama judicial.
3. Se consagra la teoría del “hecho calificado”⁵ para incoar el proceso penal: “los hechos que revistan las características de un delito” “..suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo”, con ello podría abrirse paso un concepto de verdad procesal en detrimento del de verdad real, el correlato sustantivo de esto se puede registrar en la adopción de la imputación jurídica de la conducta punible, y la superación de la causalidad, tal como figura en la ley 599 de 2000, artículo 9°.
4. Se establece nominalmente el principio acusatorio⁶, pero no en su modalidad pura, pues pese a que se da un paso grande en materia de desdoblamiento entre funciones de acusación y de juzgamiento (No se menciona aquello de “acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes”, que estaba en el texto anterior del artículo 250), la Fiscalía conserva muchas funciones decisorias de carácter judicial, se mantiene la bipartición del proceso (eso es característico del acusatorio, y está bien); el derecho a la información (correlación subjetiva entre acusación y defensa) se ve limitado solo a la etapa del juicio (inciso final del nuevo art. 250) con lo que no se da de buena manera una vinculación relativa del órgano jurisdiccional a las pretensiones de la defensa. Recuérdese que no hubo consagración de las partes procesales. Se crean dos funciones judiciales: control de legalidad (en torno al principio de oportunidad) y control de garantías, aunadas a la tradicional función de conocer del proceso.

En las funciones de la Fiscalía (antes se hablaba de “deberes”, más propio del proceso inquisitivo) encontramos los siguientes cambios:

1. Creación de funciones judiciales: El texto es muy curioso, porque termina regulando funciones judiciales, so pretexto de regular las funciones de la Fiscalía (ello puede ser explicable porque en Colombia la Fiscalía pertenece a la rama judicial): hay jueces de conocimiento y jueces de control de garantías (que también tienen la función de controlar la legalidad), todos parecen ser inicialmente de conocimiento y excepcionalmente ejercerían las otras funciones, y cuando esto sucede, al menos en el caso del control de garantías, surge un impedimento (numeral lo). El juez que tiene el control de garantías realiza capturas y excepcionalmente lo hace la Fiscalía. En el numeral 4o se reglamentó lo relativo a los principios procedimentales básicos en la etapa

de juicio: publicidad, oralidad, intermediación, concentración; procesales, como la contradicción, y se afilió además a una concepción garantista donde expresa: “y con todas las garantías”, se dice además porque la entronización posterior de la unidad de gestión y la jerarquía (artículo 251–3º) son principios administrativos, subordinados al valor de utilidad. No podría deducirse que esta prevalece en la investigación, puesto que los derechos fundamentales operan como límites.

En términos generales, la Fiscalía queda compartiendo con la judicatura las tareas de comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba (numeral 1o). La Fiscalía, según el numeral 3o, asegura los “elementos materiales probatorios”, no las pruebas, garantizando la cadena de custodia –concepto que queda introducido en la Constitución– y solicita la conservación de la prueba y la protección de la comunidad y de las víctimas).

En este esquema, la Fiscalía formula solicitudes a los jueces. Las solicitudes serían: ante el juez de control de garantías, a) comparecencia de imputados al proceso penal, b) conservación de la prueba, c) protección de la comunidad (víctimas en especial) “solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías...”, numeral 1o; ante juez de conocimiento: a) solicitar preclusión de investigaciones (numeral 5o), b) solicitar medidas judiciales necesarias para asistencia de las víctimas (numeral 6o).

2. En cuanto a las funciones que motu proprio ejerce la Fiscalía están: a) capturas en casos excepcionales, señalados por la ley y controladas con posterioridad por los jueces de control de garantías (inciso tercero del numeral 1o), b) Adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptación de comunicaciones, con control posterior del juez de control de garantías, lo que resulta peligroso para las mismas garantías que se pretende proteger, pues el juez solo aparece cuando ya el procedimiento se hizo y eventualmente cuando el derecho se conculcó (numeral 2o), c) asegurar elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia, “mientras se ejerce su contradicción”, aquí hay que señalar que lo que se contradice es la prueba, ante el juez, y no el “elemento material” que le sirve de soporte (numeral 3º) no hay que pasar por alto que los actos de investigación de la policía judicial tienen el rango de objeto de prueba y no de medio de prueba, o sea que una vez producidos han de ser verificados; d) tomar medidas adicionales con autorización previa del juez de control de garantías (numeral 3o); e) presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento (numeral 4o); f) disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral de los afectados; estas funciones son más de la judicatura que de la fiscalía (numeral 6º), g) velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal (numeral 7o) no se dice de qué forma, de algún modo la función está duplicada y compartida con la judicatura, pues todos estos protagonistas del sistema penal, que duda cabe, hacen parte de la “comunidad”; h) dirigir y coordinar las funciones de policía judicial (numeral 8o).

En cuanto a la protección a las víctimas y mecanismos de justicia restaurativa, en el artículo 11 del proyecto de código de procedimiento⁷ se ofrece frente a las víctimas una concepción al parecer híbrida, pues la “pronta e integral reparación de los daños sufridos a cargo del autor o partícipe en

el injusto” hace pensar en algo distinto a un modelo alternativo al de la justicia penal tradicional, que hace énfasis en la víctima y en el daño, y no en el quebrantamiento de la ley y en el victimario.

El 3o, que modificó el 251 del capítulo 6o del Título VIII (De la Rama Judicial).

Aquí las modificaciones no aparecen tan sustanciales: en el numeral 2° se sustituyó la palabra “empleados” por “servidores”, y se agregó un nuevo numeral, nombrado como tercero, que ya existía en el Estatuto de la Fiscalía, pero que no deja de tener resonancia en la estructura autoritaria de la misma: la que tiene el Fiscal General de asumir directamente investigaciones y procesos, o desplazar a sus servidores, entronizando los principios de unidad de gestión y jerarquía, que son administrativos y de ningún modo penales y garantistas.

No deja de inquietar el numeral primero, en el sentido de que allí todo queda como se hallaba en los textos reformados y se rompe el paralelismo con el acto legislativo 03: el Fiscal “acusa”, no presenta escrito de acusación ¿quiere ello decir que el Fiscal sigue, en estos casos con todas las atribuciones que traía en materia probatoria, de acusación y de aseguramiento de las altas dignidades del Estado?; en todo caso es obvio que existe una laguna que sería prudente y procedente colmar.

SEGUNDA PARTE: NUEVAS CONSAGRACIONES, DE CARÁCTER POLÍTICO E INSTRUMENTAL

Sobre los artículos 4o y 5o transitorios:

Contienen varias disposiciones:

1. Se crea una comisión con dos funciones: la primera, la presentación de “los proyectos de ley pertinentes” (Códigos Penal y de Procedimiento Penal, mínimamente) “para adoptar el nuevo sistema” (se refiere al sistema acusatorio); la segunda, hacer un seguimiento a la “implementación gradual del sistema” (acusatorio). Se advierte de entrada el predominio de la Fiscalía (es el Fiscal quien preside la comisión, y quien de común acuerdo con el gobierno nombra los “tres miembros de la academia”) y del Gobierno y la presencia más escasa de los Jueces, (la situación que trasluce es el conflicto de fondo que se deja sentir desde el inicio del presente cuatrienio presidencial, entre el Gobierno y los Jueces, y que ha cristalizado en el proyecto de reforma a la administración de justicia, en la Constitución Política).—Artículo 4o.
2. Se establece Un calendario para la presentación del proyecto:
 - 20 de Julio de 2003, para que la comisión presente su proyecto (lo cual de entrada no implica que el Gobierno y los mismos congresistas no puedan presentar el suyo);
 - 20 de Junio de 2004, para expedir “las leyes correspondientes”; hasta aquí el Artículo 4°;
 - a partir del 1o de Enero del 2005, la aplicación del nuevo sistema (acusatorio) de forma gradual y sucesiva;

– a 31 de Diciembre de 2008, debe tener plena vigencia el sistema (acusatorio). Estas dos últimas fechas figuran en el inciso primero del artículo 5o.

3. Vinculada a este calendario, una concesión de facultades extraordinarias, en forma subsidiaria (la facultad inicialmente es del Congreso) al Presidente de la República, para expedir, modificar o adicionar los cuerpos normativos correspondientes, incluidos en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, la de Habeas Corpus (¿nueva modificación del Habeas Corpus?), los Códigos Penal, de Procedimiento Penal y el Estatuto Orgánico de la Fiscalía, lo cual se hará en los dos meses que siguen al 20 de junio de 2004– Artículo 4o.

Este punto no solamente resulta preocupante para la existencia cabal del Estado de Derecho, sino que trae de vuelta el asunto de las normas constitucionales inconstitucionales⁸: ¿puede el Presidente de la República recibir delegación transitoria de facultades extraordinarias en leyes estatutarias, así sea de carácter subsidiario y en acto legislativo?, ¿Puede el Presidente de la República legislar (y en forma restrictiva) sobre Derechos Humanos?, ¿Pueden autorizarse facultades extraordinarias en actos legislativos, de manera que se extiendan a materias y tipos de leyes restringidos por la Constitución Política?

4. La facultad de crear cargos públicos, necesarios para que funcione el sistema acusatorio, y trasladar cargos entre Fiscalía, Rama Judicial, la Defensoría del Pueblo y los organismos de Policía Judicial, lo cual envuelve una reforma al sistema judicial en forma indirecta, a través de la ley (con el riesgo de que el Gobierno sea autorizado para ello, lo cual politizaría inevitablemente la justicia) – Artículo 4o–.
5. En forma directa, se establece “la consolidación por parte del Gobierno, de un Sistema Nacional de Defensoría Pública” con lo que implícitamente se autoriza al Gobierno para desmembrar la Defensoría del Pueblo; de la que podría separarse la Defensoría Pública; que no debería, en todo caso, incorporarse al Ministerio de Justicia, que es también el del Interior (el de la política), con lo cual se daría un caso bien curioso: una Fiscalía adscrita a la rama judicial del poder público, y una Defensoría Pública controlada por el Gobierno (la primera está de ordinario adscrita al Ejecutivo, la segunda, tiene independencia de él). Finalmente, ¿Figuran los Consultorios Jurídicos de las Facultades de Derecho en el Sistema Nacional de Defensoría Pública?) – Artículo 5°–.
6. La disposición de recursos “garantizados por el Gobierno Nacional” ¿Con recursos propios (reforma tributaria) o con los que provengan de países extranjeros, interesados en la reforma?. – Artículo 4o–.
7. Indemnidad del principio de legalidad, la redacción únicamente contempla los delitos, no se habla de contravenciones, ni de penas –Artículo 5–.

BIBLIOGRAFÍA

ACTO LEGISLATIVO A 03, 19 de Diciembre de 2002

BENÍTEZ, BOTERO, et al. Pretensión y Proceso Penal. Medellín: Señal Editora, 1997. 125p. ISBN 958-9100-11-2.

COLOMBIA. CORPORACIÓN EXCELENCIA EN LA JUSTICIA. Propuesta para la estructura del proceso penal en el nuevo código de procedimiento penal Bogotá. La Corporación, 2003. 11 5p.

NOTAS

- ¹ COLOMBIA. CORPORACIÓN EXCELENCIA EN LA JUSTICIA. Propuesta para la estructura del proceso penal en el nuevo código de procedimiento penal. Santafé de Bogotá : La Corporación, 2003. 155 p.
- ² Ibid., p. 1.
- ³ Ibid. , p 27.
- ⁴ Ibid. , p.29.
- ⁵ BENÍTEZ, BOTERO, et al. Pretensión y Proceso Penal. Medellín : Señal Editora, 1997. p. 59. ISBN 958-9100-11-2.
- ⁶ La asignación de la Fiscalía a la Rama Jurisdiccional falsea los roles del Juez y la Defensa; en el fondo un Funcionario judicial es quien acusa, y la defensa se sigue enfrentando, como ahora y en otros tiempos, a una Rama judicial poderosa con la que no puede equipararse en términos de producir y valorar la prueba y construir el objeto del proceso. El proceso sigue siendo inquisitivo por ello.
- ⁷ CORPORACIÓN EXCELENCIA EN LA JUSTICIA, Op. Cit., p. 34.
- ⁸ Es evidente que se trata de un artículo transitorio, y que cuando los términos pasen, volverá a regir en plenitud el texto del artículo 150, numeral 10, inciso tercero de la Constitución Política, que quedaría entretanto sin vigencia para estos asuntos y que prohíbe conferir facultades extraordinarias para expedir leyes estatutarias y orgánicas, entre otras.