



**ESTUDIO EXCELENCIA INSTITUCIONAL EN LA
FISCALIA
FASE I – DIAGNOSTICO
Informe Final**

**ELVIRA MARÍA RESTREPO
Fedesarrollo**

Bogotá, D.C. Febrero 2002



**ESTUDIO EXCELENCIA INSTITUCIONAL EN LA
FISCALIA
FASE I – DIAGNOSTICO
Informe Final**

**ELVIRA MARÍA RESTREPO
Fedesarrollo**

Bogotá, D.C. Febrero 2002

ESTUDIO DE EXCELENCIA INSTITUCIONAL EN LA FISCALIA
FASE 1 DIAGNOSTICO
Informe Final

AUTOR:
ELVIRA MARIA RESTREPO
Experta Individual

Febrero 2002

RESUMEN EJECUTIVO
ESTUDIO DE EXCELENCIA INSTITUCIONAL EN LA FISCALÍA -
FASE I DIAGNOSTICO

I- Introducción

Este estudio consiste en un diagnóstico teórico y empírico de las funciones y el desempeño de la Fiscalía General de la Nación con el objetivo de tener suficientes elementos de juicio para determinar si la Fiscalía actual debe reformarse en el sentido de quitarle sus funciones judiciales y acercarse más a los sistemas acusatorios.

La consultoría esta dividida en seis secciones. En la primera hay una introducción general. En la segunda sección se hace un análisis detallado y crítico de las propuestas de reforma a la Fiscalía que cursaron en el Congreso a principios de este año y de las propuestas de reforma que circulan en algunos centros académicos de reconocida trayectoria. En esta primera sección también se analizan detalladamente las ventajas y desventajas de las propuestas de reforma a la Fiscalía desde un punto de vista teórico haciendo especial énfasis en las implicaciones de dichas reformas y de la estructura actual de la Fiscalía en la eficiencia e imparcialidad de la investigación penal.

La tercera sección es un análisis sobre la incidencia institucional de la nuevos Códigos Penal y de Procedimiento Penal en la Fiscalía actual. Esta sección tiene dos objetivos, el primero es la realización de un estudio comparado de la normatividad procesal anterior (Decreto 2700 de 1991 y Decreto- ley 100 de 1980) con respecto a las reformas introducidas mediante las Leyes 599 y 600 de 2000 (Código penal y de procedimiento penal actual). El segundo objetivo consiste en determinar el impacto que tendrían las propuestas de reforma a la Fiscalía en la actual normatividad penal.

En la cuarta sección se hará un análisis cuantitativo del desempeño de la Fiscalía con el objeto de analizar el problema de la impunidad y la eficiencia de la Fiscalía con la ayuda de indicadores que permitan observar los resultados logrados de acuerdo con los insumos económicos y humanos disponibles. El análisis se restringe al sistema penal y los delitos que hoy en día son competencia de la Fiscalía General de la Nación. Se espera en lo posible realizar comparaciones con cifras impunidad y de costo eficiencia de los años 80, período en que el sistema era puramente responsabilidad de los jueces. Dadas las restricciones de información, en particular la existencia de información consolidada y completa de la Fiscalía sólo desde 1996, la inexistencia de información sobre la etapa pre-judicial, y por la novedad y limitaciones de los sistemas de información que existen en la Fiscalía, la mayoría de los cuales están siendo implementados todavía, las mediciones sobre impunidad obtenidas en esta sección deben mirarse no como estadísticas exactas sobre la impunidad existente, sino como bases para la construcción de indicadores de eficiencia en la Fiscalía General de la Nación. Uno de los propósitos fundamentales de esta sección consiste en sentar unas bases metodológicas claras y unos criterios uniformes para analizar el tema de la impunidad en el futuro.

La quinta sección que sufre de los mismos problemas de información que la anterior, examina, el nivel de imparcialidad de la Fiscalía a partir de cuatro índices creados en esta Consultoría y de evidencia empírica. El primer índice consiste en analizar la autonomía de los fiscales a partir de la relación funcional de los fiscales delegados y del Fiscal General, las consecuencias de la implementación de la carrera en la Fiscalía, y el análisis de los criterios que tiene la Fiscalía para asignar casos a sus fiscales. El segundo índice analiza la función judicial de los fiscales de expedir órdenes de captura. El objetivo de éste índice consiste en determinar si desde la creación de la Fiscalía se han incrementado las detenciones arbitrarias de los procesados. El tercer índice es el estudio del impacto de las pruebas técnicas desde la creación de la Fiscalía. Este índice tiene el objetivo de medir el peso de la prueba técnica sobre la prueba testimonial en la investigación penal para demostrar si estas le han dado imparcialidad a la investigación penal. Finalmente, el último índice consiste en medir si la Fiscalía atenta contra los derechos fundamentales de los sindicados en particular contra el debido proceso y las garantías judiciales.

Finalmente en la sexta y última sección, se hace un análisis crítico de los resultados de esta Consultoría para así dar unas recomendaciones puntuales sobre como lograr la excelencia institucional de la Fiscalía.

II- Análisis de las propuestas de reforma a la Fiscalía presentadas al Congreso.

La segunda sección de la consultoría está dividida en tres partes. En la primera se analizan las propuestas de reforma a la Fiscalía que surgieron en el Congreso en el año, 2001 y que buscan modificar algunos artículos relativos a la Fiscalía, principalmente el artículo 250 de la Constitución sobre las funciones de la Fiscalía. En la segunda se examinan las discusiones existentes sobre propuestas de reforma a la Fiscalía por parte sectores académicos y profesionales, y en la tercera se analizan las ventajas y desventajas de las propuestas de reforma a la Fiscalía desde un punto de vista teórico.

Se analizan tres propuestas de reforma. La primera es la presentada en la Cámara a principios del 2001 antes de que el Presidente, Andrés Pastrana, elaborara la terna de candidatos para ejercer el cargo de Fiscal General. El origen de esta propuesta es netamente político ya que surge entre unos parlamentarios liberales ante el evidente cambio de filiación política del Fiscal. Por consiguiente la principal motivación de esta reforma era debilitar la Fiscalía ante el evidente nombramiento de un Fiscal conservador.

La segunda propuesta de reforma a la Fiscalía es el Proyecto de Ley No 168. Este Proyecto de Ley pretendía disminuirle los poderes y funciones a la Fiscalía, modificando los artículos 116, 249 y 250 de la Constitución, buscando suprimir a la Fiscalía de las instituciones del Estado que administran justicia, cambiando la forma de elección del Fiscal General a votación popular y proponiendo que todas las diligencias que limiten los derechos fundamentales del investigado tales como allanamientos, interceptación de comunicaciones, etc., fueran competencia exclusiva del juez competente. En su exposición de motivos se utilizan argumentos garantistas para justificar el retiro de las funciones judiciales de la Fiscalía similares a las que circulan en las propuestas de reforma de sectores profesionales o académicos.

La tercera propuesta es el Acto legislativo 151 de 2001, que fue el último proyecto de reforma presentado ante el Congreso. Este buscaba esencialmente modificar el artículo 250 de la Constitución. El objetivo era quitarle las funciones judiciales a la Fiscalía, y asignárselas a los jueces de la República. Curiosamente en el mismo texto de reforma se incluía un párrafo transitorio donde se establecía que por el término de diez años, prorrogable por otro tanto, y por los delitos que estableciera la ley, la Fiscalía mantendría las funciones judiciales que hoy tiene. Este proyecto fue aprobado el 26 de Abril de 2001 en la Comisión de la Cámara. No obstante el 24 de Octubre de 2001 y por razones no muy claras, la Comisión Primera de la Cámara de Representantes archivó el proyecto 151 de 2001 Cámara por medio del cual se modificaba el artículo 250 de la Constitución. La votación fue de 22 votos en contra y 4 a favor.

A pesar del archivo de la propuesta de reforma a nivel del Congreso el debate sobre la posible reforma de la Fiscalía estimuló foros públicos en algunas de las principales Universidades del país. En un Foro de la Universidad de los Andes, por ejemplo, se concluyó que se deben quitar las funciones judiciales a los fiscales en aras de lograr más eficiencia en la investigación penal y más garantías para los procesados.

Finalmente en el tercer punto se presentan las ventajas y desventajas teóricas de las propuestas de reforma a la Fiscalía. La mayor crítica que se le hace a la Fiscalía actual es que ésta posea funciones judiciales al ser el órgano instructor e investigador pues la concentración de funciones es no sólo incompatible con ciertos principios de derechos humanos sino que, además, incluso en términos de eficiencia, es discutible. Los críticos consideran además que esta concesión de funciones judiciales convierte a la Fiscalía en juez y parte. El fiscal al tener la facultad de afectar los derechos de los procesados, vulnera las garantías procesales, pues los fiscales no pueden ser considerados verdaderos jueces, con la facultad legítima de afectar los derechos de las personas, ya que no son un órgano imparcial pues tienen también la función de investigar y acusar al procesado, lo que se presta a numerosos abusos. Con el mismo argumento pero dirigido hacia la eficiencia los críticos sostienen que las funciones y destrezas para ser un buen investigador son incompatibles con aquellas propias de quien ejerce el control judicial, pues el buen juez es difícilmente un buen investigador, y el buen investigador no suele ser un buen juzgador imparcial.

Por todas las anteriores consideraciones se concluye que el actual modelo, no es ni eficiente ni garantista, debido a la concesión de funciones judiciales a la Fiscalía. Se colige también que la fase investigativa tiene un excesivo peso de en el establecimiento de responsabilidades a los procesados y que por ello el juicio oral y público ha desaparecido prácticamente, pues la responsabilidad del procesado se define en la fase sumarial. Esto es grave pues las pruebas no son producidas ni controvertidas de manera pública y concentrada.

Finalmente, en este punto se presentan una serie de propuestas que sugieren avanzar hacia esquema acusatorio más ortodoxo, y que se apoyan en varios supuestos de reforma. El primer supuesto consiste en eliminar las funciones judiciales de la Fiscalía a fin de que ésta se especialice en su función investigadora y acusadora. El segundo supuesto hace referencia a la necesidad de conferir protagonismo a la audiencia pública y oral, fortaleciendo los principios de publicidad, concentración e inmediación de la prueba,

para que exista una mayor participación del público en el debate probatorio y más transparencia en el proceso.

El tercer supuesto considera que es necesario avanzar hacia un mayor equilibrio entre la acusación y la defensa, fortaleciendo la Defensoría Pública. Un cuarto supuesto de reforma tiene que ver con la incorporación del principio de oportunidad y el quinto y último prevé que para lograr los objetivos propuestos se puede hacer o no uso de una reforma constitucional.

Es importante destacar que existen otras corrientes de críticos de la reforma que no centran su debate en las bondades del sistema acusatorio. Estos autores consideran que para combatir la impunidad y la ineficiencia se debe introducir el principio de la oportunidad, garantizar el funcionamiento e interacción de las distintas instituciones que intervienen en la investigación penal, implementar el juicio oral como garantía de protección contra la arbitrariedad y finalmente buscar mecanismos que simplifiquen el procedimiento y descongestionen el sistema - todo esto acompañado de una verdadera política criminal de Estado

III- Reformas introducidas por los nuevos Códigos Penal y de Procedimiento Penal.

En el tercer punto de esta consultoría se analizan las reformas introducidas por los nuevos Código Penal y de Procedimiento penal de 2000 en las etapas de investigación preliminar e instrucción para ver las implicaciones que éstas reformas tienen sobre la eficiencia e imparcialidad de la Fiscalía.

Para ello se realiza un análisis de las reformas introducidas concluyéndose que las mismas no pretendían cambiar el sistema de lineamientos inquisitivos existente por un sistema acusatorio más ortodoxo. No obstante, la reforma introduce de manera precaria algunos componentes del sistema acusatorio como la posibilidad de inadmisión de denuncias.

En esta consultoría se analizan los principales cambios realizados en el código penal en cuanto a las normas rectoras, los cambios en cuanto a las conductas punibles (las contravenciones pasan a ser nuevamente competencia de la Fiscalía), y sus respectivas implicaciones en la eficiencia e imparcialidad. También se examinan los cambios efectuados en el C.P.P. en el ámbito procedimental.

Se concluye que hubo un intento incipiente de orientar el sistema actual hacia el sistema acusatorio con la introducción de la posibilidad de inadmitir denuncias, la disminución de los términos procesales existentes para la querrela y los cambios en la competencia de la policía judicial que no sólo generan eficiencia sino condiciones de garantía para el investigado.

Del mismo modo se estudian las consecuencias (a nivel de eficiencia e imparcialidad) de la eliminación de la suspensión de la investigación, de la ampliación de términos en la fase de investigación y los cambios efectuados en cuanto a la definición de situación jurídica relacionada con la detención preventiva que se consagra en el actual código como la única medida de aseguramiento. En este punto se hace especial énfasis en las contradicciones que se presentan entre los objetivos definidos por el legislador para la imposición de la detención preventiva y las disposiciones del mismo código en la

materia, que generan consecuencias directas negativas para la libertad de los procesados.

Finalmente, se hace una proyección sobre las consecuencias directas que tendría en los nuevos códigos una eventual reforma de la Fiscalía General, concluyéndose que de efectuarse un cambio en las funciones de los fiscales, éstos deben reformarse

IV. Análisis de eficiencia e impunidad

En esta sección, la consultoría tiene como propósito depurar las cifras de eficiencia e impunidad existentes y concretar una propuesta de medición que supla las deficiencias de información, de metodología y de definición que existen sobre el tema, a partir de la creación de la Fiscalía General de la Nación. Las estadísticas que existen sobre el movimiento de los procesos en la Fiscalía, desde la denuncia hasta la terminación de un proceso definido, sufren de problemas de información (son incompletas, se usan diferentes metodologías, las definiciones son ambiguas) y esto ha dado lugar a que las cifras de impunidad se puedan manipular fácilmente. La propuesta que se hace es que la Fiscalía lidere el proceso para delimitar las definiciones de impunidad y establecer una metodología para calcularla, y de esta forma empezar a consolidar unas estadísticas confiables sobre un tema tan controvertido a partir de la fecha.

Se sugiere primero, mirar la impunidad judicial de tres maneras: la impunidad pre-judicial, la impunidad relativa y la impunidad absoluta. Sobre impunidad pre-judicial no existen datos claros sobre cuántas denuncias llegan o se denuncian de oficio en la Fiscalía por lo cual no se puede calcular. Para delimitar la impunidad relativa y absoluta, se definen cuatro tipos de salidas o movimiento de los procesos: primero, las salidas con decisión de fondo, que son pronunciamientos donde el fiscal resuelve el asunto investigado y el proceso sale efectivamente de la Fiscalía, las otras salidas, que son las que no implican decisiones de fondo por parte del fiscal pero el proceso se mueve, la impunidad relativa que se da en el caso del desistimiento por los efectos de cosa juzgada, y de la reasignación de procesos dentro de la Fiscalía, y finalmente, la impunidad absoluta que ocurre por la prescripción de los tiempos procesales.

Teniendo en cuenta las limitaciones y criterios de medición anteriores, y partiendo de la base de que sólo existen estadísticas completas y comparables para los años de 1996 a 2000, se mira el comportamiento de los procesos en las etapas preliminar y de investigación para estos años. Se hace énfasis en que éstas mediciones sólo tienen valor como indicadores, y no como estadísticas, del movimiento y comportamiento de los procesos entre la Fiscalía.

De los resultados encontrados, en la fase de investigación previa, se concluye que las salidas de fondo por parte de los fiscales han ido en aumento, la apertura de instrucción pasó de representar de un 12 a un 16% del total de las salidas de 1996 a 2000 y en conjunto representaron un 40% en el 2000. No obstante, las terminaciones que permiten a las partes una salida negociada y pronta, como la conciliación o la indemnización, desafortunadamente representan un porcentaje muy bajo de las salidas (1%). Finalmente, el indicador de impunidad relativa pasó de ser el 60% de los procesos en 1996, a 52% en 2000.

En la etapa de instrucción, las salidas con decisión de fondo han incrementado su peso dentro del total en 7 puntos porcentuales llegando al 70% en el 2000. La impunidad absoluta, disminuyó notablemente pasando de 6% a 1% en 2000. La impunidad relativa, con las terminaciones de sentencias anticipadas, desistimiento y reasignaciones disminuyó en solamente cuatro puntos pasando de representar el 32% del total de las salidas a 28% en el 2000.

Posteriormente, y dado que la Fiscalía absorbe el 45% del presupuesto del sector justicia, se analiza su desempeño en el marco de este esfuerzo institucional y económico. Se discute la eficiencia en la utilización de recursos del sector justicia y más específicamente la Fiscalía, observando la evolución en la última década de variables como el gasto presupuestal, el personal y la remuneración promedio anual de los funcionarios. A partir de estas cifras se examinan indicadores como la carga laboral por fiscal, la congestión y evacuación del sistema, y los tiempos procesales penales.

Se concluye que la carga laboral aumentó de 255 expedientes por fiscal en 1996 a 260 en el 2000 en la etapa de investigación previa, de las cuales el 40% fueron salidas de fondo. En la etapa de instrucción, el número de expedientes por fiscal aumentó a 167 en 1996, hasta llegar a 223 en el año 2000. En la década de los ochenta, había una alta carga laboral por juez, quien no contaba además con muchos recursos físicos para atenderla. Esta era una de las razones que causaba un alto nivel de congestión. De 1971 a 1982, el número total de jueces había aumentado en 24% y el número de procesos en 84%. El promedio de procesos por juez se incrementó en 48% en los 10 años. En esta década son los juzgados superiores los que tienen un mayor número de casos, 878 por juez en 1982, sin embargo esta situación cambia a partir de 1984 cuando se le dan mayores competencias a los juzgados municipales, y aumenta la carga para éstos últimos.

Las cifras de movimiento de procesos en los noventa muestran que el número de procesos que ingresan al sistema es cada vez mayor, sin embargo, a partir de 1998 se empiezan a ver índices de descongestión superiores al 100%, mientras que el índice de evacuación (que incluye los procesos acumulados), ha permanecido constante con un 60% del total de procesos evacuados en la etapa de investigación previa y un 50% en la etapa de instrucción. Anualmente, el 40% de los procesos no son resueltos en la etapa de investigación previa y en instrucción la mitad de los procesos se quedan congestionando el sistema. En lo que se refiere a los tiempos procesales, los puntos críticos en la demora del proceso son: primero, el tiempo que transcurre entre la denuncia y etapa pre-judicial que es de 5 meses en promedio, un lapso muy largo si se considera que ni siquiera ha empezado el proceso. Segundo, el tiempo que transcurre entre la apertura de investigación y la de instrucción es de 258 días promedio (el máximo son 180 si el imputado es desconocido). En contraste en la etapa de instrucción se está más cerca a los límites normativos, sin embargo esta etapa muestra una varianza de más de dos años entre el 5% de las unidades más rápidas y el 5% de las más lentas.

Si se comparan estas cifras, el número de procesos que egresan del sistema frente al gasto presupuestal, se observa que en el 2000 cada proceso tiene un costo de 286 mil pesos. El costo ha disminuido desde 1993, pues ha sido mayor el crecimiento del número de procesos que ingresan anualmente, que el crecimiento del presupuesto de funcionamiento en el período 1993 a 2000. Por otra parte, mientras que los índices de

impunidad relativa disminuyeron en 0.6% en la etapa de investigación previa y en 4.4% en la etapa de instrucción, el gasto de personal y la remuneración promedio anual aumentaron en casi 9% promedio anual en los cuatro años, sin contar las altas tasas de crecimiento que tuvieron de 1993 a 1996.

Se concluye entonces que los indicadores de eficacia y eficiencia muestran una tendencia a la mejora desde la creación de la Fiscalía, pero aún hay mucho trabajo por hacer de acuerdo con los recursos invertidos. Es también claro que los problemas de impunidad y de ineficiencia no se deben a la restricción de recursos presupuestales ni humanos. Por ello se sugiere mejorar la cobertura y la calidad de la información y dar incentivos tanto positivos como negativos a los fiscales, para que su rendimiento mejore sin perjudicar la calidad de las decisiones en el proceso penal. Aunque no sea posible hacer comparaciones precisas con otros países, el rango de diferencia en cuanto a recursos humanos y financieros, es lo suficientemente amplio en Colombia, como para decir que hay un espacio para asignar los recursos de manera más productiva.

V- Análisis de imparcialidad de la Fiscalía.

En la sección 5 de ésta Consultoría se analiza empíricamente si las críticas de arbitrariedad que pesan sobre la Fiscalía son fundadas. Para ello se crearon cuatro índices de imparcialidad que deben ser tomados en conjunto para mirar el alcance del problema. En segundo lugar los datos estadísticos que soportan estos índices son parciales y sufren de los problemas estadísticos mencionados en el punto anterior. Por eso deben mirarse como indicadores y no como información exacta.

Los índices elaborados para esta consultoría son: primero, la autonomía de los fiscales, segundo las órdenes de captura, tercero las pruebas técnicas, y cuarto las violaciones de los derechos fundamentales por parte de la Fiscalía.

1- Autonomía de los Fiscales.

El análisis del indicador de autonomía de los Fiscales tiene como objetivo evaluar si los fiscales como funcionarios de la rama judicial son independientes y autónomos al momento de tomar sus decisiones. Esta Consultoría define autonomía como la garantía que debe tener un fiscal para tomar sus decisiones independientemente sin interferencias ni presiones ya sea de otro fiscal, o de un superior jerárquico.

Inicialmente se hace un análisis de las disposiciones constitucionales y legales que sustentan esta autonomía así como de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de autonomía. Se concluye que aunque la Constitución y la jurisprudencia de la Corte consagran claramente la autonomía de los fiscales equiparándola a la de los jueces existen algunas disposiciones del C.P.P. 1991 (anterior) y del actual C.P.P. 2000, que limitan por la vía legal la autonomía de los fiscales delegados. Estas normas permiten que el Fiscal General, y los directores nacionales y seccionales de Fiscalía reasignen procesos de manera subjetiva, a pesar de que contradicen los postulados de la Constitución y la jurisprudencia e la Corte Constitucional. Estas normas penales pueden generar arbitrariedad cuando los fines de la reasignación son producto de intereses personales o políticos de los superiores jerárquicos.

Después de examinar las normas sobre reasignación de procesos, se analiza como opera el sistema de asignación de procesos en la Fiscalía a nivel nacional. Se concluye que no

existe una unidad de criterios al interior de las dependencias de la Fiscalía que están autorizadas por ley para la realización de asignaciones de procesos, lo que hace que el manejo de los mismos por parte de los funcionarios involucrados sea bastante discrecional y pueda dar lugar a arbitrariedades.

Continuando con el análisis de autonomía de los fiscales se examina el impacto de la carrera judicial en la fiscalía. La carrera es una garantía de independencia de los fiscales en la medida en que se le da permanencia al funcionario quien por eso tiene incentivos para tomar decisiones libremente sin que puedan removerlo del cargo. Se concluye que de los 3.333 fiscales con los que cuenta actualmente la Fiscalía sólo 626 están en carrera, es decir sólo el 18.7% de los fiscales en la actualidad no son de libre nombramiento y remoción y que por lo tanto un porcentaje mínimo de fiscales tiene garantías de permanencia en el cargo.

Entrevistas realizadas con Fiscales delegados, seccionales y locales sugieren que la ausencia de carrera no hace menos autónomos a los fiscales seccionales o locales. Sin embargo los fiscales delegados no se sienten independientes, situación que puede provenir de la subjetividad con que en ese nivel se reasignan los procesos.

A raíz de la decisión reciente del Consejo de Estado que ordena implementar la carrera en la Fiscalía en este año, surge la posibilidad de mejorar problemas de imparcialidad que puedan surgir por la facultad de remoción libre de los fiscales por parte del Fiscal General. Se concluye que si se diseña la carrera con parámetros objetivos y en aras del mejoramiento de la calidad de las decisiones de la fiscalía, esta puede contribuir inmensamente a la autonomía e independencia de los fiscales en el futuro.

2-Ordenes de captura.

El segundo indicador creado en esta consultoría para determinar si la Fiscalía es o no arbitraria busca medir la imparcialidad de la Fiscalía a través del análisis de la incidencia de sus actuaciones en la libertad de las personas vinculadas a un proceso penal. Para presentar este indicador se utilizan cinco variables.

La primera variable analiza el número de personas sindicadas *versus* las personas condenadas antes y después de la creación de la Fiscalía para demostrar si la población sindicada (detenida y no condenada) se ha incrementado con la introducción de la Fiscalía. Una segunda variable analiza el porcentaje de detenciones preventivas que se podrían considerar como arbitrarias limitándose al periodo de existencia de la Fiscalía pues no existe información disponible al respecto para la década de los ochenta. La tercera variable consiste en mirar el comportamiento de las órdenes de captura impartidas por la Fiscalía para comprender el manejo que le da la Fiscalía a las órdenes de captura que están vigentes y canceladas. La cuarta variable estudia la seguridad de la población reclusa, por que si bien la Fiscalía no es responsable por la seguridad carcelaria, si es responsable de la suerte de la población reclusa sindicada injustamente. Finalmente, la última variable examina los costos económicos de la arbitrariedad de la Fiscalía en lo que se refiere a las órdenes de captura.

Para analizar la primera variable se utilizan los datos sobre población carcelaria antes y después de la Fiscalía. Se concluye que el porcentaje de sindicados dentro del total de presos en la década de los noventa decrece, tendencia que se hace notoria desde 1995 y que continua descendiendo hasta el 2000 de manera importante. Según la información

analizada el porcentaje de sindicados disminuyó su peso en casi 17% en el período 1992- 2000. Estos resultados pueden interpretarse de tres maneras. La primera posibilidad es considerar que desde la introducción de la Fiscalía se ha reducido el porcentaje de sindicados en un 17% desvirtuándose las creencias generalizadas de que la Fiscalía es más arbitraria que los jueces de instrucción que la antecedieron en sus funciones. La segunda probabilidad es que los jueces son desde mediados de los noventa más eficientes en la etapa de juicio, ya que a partir de la creación de la Fiscalía sus cargas laborales disminuyeron notablemente. La tercera y última que es la adoptada en esta Consultoría, ya que esta de acuerdo con los indicadores analizados más adelante, es que la mayoría de las órdenes de captura dictadas por la Fiscalía no se cumplen y por eso no inciden directamente en los datos de población carcelaria.

En cuanto a la segunda variable, relacionada con el porcentaje de detenciones arbitrarias que dicta la Fiscalía se muestra que existe un porcentaje alto de detenciones arbitrarias a sindicados a quienes no se les ha comprobado la autoría del hecho punible por el cual fueron detenidos, y estos deben ser puestos en libertad por disposiciones procesales. La información analizada también demuestra que existe una altísima movilidad de los sindicados en los primeros cinco meses de detención preventiva. Esta situación supone que la Fiscalía está cumpliendo los términos procesales para dejar en libertad a los sindicados detenidos injustamente. Sumando esta gran movilidad de los sindicados al número de detenciones impartidas por los Fiscales se concluye que existe un porcentaje alto de detenciones preventivas sin motivo.

La tercera variable para analizar el comportamiento de la Fiscalía en cuanto a las detenciones preventivas es comparar el porcentaje de órdenes de captura que ha dictado la Fiscalía cada año con el número de sindicados detenidos por año. La mayoría de las órdenes de captura las dicta hoy la Fiscalía. Los datos analizados muestran que desde la creación de la Fiscalía el número de órdenes de captura ha crecido a un promedio del 34.9% anual mientras que lo contrario ha ocurrido con el comportamiento de las órdenes de captura en manos de los jueces que han decrecido un promedio de -5.3% por año desde el año de 1992 hasta el 2000. El decrecimiento de las órdenes de captura de los jueces es explicable en parte porque estos pierden desde 1991 el manejo de la instrucción del proceso que pasa a manos de la Fiscalía, y por la tendencia inquisitiva que caracteriza el proceso penal actual donde la mayoría de las pruebas (sino todas) se dan en la primera fase del proceso.

El crecimiento total de las órdenes de captura se ha incrementado en un porcentaje de 176.8% desde 1992 cuando entró en funcionamiento la Fiscalía. A su vez el crecimiento de las órdenes de captura libradas por la Fiscalía desde su creación hasta el 2000 es de 999%. La población sindicada para el período 1992 a 1995 se mantiene relativamente estable con un incremento gradual que llega la 30 % en el año 2000 incremento que no corresponde al 999% en las órdenes de captura impartidas por la Fiscalía en ese mismo año. La falta de correlación entre el porcentaje de las órdenes de captura y la población reclusa sindicada para el periodo 1992- 2000 significa que existe un altísimo porcentaje de órdenes de captura que no se llevan a cabo, cualquiera que sea el motivo, que se sale del objeto de esta Consultoría.

Se concluye preliminarmente que la Fiscalía ha incrementado inmensamente el número de órdenes de captura desde 1992 hasta 2000 (999%) y este incremento ha aumentado la población reclusa sindicada en un 30 %. Esto es preocupante por las siguientes razones:

- La mayoría de los sindicados detenidos preventivamente (38%) pasan menos de 5 meses en la cárcel. Esto indica que existe un alto porcentaje de órdenes de captura sin fundamento como se dijo antes.
- Preocupa que a pesar del incremento notorio de órdenes de captura la población reclusa sindicada no crezca al mismo ritmo lo cual lleva a concluir que la mayoría de las órdenes de captura no se cumplen.
- Desde un punto de vista teórico, como se sugiere al analizar las normas penales, la tendencia mundial va en contravía de las detenciones preventivas y en general se considera que un porcentaje tan alto de reclusos sindicados (más del 40%) es poco aceptable de acuerdo a los patrones internacionales aceptados.

Para determinar la vigencia de las órdenes de captura una vez impartidas se analiza el comportamiento de estas con base en datos estadísticos de CISAD (Centro de Información sobre Actividades Delictivas de la Fiscalía), del CTI Bogotá, y de entrevistas personales. Para abordar este indicador se recurre a tres indicadores.

El primer indicador corresponde a la situación que se ha presentado para personas que han figurado con orden de captura vigente al momento de ingresar a las instalaciones de la Fiscalía en la Sede Ciudad Salitre, desde 1999 hasta Octubre de 2001. Los resultados son desalentadores, el 83% de las órdenes de captura que figuran “vigentes” en el 2001 eran erradas.

Por ser una información parcial de la situación a nivel Fiscalía General en la Sede de Ciudad Salitre en Bogotá y sólo para aquellas personas que ingresaron a esta sede de la Fiscalía, esta información solo tiene el valor de muestra aleatoria. No obstante sus limitaciones, es preocupante que una muestra como esta arroje resultados que podrían sugerir una situación muy grave para la libertad y dignidad de las personas que han tenido antecedentes judiciales, así se trate de órdenes de captura facultativas.

Un segundo indicador relacionado con el comportamiento de las órdenes de captura se logra midiendo el tiempo que se demora la cancelación de las mismas. Desafortunadamente no existe información sobre la duración sino para el año 2001 y para los primeros 16 días del 2002. De esta información se concluye que en el año 2001 el promedio de días para que se registre la cancelación de una orden de captura impartida por un fiscal o un juez es de 85 días, esto sin descontar el hecho aberrante de que en ese año la cancelación de una orden de captura se puede demorar hasta 15 años (5,529 días). El comportamiento de la primera quincena del 2002 sigue siendo preocupante pues aunque el promedio de cancelación es de 37 días, ya se ve en esa quincena un retardo de un año en algunos casos para registrar la cancelación de las órdenes de captura.

Un tercer indicador consiste en mirar el comportamiento histórico de las órdenes de captura a nivel nacional antes y después de la creación de la Fiscalía, y mirando que porcentaje de las cancelaciones lo realiza la Fiscalía en comparación con los jueces. ...

Los datos analizados muestran que el total de las órdenes de captura que figuran como vigentes en el sistema central de la Fiscalía a 15 Enero de 2002 es de 216,173. Ejercicios realizados en esta consultoría sugieren que un elevado porcentaje de las órdenes que figuran como vigentes en el sistema ya no existen, 90% en 1999, 82% en el 2000 y 83% en el 2001. Otros muestreos como el realizado recientemente por la Seccional CTI de Bogotá en Diciembre de 2001 demuestran la gravedad del problema. De 82 capturas realizadas en Bogotá porque las personas figuraban con órdenes de captura vigentes en el registro del CTI Bogotá, sólo había 43 órdenes vigentes en el sistema central de CISAD. De esas 43 órdenes vigentes en CISAD sólo 4 resultaron realmente vigentes, las 39 restantes habían sido canceladas y por lo tanto el CTI procedió a liberar a estas personas luego de haberlas capturado injustamente. Si este ejercicio aleatorio arroja datos de arbitrariedad del orden de 95.2% a nivel seccional Bogotá (de 82 órdenes "vigentes" sólo 4.8% estaban realmente vigentes), o de 89.8% a nivel CISAD (de 39 órdenes vigentes en CISAD sólo 4 estaban realmente vigentes) la situación a nivel regional debe ser gravísima. No obstante lo anterior, es muy importante que este muestreo se haya llevado a cabo por iniciativa misma de la Fiscalía pues eso demuestra que se tiene conciencia del problema.

Si a estos muestreos se les agrega que para el año 2001 el procedimiento de cancelación de órdenes de captura al interior de la Fiscalía se toma un promedio de casi tres meses (85 días) y en algunos casos se encontraron órdenes "vigentes" que estaban realmente canceladas hace 15 años, se llega a la conclusión de que el manejo de la cancelación de las órdenes de captura es bastante indiscriminado y arbitrario, y que muchas de esas 216, 173 órdenes que figuran como "vigentes" en el 2001 pueden estar canceladas. Eso sumado al exceso de órdenes que se imparten y no se cumplen, lleva al peligro de que cualquier individuo que alguna vez haya tenido una orden de captura (así sea facultativa) corre el peligro de ser detenido injustamente. Este uso indiscriminado de la orden de captura es peligroso pues genera arbitrariedades y viola uno de los principios fundamentales de derecho penal consagrado en la Constitución como es la presunción de inocencia.

La cuarta variable que se desprende de la arbitrariedad con que se manejan las órdenes de captura en la Fiscalía, son los costos humanos en los que pueden incurrir los detenidos injustamente. Aunque la seguridad de los presos no es responsabilidad de la Fiscalía esta es responsable por detenciones injustas. Según una auditoria de la Contraloría de 1997 hay un promedio de 75 muertes por año en las cárceles. En 1998, según la Policía Nacional hubo sólo en las cárceles de Bogotá 118 muertes de las cuales 110 se reconocieron como homicidios. De las 118 muertes, 92 (78%) se cometieron en la Cárcel Modelo y 26 (22%) en la Picota. La Alta Comisionada de las Naciones Unidas en Colombia denunció 169 muertes en prisiones en 1999, de las cuales 76 o sea el 44.9% ocurrieron en la Cárcel Modelo de Bogotá. Estas cifras demuestran el altísimo riesgo que corren los presos en particular en al Cárcel Modelo de Bogotá, donde se encuentran la mayoría de los sindicados. Como las cifras de la Defensoría y de las Naciones Unidas no discriminan entre si los muertos son sindicados o condenados, es

muy posible, dada la altísima rotación de personal en los centros de reclusión, en particular en la cárcel Modelo de Bogotá, que personas inocentes mueran en las cárceles. Por eso es imperativo disminuir el porcentaje tan elevado de sindicados que permanece injustamente en las cárceles.

Finalmente la última variable relacionada con las órdenes de captura son los altos costos económicos en los que incurre el Estado (por su obligación de reparar o indemnizar los perjuicios causados a los ciudadanos o a la sociedad, cuando incumple total o parcialmente o defectuosamente con los deberes que le imponen la constitución y la ley, con fundamento en el artículo 90 de la Constitución) por la arbitrariedad de la Fiscalía. Además hasta la fecha ningún fiscal se ha hecho responsable de sus acciones, (a pesar de que se cuenta con la ley 678 de 2000 que regula la responsabilidad de los servidores y ex servidores públicos) razón por la cual se siguen impartiendo órdenes de captura injustas.

Esta variable que se analizó con datos suministrados por la oficina jurídica de la Fiscalía General, demuestra que el 78.5% de las acciones de reparación directa presentadas en contra de la Fiscalía son a causa de las detenciones arbitrarias impartidas por los fiscales. El enorme número de acciones de reparación directa correspondiente a las detenciones injustas es un reflejo claro de la severidad del problema de las órdenes de captura arbitrarias que además de atentar contra los derechos fundamentales de los procesados están desangrando el patrimonio del Estado y por ende el de la Fiscalía.

En cuanto a los costos de los procesos que se adelantan en contra la Fiscalía General de la Nación, se presentan en este punto el valor de las pretensiones invocadas en las demandas contra la Fiscalía, los pagos que tiene proyectados la Oficina Jurídica de la Fiscalía por concepto de pagos de sentencias condenatorias y acuerdos conciliatorios contra esta entidad, y la estimación de las cuantías de los procesos por reparación directa que eventualmente serían pagadas si las pretensiones del procesado fuesen favorables. Por ejemplo, en conciliaciones prejudiciales se ha cancelado la suma de \$246.418.614.19. En conciliaciones judiciales se ha cancelado la suma de \$ 455.352.360.08 y en sentencias condenatorias un total de \$3.721.170.872.41. Por lo tanto, el Estado ha pagado un total de \$4.422.941.846.68 por concepto de demandas contra la Fiscalía.

Los elevados valores que alcanzan las indemnizaciones aunque sean considerablemente inferiores a los solicitados en las demandas, son preocupantes y llevan a corroborar otros argumentos expuestos en esta consultoría sobre la importancia de quitarle a los fiscales la facultad de dictar órdenes de captura.

3- Pruebas técnicas

El tercer indicador creado en esta Consultoría para determinar si la Fiscalía es o no arbitraria es el de la prueba técnica. Este índice busca demostrar el impacto de la prueba técnica desde la creación de la Fiscalía pues el incremento porcentual o la predominancia de la prueba técnica en los procesos penales puede incidir positivamente en la imparcialidad de la investigación penal ya que no se condenaría únicamente con base a pruebas testimoniales como ocurría en la mayoría de los casos antes de la existencia de la Fiscalía. Con esto no se esta asumiendo que la prueba testimonial no sea importante, lo que se quiere destacar es que las pruebas técnicas le pueden imprimir un

grado importante imparcialidad a la investigación ya que en muchos casos son un complemento indispensable para llegar a la verdad.

La importancia del aumento de las pruebas técnicas como mecanismos de prueba al interior de un proceso penal, se deriva precisamente del sustento científico que estas poseen, frente al margen de error que se puede derivar si en una decisión de fondo, el fiscal hace uso únicamente de la prueba testimonial. No obstante lo anterior es importante resaltar que la prueba técnica no es *per se* una garantía de imparcialidad, no sólo porque los peritos también se equivocan, o porque el fiscal puede darle un manejo equivocado a una prueba técnica, sino por que en muchos casos una prueba técnica puede llevar a convicciones erróneas, piénsese por ejemplo, en el publicitado juicio de O.J. Simpson en los Estados Unidos.

En principio en esta consultoría sólo se analizará el número y tipo de prueba técnica que realizan Medicina Legal y el CTI pues estas dos dependen de la Fiscalía, la primera porque esta adscrita a la Fiscalía desde 1991, y el CTI porque hace parte de la Fiscalía desde su creación, mostrando el aumento que estas dos organismos han tenido con relación a la práctica de la prueba técnica. Al nivel de Medicina Legal el número de pruebas aumenta en la década de los noventa, en particular química y balística casi se duplican, los reconocimientos médicos, la biología, documentología, topografía y dibujo se duplican, toxicología y fotografía se triplican, y física se quintuplica. Desde 1999 se introducen otras pruebas técnicas como el DNA que aunque son todavía pocas en términos numéricos en comparación con las otras pruebas técnicas, su participación e importancia no es insignificante.

El CTI también presenta una evolución en la práctica de las pruebas que realiza. En este aparte de la consultoría se muestran gráficos que demuestran la manera como ha evolucionado la práctica de la prueba técnica por parte del CTI desde 1997 a 2001. Si se comparan con las pruebas técnicas realizadas por Medicina Legal es claro que el CTI ha tomado la iniciativa en la práctica de ciertas pruebas técnicas sobrepasando a Medicina Legal como en balística y química (Ver página 111 de la Consultoría). También la División del CTI se ha especializado en áreas de la criminalística que no cubre Medicina Legal como son el área de restos óseos y explosivos.

Se concluye entonces que el aumento de la prueba técnica en la década de los noventa puede sugerir que existen mejores condiciones en la actualidad para practicar las pruebas técnicas que a principios de los noventa. La prueba técnica puede ser en muchos casos garantía de imparcialidad en la investigación penal, no sólo porque es verificable por métodos objetivos, sino porque en contraste con la prueba testimonial, en este tipo de pruebas se disminuyen sustancialmente las posibilidades de manipulación. Para cerrar este indicador se efectúan una serie de recomendaciones puntuales que hacen referencia a la medición y uso que puedan hacer los fiscales con estas pruebas técnicas. También se hace énfasis en el hecho de que Medicina Legal este adscrito a la Fiscalía que es el ente acusador, puede generar problemas de parcialidad en la investigación penal. Finalmente se sugiere una mayor preparación por parte de los fiscales para analizar la prueba técnica para que éstos puedan hacer uso de ella sin limitar su valor probatorio.

4- Derechos fundamentales y Fiscalía

El último índice de imparcialidad analizado en esta consultoría es el del respeto de los derechos fundamentales parte de la Fiscalía. Este índice busca mostrar si la Fiscalía afecta los derechos fundamentales de los procesados y por lo tanto si es arbitraria. Como primera medida se usa la tutela ya que éste es el mecanismo judicial más eficaz, y hoy por hoy más popular, con el que cuentan los ciudadanos para proteger sus derechos.

Dada la responsabilidad que tiene la Fiscalía en el curso del proceso penal, se realiza en este último indicador un muestreo sobre algunas de las sentencias de tutela interpuestas en contra de la Fiscalía General de la Nación que han sido revisadas por la Corte Constitucional. Se realiza una muestra de estos casos ante la imposibilidad de conocer el número total de tutelas impetradas en contra de la Fiscalía, pues aunque todas las decisiones de tutela llegan a la Corte Constitucional ésta sólo revisa las que considera más importantes, que son aproximadamente el 1% del total de sentencias que llegan a la Corte.

Se analizan 13 sentencias de tutela contra la Fiscalía entre de los años de 1992 a 2001 que muestran que los derechos más invocados por los procesados son el debido proceso y el acceso a la administración de justicia. Las tutelas en las que se invoca el respeto por el debido proceso pueden ser negadas por la posibilidad de recurrir a otros mecanismos ordinarios de impugnación. Por ello es importante destacar que la negación de la tutela no implica necesariamente que los derechos invocados no hayan sido vulnerados sino que en muchos casos el derecho violado puede protegerse por la vía ordinaria que debe agotarse antes de recurrir al mecanismo de la tutela.

En este aparte también se analizan otras fuentes que sugieren la violación de los derechos de los procesados como las quejas presentadas ante la Defensoría del Pueblo. Según el octavo informe del Defensor del Pueblo al Congreso para el año 2000, los diez derechos que registran mayor frecuencia de vulneración son el derecho a la salud en 2.625 oportunidades, el derecho de petición con 2041 casos, y en noveno lugar se encuentra el debido proceso, la defensa y las garantías judiciales, con una frecuencia de 568 quejas para el año 2000. En el año 2000 también se recibieron 11 quejas por violación al derecho de acceso a la justicia, frente a sólo 4 quejas en el año de 1999. A pesar de que no se encontró un punto de comparación el número de quejas recibidas no es insignificante. 568 quejas es una cifra preocupante de procesos en que no se respetan las garantías judiciales de los procesados, si se tiene en cuenta que en Colombia la gente poco denuncia. Vale la pena analizar por qué se ha incrementado el número de quejas en contra de los fiscales y establecer responsabilidades al interior de la Fiscalía para sancionar a los responsables.

Como en la mayoría de las variables analizadas en el punto 5 de esta consultoría vale la pena destacar que por lo incompleta de la información analizada, se trata sólo de definir un indicador y no de dar un dato estadístico. No obstante lo anterior, la muestra realizada permite concluir que aunque el porcentaje existente de tutelas contra la Fiscalía General no es elevado, el hecho de que exista resulta preocupante pues no es deseable que se presenten problemas de arbitrariedad en el ente encargado de efectuar la investigación y posterior acusación de los sindicados ante los jueces. Este tipo de actuaciones deslegitima el sistema en la medida en que no respeta los derechos de los

procesados que ya de por sí se encuentran en una posición desventajosa frente a la Fiscalía.

Esta consultoría concluye que debe iniciarse un proceso de reforma en el cual gradualmente se remuevan las funciones judiciales de los fiscales, con algunas excepciones como una limitada capacidad de dictar órdenes de captura u ordenar allanamientos en casos extraordinarios y con control judicial posterior. Se demostró ampliamente como razones teóricas y empíricas sugieren que una mayor especialización de los fiscales en la investigación y su concentración exclusiva en esta función, mejoraría tanto la eficiencia como la imparcialidad de la investigación penal.

ESTUDIO DE EXCELENCIA INSTITUCIONAL EN LA FISCALIA FASE I DIAGNOSTICO	4
INTRODUCCION	4
II. ANÁLISIS DE PROPUESTAS DE REFORMA A LA FISCALÍA.....	6
<i>A- Proyectos de reforma de la Fiscalía en el Congreso.....</i>	6
1- Origen.....	6
2- Contenido y trámites de las propuestas de reforma en el Congreso.....	7
<i>B- Discusiones sobre propuestas de reforma a la Fiscalía por parte sectores académicos y profesionales.....</i>	13
1- Foro Nacional "Reforma a las funciones judiciales de la Fiscalía General de la Nación. Universidad de los Andes, Mayo 2001.....	14
a- Multiplicidad de funciones	15
b- La ausencia de imparcialidad del fiscal	16
c- Desequilibrio entre las funciones de defensa y acusación	16
d- Inexistencia del juicio oral.....	16
e- Incumplimiento de convenios internacionales.....	16
2- Foro Universidad del Rosario y el Espectador	18
<i>C- Ventajas y desventajas de las propuestas de reforma a la Fiscalía desde un punto de vista teórico.....</i>	19
1- La desjudicialización de la Fiscalía: perspectivas institucionales y de principios	19
a- Las objeciones basadas en principios procesales y en el desconocimiento de garantías fundamentales	19
b- Las criticas basadas en la ineficiencia	20
c- La propuesta: hacia un sistema acusatorio más ortodoxo	21
2- Las objeciones a esta reforma y las respuestas de sus defensores	22
3- Mantener las funciones judiciales de la Fiscalía e introducir otro tipo de reformas	23
a- Eficiencia	23
b- Juicio oral y público	24
c- Mecanismos de descongestión y simplificación del sistema penal.....	24
d- Inexistencia de una política criminal de Estado.....	25
III. ANALISIS DEL IMPACTO DE LOS NUEVOS CODIGO PENAL Y DE PROCEDIMIENTO PENAL EN LA BUSQUEDA DE EFICIENCIA E IMPARCIALIDAD DE LA FISCALIA	26
<i>A- De las motivaciones de los proyectos de ley presentados por la Fiscalía como sustento de las reformas.....</i>	26
<i>B- Principales reformas introducidas a los nuevos Códigos Penal y de Procedimiento Penal</i>	26
1- Cambio en las normas rectoras del nuevo Código Penal y de Procedimiento Penal.....	27
a- De La Dignidad Humana	27
b- Del derecho a la igualdad	28
2- Cambios en las conductas punibles	28
<i>C- Reformas al Código de Procedimiento Penal.....</i>	29
1- Posibilidad de inadmisión de denuncias	29
2- De la querella	29
3- Cambios en la investigación preliminar	30
a- De la policía judicial.....	30
b- Eliminación de la suspensión	31
c- Ampliación del término de la fase de investigación preliminar.....	31
4- Cambios en la etapa de instrucción	32
5- Definición de la situación Jurídica	32
6- Medidas de Aseguramiento	33
6- Extinción de la acción penal.....	34
<i>D- Conclusiones e implicaciones de la reforma a la Fiscalía en los nuevos códigos.....</i>	35
IV. CONSTRUCCION DE INDICADORES DE EFICIENCIA EN LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION.....	35

<i>A- Introducción.....</i>	<i>35</i>
<i>B- Depuración de las cifras de eficiencia e impunidad.....</i>	<i>36</i>
1- Definición de impunidad en la Fiscalía.....	36
2- Otros estudios sobre impunidad.....	40
<i>C- Problemas de información.....</i>	<i>44</i>
1- Límites a las estadísticas sobre impunidad.....	44
2- Límites en la Fiscalía.....	47
<i>D- Impunidad en la Fiscalía.....</i>	<i>48</i>
1- Denuncia.....	48
2- Etapa de Investigación Previa.....	49
3- Etapa de Instrucción.....	51
<i>E- Eficiencia en la utilización de los recursos.....</i>	<i>54</i>
1- Gasto presupuestal del Sector.....	54
2- Personal.....	58
3- Mediciones de Eficiencia.....	61
a- Carga laboral por fiscal.....	62
b- Congestión.....	63
c- Tiempos procesales penales.....	66
d- Productividad: Gasto vs. descongestión.....	68
<i>E- Comparación con los años 80.....</i>	<i>70</i>
1- El proceso penal.....	71
2- La impunidad antes de la Fiscalía.....	71
<i>F- Conclusión.....</i>	<i>74</i>
V- ANÁLISIS DE IMPARCIALIDAD EN LA FISCALÍA.....	76
<i>A- Autonomía de los Fiscales.....</i>	<i>76</i>
1- Disposiciones legales y jurisprudencia.....	76
2- Primera variable: criterios adoptados por la Fiscalía para la asignación de procesos.....	80
a- Criterios de asignación según la División de Informática de la Fiscalía General de la Nación.....	80
b- Criterios de asignación vistos por un funcionario de la Dirección Nacional de Fiscalías.....	81
c- Criterios de asignación vistos por un asesor de la Dirección Nacional de Fiscalías.....	81
d- Criterios de asignación de la oficina de reparto de la Fiscalía Seccional de Bogotá.....	82
e- Observaciones sobre la opinión de diferentes fiscales en relación con su autonomía.....	82
f- Algunas conclusiones sobre los criterios de asignación de procesos y la imparcialidad de la Fiscalía.....	83
3- Segunda variable: la carrera judicial.....	83
a- Disposiciones legales aplicables al régimen de carrera en la Fiscalía.....	84
b- Empleados de carrera en la Fiscalía.....	86
c- Implicaciones de la decisión del Consejo de Estado en la implementación de la carrera en la Fiscalía.....	86
d- Impacto de la carrera en la Fiscalía.....	87
e- Aspectos positivos de la carrera.....	89
f- Aspectos negativos de la carrera.....	89
<i>B- Ordenes de captura.....</i>	<i>89</i>
1- Condenados y sindicados.....	90
2- Detenciones preventivas arbitrarias.....	92
3- Comportamiento de las órdenes de captura.....	95
4- Costos humanos de las detenciones arbitrarias.....	100
5- Costos económicos de la arbitrariedad de la Fiscalía.....	101
a- Fundamentos legales de la responsabilidad del Estado.....	101
b- Hechos generadores de las acciones de reparación directa.....	103
c- Costos de los procesos que se adelantan contra la Fiscalía General de la Nación.....	105
<i>C- Pruebas técnicas.....</i>	<i>107</i>
1- Pruebas técnicas realizadas por Medicina Legal.....	109

2- Pruebas técnicas realizadas por el CTI	115
3- Algunas conclusiones	117
<i>D- Derechos fundamentales y Fiscalía.....</i>	<i>118</i>
1- Tutelas contra la Fiscalía.....	118
2- Quejas contra la Fiscalía.....	122
3- Conclusiones	122
VI- RECOMENDACIONES PUNTUALES PARA ALCANZAR LA EXCELENCIA	
INSTITUCIONAL.....	123
<i>A- Consideraciones teóricas sobre las bondades de un sistema acusatorio más ortodoxo.....</i>	<i>123</i>
<i>B- Reformas a los Códigos Penales actuales</i>	<i>125</i>
<i>C- En cuanto a la eficiencia.....</i>	<i>126</i>
<i>D- En cuanto a los Sistemas.....</i>	<i>128</i>
<i>E- En cuanto a la imparcialidad.....</i>	<i>129</i>
1-Autonomía de los fiscales.....	129
2-Ordenes de captura.....	130
2- Pruebas técnicas.....	132
3- Derechos fundamentales.....	133
<i>F- Otros.....</i>	<i>133</i>
VII. BIBLIOGRAFÍA.....	134

ESTUDIO DE EXCELENCIA INSTITUCIONAL EN LA FISCALIA FASE 1 DIAGNOSTICO¹

INTRODUCCION

Este estudio consiste en un diagnóstico teórico y empírico de las funciones y el desempeño de la Fiscalía General de la Nación con el objetivo de tener suficientes elementos de juicio para determinar si la Fiscalía actual debe reformarse en el sentido de quitarle sus funciones judiciales y acercarse más a los sistemas acusatorios. No obstante lo anterior los términos de referencia exigen un análisis detallado de las propuestas de reforma a la Fiscalía que cursaron en el Congreso el año pasado, un resumen de las propuestas de reforma a la Fiscalía de la academia, y un análisis del impacto en la Fiscalía de los nuevos Códigos Penal y de Procedimiento Penal que entraron en vigencia en Julio del 2001. Por ello las primeras secciones de esta consultoría tratan estos temas para luego entrar a analizar aspectos teóricos, cuantitativos y cualitativos de la actual Fiscalía.

En la segunda sección se discuten las propuestas de reforma a la Fiscalía que surgieron en el Congreso en el año 2001 y que buscan modificar algunos artículos relacionados con la Fiscalía, principalmente el artículo 250 de la Constitución sobre las funciones de la misma. Aun cuando la última propuesta de reforma a la Fiscalía, Proyecto Número 19 de 2001 Senado, 151 de 2001 Cámara, que ya tenía un debate, fue archivada en Octubre 24 de 2001 por la Comisión Primera de la Cámara, el debate sobre la reforma a la Fiscalía sigue vivo y además algunos sectores académicos y profesionales han hecho contribuciones importantes que deben tenerse en cuenta no solo en el caso probable de que se reviva el debate en el Congreso, sino para determinar si la excelencia de la Fiscalía se lograría mejor con algunos cambios (que pueden ser incluso internos o legales y no necesariamente constitucionales), o si por el contrario, dicha excelencia es posible manteniendo las funciones de la Fiscalía tal y como están hoy. Por lo tanto, luego de discutir el debate en el Congreso, se analizan algunas propuestas de reforma a la Fiscalía que surgieron (algunas ya existían) a raíz del debate en el Congreso en diferentes sectores profesionales y académicos. Finalmente para terminar esta primera sección se discuten las ventajas o desventajas teóricas de las propuestas de reforma. Este análisis sienta bases teóricas suficientes para determinar las ventajas y desventajas del sistema actual, y también sugiere reformas alternativas que nada tienen que ver con los dos modelos teóricos para mejorar algunos aspectos de la excelencia de la investigación penal actual.

En la tercera sección de esta Consultoría se analiza el impacto de los nuevos Códigos Penal y de Procedimiento Penal en la Fiscalía actual y en una Fiscalía reformada. El objetivo de esta sección es identificar y analizar los principales cambios introducidos por los nuevos Códigos Penal y de Procedimiento Penal (Leyes 559 y 600 de 2000). Este análisis se realiza haciendo énfasis en aquellos artículos que tienen incidencia directa en la eficiencia e imparcialidad del procedimiento en las etapas de investigación

¹ Autor: Elvira María Restrepo, Ph.D. Investigadora Asociada Fedesarrollo.
Especiales agradecimientos por su valiosa colaboración a Ariane Ortiz y Angela María Rodríguez.
También agradezco a Rodrigo Uprimny y al equipo de Fedesarrollo por toda la ayuda prestada.

preliminar y de instrucción adelantados por la Fiscalía. Esto permite concluir que los cambios realizados por los nuevos Códigos Penal y de procedimiento Penal, no introdujeron un nuevo sistema penal, sino que por el contrario, a pesar de las reformas, se mantuvieron los lineamientos procedimentales y sustanciales existentes en la normatividad derogada. Finalmente, se realiza una proyección de las consecuencias directas que tendría la eliminación de las funciones judiciales de la Fiscalía General de la Nación sobre los Códigos Penal y de Procedimiento Penal de 2000.

En la cuarta sección se hace un análisis cuantitativo del desempeño de la Fiscalía con el objeto de analizar el problema de la impunidad y de la eficiencia de la Fiscalía. Dadas las limitaciones de información en este tema, se analiza el problema de la impunidad y de la ineficiencia con la ayuda de indicadores que permitan observar los resultados logrados de acuerdo con los insumos económicos y humanos disponibles. El análisis se restringe al sistema penal y los delitos que hoy en día son competencia de la Fiscalía General de la Nación. Se realizan en lo posible comparaciones con cifras de impunidad y de costo eficiencia de los años 80, período en que el sistema era puramente responsabilidad de los jueces. Dadas las restricciones de información, en particular la existencia de información consolidada y completa de la Fiscalía sólo desde 1996, la inexistencia de información sobre la etapa pre-judicial, y por la novedad y limitaciones de los sistemas de información que existen en la Fiscalía, la mayoría de los cuales están siendo implementados todavía, las mediciones sobre impunidad obtenidas en esta sección deben mirarse no como estadísticas exactas sobre la impunidad existente, sino como bases para la construcción de indicadores de eficiencia en la Fiscalía General de la Nación. De hecho uno de los propósitos fundamentales de esta sección consiste en sentar unas bases metodológicas claras y unos criterios uniformes para analizar el tema de la impunidad en el futuro.

En la quinta sección se medirá el nivel de imparcialidad de la Fiscalía a partir de unos índices creados en esta Consultoría y de evidencia empírica. Estos índices, que se deben mirar como indicadores y no como información estadística, pretenden observar algunas tendencias de la Fiscalía y de sus funcionarios, en particular, la autonomía de los fiscales, el manejo de las detenciones preventivas, la importancia de las pruebas técnicas y el respeto de los derechos fundamentales por parte de la Fiscalía. Los cuatro índices se escogieron por su relevancia en la actuación imparcial de la Fiscalía y de sus funcionarios. Las mediciones sobre impunidad e imparcialidad analizadas en los puntos cuarto y quinto de esta consultoría son la base empírica para dar elementos de juicio sobre si la Fiscalía actual debe reformarse o no.

Finalmente se hará un análisis crítico de los resultados de esta Consultoría para así dar unas recomendaciones puntuales sobre como lograr la excelencia institucional de la Fiscalía y sobre las bondades de algunas reformas al sistema actual. Las recomendaciones partirán fundamentalmente de las dos acepciones de excelencia institucional analizadas en esta Consultoría, la eficiencia y la imparcialidad. Como se explica más adelante estas dos no agotan la definición de excelencia judicial que necesariamente debe incluir factores tales como el acceso a la justicia, la igualdad en el trato, la transparencia, y la independencia y autonomía de la Fiscalía.

Para efectos de esta Consultoría se define la excelencia institucional como la capacidad de la Fiscalía de investigar y acusar (o absolver) con eficiencia e imparcialidad a quienes

se presume que han cometido delitos. La eficiencia se mira desde diferentes acepciones explicadas en detalle en el punto 4, pero en esencia se define como la capacidad de la Fiscalía para investigar a los autores de presuntas conductas punibles, sin demoras injustificadas y de manera que se haga justicia antes de que las conductas investigadas prescriban y antes de que el paso del tiempo oscurezca las pruebas necesarias para esclarecer los hechos investigados y así sentar las bases para llegar a la 'verdad'.

En el análisis que se hace en la cuarta sección de esta consultoría sobre los indicadores de eficiencia se tendrá en cuenta cuáles situaciones o actuaciones de la Fiscalía generan impunidad que es responsabilidad de la Fiscalía. En esta sección se pretende establecer las bases empíricas para determinar si las propuestas de reforma a las funciones de la Fiscalía le permitirán ser medianamente eficiente o no. Se dice "medianamente eficiente" pues se parte del supuesto de que ningún sistema penal puede ser 100% eficiente. De hecho sistemas penales considerados como eficientes, como por ejemplo el de los Estados Unidos, tienen índices de "impunidad" o ineficiencia numéricamente elevados². Por eso al concepto de eficiencia le añadimos el de imparcialidad. La imparcialidad la definimos como la capacidad objetiva y subjetiva de la Fiscalía de tomar decisiones justas, siguiendo procedimientos objetivos y dándole el mismo trato a las partes involucradas en el proceso. La imparcialidad es fundamental para poder hablar de excelencia en la Fiscalía, y es un principio que complementa el de eficiencia. De hecho un sistema penal puede ser muy eficiente - piénsese por ejemplo en la justicia penal de una dictadura militar represiva - pero no necesariamente justo. Se ha demostrado ampliamente que si un sistema penal es imparcial la gente tendrá razones de sobra para acudir a la justicia a resolver sus conflictos en vez de no hacer nada (y aumentar la criminalidad oculta), o en situaciones más extremas, hacer justicia por mano propia (justicia privada)³. Por eso, este componente es quizás casi más importante que el de eficiencia en la búsqueda de la excelencia institucional de la Fiscalía, a pesar de que la mayoría de los estudiosos del tema se preocupan más por la congestión y la impunidad cuantitativa.

A pesar de que la dimensión de excelencia institucional de la Fiscalía no se agota con el logro de niveles aceptables de eficiencia e imparcialidad estas dos son quizás las características más importantes para que la Fiscalía logre un nivel aceptable de excelencia institucional en la investigación e instrucción de los procesos penales.

II. ANÁLISIS DE PROPUESTAS DE REFORMA A LA FISCALÍA

A- Proyectos de reforma de la Fiscalía en el Congreso

1- Origen

El proyecto de reforma de la Fiscalía fue inicialmente anunciado por Rómulo González, Ministro de Justicia y Derecho. Según el Fiscal General saliente, Alfonso Gómez

² En EEUU Walker, S. (1998) demuestra que de 6 millones de delitos reportados y no reportados en un año, sólo 63 000 personas fueron condenadas a prisión, es decir sólo el 1 % de los supuestos delincuentes. Sin embargo un análisis más detallado explica esa cifra llegando a la conclusión de que de ninguna manera el sistema de los EEUU es ineficiente o genera niveles insostenibles de impunidad. Ver Acosta, O. L. et al. (1999).

³ Hart, L.W.H. , y Cuellar, M.M.: 2000.

Méndez, algunos hechos posteriores parecen indicar que el anuncio del Ministro no había sido discutido al interior del Gobierno⁴. Por consiguiente el gobierno retiró el proyecto. Sin embargo, a principios del 2001 cuando la filiación política del Fiscal (entonces liberal) iba a cambiar por un conservador ya que la terna la elabora el Presidente, en este caso Andrés Pastrana, la propuesta de reformar la Fiscalía se retoma en la Cámara. Por ende se puede afirmar que a nivel del Congreso el debate sobre la reforma de la Fiscalía tuvo un origen netamente político. El tratadista de Derecho Constitucional, y miembro de la Comisión Legislativa de la Asamblea Nacional Constituyente, Alvaro Echeverri Uruburo corrobora este hecho en un Foro sobre la Fiscalía que se llevó a cabo en la Universidad del Rosario algunos días después de la iniciativa parlamentaria:

“La propuesta de reforma que se debate surge de una manera inopinada, y sin duda alguna improvisada. No ha habido un debate previo en la opinión ni en la academia. En la formulación de la propuesta por parte del partido liberal, aparece un elemento de oportunismo político, que rebaja el nivel del debate académico de la propuesta.

“Por otra parte, la propuesta del gobierno fue improvisada porque no se soportaba en ninguna información estadística que demuestre que la Fiscalía ha actuado de manera ineficiente durante estos diez años de vigencia, no tenía fundamento empírico y por lo tanto la reforma a la Fiscalía no tiene ninguna justificación cuantitativa.

“Cuando la propuesta la tomó el partido liberal, ésta se “mezquinó” porque su razón no es buscar una reforma a la Fiscalía que responda a las necesidades del país, sino que el próximo fiscal va a ser conservador y por lo tanto la Fiscalía debe debilitarse⁵.”

2- Contenido y trámites de las propuestas de reforma en el Congreso

A nivel del Congreso, el debate sobre la reforma de la Fiscalía, con el objetivo principal de disminuirle sus poderes y funciones, se inició el 29 de Marzo de 2001 cuando el Representante, Charles Schultz Navarro, presentó ante la Secretaría General de la Cámara el Proyecto de Ley No 168 con su correspondiente exposición de motivos. El Proyecto de Acto Legislativo 168 pretendía modificar los artículos 116, 249 y 250 de la Constitución. La reforma del artículo 116 suprimía a la Fiscalía entre las instituciones del Estado que administran justicia⁶. La del artículo 249 modificaba la forma de elección del Fiscal General disponiendo lo siguiente:

“El Fiscal General de la Nación será elegido para un período de cuatro años por la mayoría de los votos que de forma secreta y directa, depositen los ciudadanos en la fecha y con las formalidades que determine la ley, y no podrá ser reelegido⁷”

⁴ Columna de Opinión escrita por el Fiscal General, Alfonso Gómez Méndez, y publicada por la Revista Cambio en su edición de 19 Marzo de 2001.

⁵ Palabras de Alvaro Echeverri Uruburo. Foro Universidad del Rosario, Abril 24 de 2001.

⁶ Proyecto de Acto Legislativo No. 168 de 2001 Cámara.

⁷ Ibid, p2.

La propuesta de reforma del artículo 250 introduce cambios de redacción en la mayoría de los incisos de este artículo pero en lo fundamental reforma el numeral 1 que queda así:

“Asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, solicitando ante el juez competente las medidas de aseguramiento del caso...”⁸”

Finalmente se buscaba reformar el inciso final del artículo 250 diciendo que todas las otras diligencias que limiten los derechos fundamentales del investigado tales como allanamientos, interceptación de comunicaciones, etc., serían competencia exclusiva del juez competente. Firman el proyecto los Representantes Charles Schultz Navarro, Manuel de Jesús Berrío Torres, y otras firmas ilegibles.

En su exposición de motivos utilizan argumentos garantistas similares a los que se discutirán más adelante para justificar el retiro de las funciones judiciales de la Fiscalía. Entre los argumentos que más llaman la atención está: “...el país esta fatigado de un proceso penal lleno de sorpresas, inundado de terror y carente de lógica⁹.” Además se critica el exceso de poder en una sola institución. Para los ponentes es claro que la Fiscalía ha demostrado su fracaso lo cual hace imperativa su completa reestructuración para equilibrar los poderes, hacerla imparcial y más eficiente en su tarea de investigar y acusar sin que administre justicia en su actual doble condición de juez y parte.

El 17 de Abril de 2001 el Senador Humberto Gómez Gallo presentó en la Secretaría General de la Cámara de Representantes el Acto Legislativo No 181 de 2001 Cámara con su correspondiente exposición de motivos. Dicho Acto Legislativo pretendía reformar los artículos 116 y 250 de la Constitución en el mismo sentido que el Proyecto 168 analizado anteriormente. Se introducían sin embargo dos artículos nuevos. El primero, un artículo transitorio en el cual se dispone que el Congreso tramitará la ley que realice los ajustes procedimentales concordantes con el Acto legislativo, o el Código de Procedimiento Penal dentro del los seis meses siguientes a su promulgación; y el segundo que introducía el juicio oral, público, sin dilaciones injustificadas y con aplicación de los principios procesales pertinentes. Finalmente el Proyecto 181 suprime la reforma al artículo 249 con el cual se pretendía en el Proyecto 168 cambiar el método de elección del fiscal por su elección popular¹⁰. El proyecto de Acto Legislativo lo firman los Senadores Luis Humberto Gómez Gallo, Guillermo Chaves, Gustavo Ramos, Jairo Corral, Germán Navas y sigue una lista de firmas ilegibles. En la Exposición de motivos del Proyecto 181 se dice:

“El presente Proyecto de Acto Legislativo pretende hacer eco de lo que ya, más que una simple discusión de corte jurídico- académico, se ha convertido en uno de los más sentidos clamores nacionales¹¹.” Continúa con el argumento garantista de los proyectos de reforma anteriores diciendo que el sistema actual no sólo es un factor de grave deterioro de los derechos fundamentales sino que “no ha podido reducir los índices delictivos ni disminuir de manera efectiva las altas tasas de impunidad”.

⁸ Ibid, p 2

⁹ Ibid, p 5.

¹⁰ Proyecto de Acto Legislativo No 181 de 2001 Cámara.

¹¹ Ibid, p2.

Se asume asimismo, como en la mayoría de los proyectos de reforma de la Fiscalía que el simple retiro de las funciones judiciales de la Fiscalía automáticamente garantizará los derechos fundamentales de los investigados y generará mayor eficiencia en la investigación penal ya que los fiscales se dedicarán única y exclusivamente a esta función.

Pocos días después el Representante a la Cámara, William Sicachá presentó el Proyecto de Acto Legislativo 151 de 2001, otro proyecto de reforma que consistía en reformar el artículo 250 de la Constitución de 1991. Este proyecto como los dos anteriores, pretendía reformar aquellos preceptos mediante los cuales se le otorgan a los fiscales funciones judiciales tales como la adopción de medidas de aseguramiento, las órdenes de registro y allanamiento, de interceptación de comunicaciones, y en general, de actividades que afecten los derechos fundamentales del procesado y dárselos a los jueces. En lo fundamental la propuesta del Congreso busca limitar el poder de los fiscales de manera que estos no puedan restringir los derechos de los investigados sin orden judicial previa. Esto en teoría limitaría el ejercicio arbitrario del poder investigativo de los fiscales. Dado que este proyecto fue aprobado en la Comisión de la Cámara se transcribe el texto aprobado destacando en negrillas las modificaciones propuestas al artículo 250 de la actual Constitución:

PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO NUMERO 151 DE 2001 CAMARA

"Por medio del cual se modifica el artículo 250 de la Constitución Política de Colombia.

El Congreso de Colombia DECRETA:

"Artículo 1º. El artículo 250 de la Constitución Nacional quedará así:

Corresponde a la Fiscalía General de la Nación, de oficio o mediante denuncia o querrela, investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante el juez competente. Se exceptúan los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio. Para tal efecto la Fiscalía General de la Nación deberá:

"1. Asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, solicitando ante el juez competente la adopción de una medida de aseguramiento.

"2. Calificar las investigaciones realizadas y acusar ante juez competente.

"3. Requerir ante el juez competente la preclusión de las investigaciones cuando no hubiera mérito para acusar sin perjuicio de la aplicación del principio de oportunidad.

"4. Requerir ante el juez competente las medidas necesarias para hacer efectivo el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito.

"5. Dirigir y coordinar las funciones de policía judicial que en forma permanente cumple la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley.

"6. Velar por la protección de las víctimas, testigos e intervinientes en el proceso.

"7. Cumplir las demás funciones que establezca la ley.

El Fiscal General de la Nación y sus delegados tienen competencia en todo el territorio nacional.

La Fiscalía General de la Nación está obligada a investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado, y a respetar sus derechos fundamentales y las garantías procesales que le asisten."

"Parágrafo transitorio primero. La ley establecerá por un término de 10 años prorrogables por una vez, los delitos en los cuales la Fiscalía mantendrá las funciones de dictar medidas de aseguramiento y las medidas necesarias para asegurar el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito, para lo cual el Congreso cuenta con un lapso de nueve meses contados a partir de la expedición del presente acto legislativo¹²."

El proyecto fue presentado a consideración del Congreso por los siguientes representantes a la Cámara: William Dario Sicachá, Omar Torres E, Bacilio Villamizar, Germán Navas, Carlos A. Barros, María T. Uribe, César García, José Arlén Carvajal, Jesús Ignacio García V., Edgar E. Torres, Javier Castaño, Guillermo García Zapata, Zamir Silva A., William Veléz, Jeremías Cerillo Reina, Antonio Bellos, Elsy Melo, Francisco Martínez Ariza, Carlos Ramos, Benjamín Higuera Rivera, Gustavo Ramos A., María Álvarez Celis, Héctor Arango, Tarquino Pacheco, Jorge C. Pérez y siguen nombres y firmas ilegibles. Los ponentes del texto del proyecto aprobado el 26 de Abril de 2001 fueron Antonio Navarro Wolf, Luis F. Velasco, Tarquino Pacheco, Jesús I. García y Roberto Camacho.

El objetivo principal del Proyecto de la Cámara era quitarle las funciones judiciales a la Fiscalía y asignárselas a los jueces de la República. Algunos de los argumentos esgrimidos en proyecto de Reforma de la Cámara son:

"Las modificaciones propuestas en el presente acto legislativo no están encaminadas al cuestionamiento de la institución, Fiscalía General de la Nación, ni de sus funcionarios en cuanto a la transparencia, capacidad y honestidad en el ejercicio de sus competencias, pero sí, a modificar el sistema penal constitucional para alcanzar una mayor protección del Estado de Derecho y por ende de los asociados, siempre en busca de la fortaleza al límite material del poder, garantizando con ello la protección de los Derechos Fundamentales de las personas.

"La modificación que se plantea es buscar la protección del ciudadano de conformidad con la práctica dogmática de la Constitución que siempre resulta garantista...."

"La Fiscalía debe continuar haciendo parte de la rama judicial ...porque sin la función de asegurar continúan administrando justicia...¹³"

Curiosamente en el mismo texto de la Cámara se incluía un parágrafo transitorio donde se establecía que por el término de diez años, prorrogable por otro tanto, y por los delitos que estableciera la ley, la Fiscalía mantendría las funciones judiciales que hoy tiene.¹⁴

¹² Texto al Proyecto de Acto Legislativo No. 151 de 2001 Cámara.

¹³ Ibid.

¹⁴ Ibid.

En el informe de ponencia para segundo debate del Senado de Junio de 2001 se modifica y adiciona el proyecto inicial de la Cámara. El texto del Proyecto de Acto Legislativo No 19 de 2001 Senado, 151 de 2001 Cámara aprobado por la Comisión Primera del Senado queda así¹⁵:

“Corresponde a la Fiscalía General de la Nación, de oficio o mediante denuncia o querrela, investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante el juez competente. Se exceptúan los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio. Para tal efecto la Fiscalía General de la Nación deberá:

“1. Asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, solicitando ante el juez competente la adopción de una medida de aseguramiento, las órdenes de registro y allanamiento, de interceptación de comunicaciones, y en general, la realización de actividades que afecten los derechos del procesado. .

“2. Aplicar el principio de oportunidad con sujeción estricta a la ley y previo control judicial.

“3 Solicitar al juez competente, cuando exista prueba necesaria para ello, la apertura de un juicio público, oral y contradictorio.

“4. Requerir ante el juez competente la preclusión de las investigaciones conforme a la ley, cuando no hubiere mérito para acusar.

“5. Requerir ante el juez competente las medidas necesarias para hacer efectivo el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito.

“6. Dirigir y coordinar las funciones de policía judicial que en forma permanente cumple la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley.

“7. Velar por la protección de las víctimas, testigos e intervinientes en el proceso.

El Fiscal General de la Nación está obligado a investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado, y a respetar sus derechos fundamentales y las garantías procesales que le asisten.”

“Parágrafo transitorio: Provisionalmente la Fiscalía mantendrá sus... (funciones judiciales)... respecto de los presuntos infractores de hechos punibles de competencia de los jueces Penales de Circuito Especializados, sin perjuicio de su revisión posterior por estos jueces, y durante el tiempo de su existencia.”

También revisten al Presidente de la República por seis meses para que expida un nuevo Código de Procedimiento Penal y el estatuto de carrera judicial de la Fiscalía. Finalmente crean un nuevo artículo en la Constitución por medio del cual se crea el Sistema Nacional de Defensoría Pública.

El texto de Acto Legislativo No 19 de 2001 Senado, 151 de 2001 Cámara lo firman los Senadores Cecilia Rodríguez, Luis Humberto Gómez, Jesús Enrique Piñacué y Germán Vargas.

¹⁵ Esta vez destacaré en negrillas las reformas que el Senado le hace al texto aprobado por la Cámara.

El Senado justifica la reforma de la Fiscalía porque en su saber esta institución “no ha tenido la efectividad que se quería, y además tampoco ha sido garantista de los derechos de los procesados, sencillamente porque se mantuvo el esquema inquisitivo, pero con la Fiscalía General de la Nación¹⁶.”

Otros argumentos esgrimidos en la ponencia del Senado como soporte de su reforma dicen: “La imparcialidad judicial se ve afectada en la medida en que el funcionario que investiga tenga facultades de juez, porque él está interesado en el resultado de la investigación. Su función principal es investigar, lo cual es incompatible, como ya se expuso, con la función de garantizar las libertades del sindicado¹⁷.” Además, se argumenta que la Fiscalía no ha aportado eficacia a la persecución penal, ni ha logrado combatir el crimen organizado como estos datos, citados sin fuente, lo demuestran:

“Sin embargo alrededor de 1 100 000 procesos permanecen dentro del sistema para su investigación y su número crece a una tasa anual del 5%. Alrededor de 300 000 investigaciones quedan inactivas anualmente. Esto representa el 36% del total de las salidas de la etapa acusatoria para 1996, el 40 % para 1997 y 1998 y un 34% para 1999. Estas cifras sugieren un alto índice de impunidad ...”¹⁸

La ponencia concluye que la administración de justicia en Colombia se encuentra colapsada, continuando así con los argumentos de carácter eficientista que han caracterizado la retórica de reforma judicial desde los años setenta, pero esta vez con un componente nuevo, a saber el garantismo, es decir, la necesidad de combatir el delito sin sacrificar los derechos fundamentales de las partes involucradas en el proceso.

El Procurador General, Edgardo Maya Villazón, quien participó en uno de los debates de la ponencia trae las mismas cifras de ineficiencia citadas en la ponencia del Senado, nuevamente, sin citar fuentes o explicaciones metodológicas sobre como se midió la ineficiencia. Añade que en la etapa de instrucción aumenta el número de procesos represados a pesar de la tendencia decreciente del represamiento gracias a una caída en la demanda. Así, según el Procurador, el porcentaje de procesos represados cayó de 40 % en 1997 a 34% en el 2000. Esto equivale a un total del 307 000 procesos que no hicieron tránsito a la etapa de instrucción, ni tampoco abandonaron el sistema. En cifras reales entre 1996 y 2000, según el Procurador, un promedio de 360 000 procesos anuales ingresaron a la instrucción y un promedio de 300 000 procesos anuales permanecieron dentro del sistema como inventario inicial.

En la ponencia del Senado también se proponía que,

“Excepcionalmente la ley podrá facultar a la Fiscalía para realizar capturas y allanamientos sin orden previa del juez. En estos casos se realizará control judicial por parte del juez competente a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes¹⁹”. Esto último sin embargo no se incluyó en el texto aprobado por el Senado.

¹⁶Informe de Ponencia para Segundo Debate al Proyecto de Acto Legislativo Número 19 de 2001, 151 de 2001 Cámara. Gaceta del Congreso, Año X- No 297 (2001), p2.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Ibid, p. 6.

Este tercer proyecto de reforma constitucional que había sido aprobado sin mayores complicaciones en la primera vuelta de la anterior legislatura, empezó a oír voces de rechazo en la segunda vuelta. Así el representante del Colegio de Jueces y Fiscales dijo que al país no le convenía el cambio al sistema acusatorio por cuanto la defensa de los ciudadanos se volvería elitista, ya que la situación crítica del país no permitía garantizar una defensoría pública eficiente. En opinión de esta Consultoría esta afirmación que quizás encuentra sustento en un estudio del Instituto Ser de los años 1980s, contradice los argumentos esgrimidos por los expertos en sistemas acusatorios que sugieren todo lo contrario. Existe unanimidad en la literatura respectiva en el sentido de que el sistema acusatorio es más garantista de los derechos de las partes que el inquisitivo o semi-acusatorio. Por su parte Asonal Judicial también se opuso con argumentos jurídicos confusos, pero dejando entrever que lo que más le preocupaba del cambio era el despido masivo del personal que actualmente laboraba en la Fiscalía. No debe olvidarse que hoy por hoy la Fiscalía es una de los mayores empleadores públicos del país. El Fiscal General, Luis Camilo Osorio, y el Ministro del Interior, Armando Estrada, por su parte calificaron la propuesta de reforma de la Fiscalía como inconveniente. El Fiscal General destacó la gestión alcanzada por la Fiscalía en diez años, en particular en temas como el lavado de dineros, la lucha contra el narcotráfico, secuestro, extorsión, genocidio y otros delitos de alto impacto. Explicó también que los sistemas acusatorios puros funcionan en países desarrollados donde existen recursos suficientes para la defensa y protección de testigos²⁰.

Finalmente el 24 de Octubre de 2001 y por razones no del todo claras, la Comisión Primera de la Cámara de Representantes archivó el proyecto No 19 de 2000 Senado y 151 de 2000 Cámara por medio del cual se modificaba el artículo 250 de la Constitución. La votación fue de 22 votos en contra y 4 a favor.

No obstante, y a pesar de su origen político y del archivo a nivel del Congreso de la reforma de la Fiscalía, el debate sobre la posible reforma de la Fiscalía estimuló foros públicos en algunas de las principales Universidades del país. Este debate que continua, es sano y no debe desaprovecharse. La Fiscalía es sin duda uno de los principales responsables del buen o mal desempeño de la justicia penal en Colombia. Por esa razón se expondrán a continuación los argumentos que sobre la Fiscalía actual se discuten en foros universitarios, analizando sus ventajas y desventajas.

B- Discusiones sobre propuestas de reforma a la Fiscalía por parte sectores académicos y profesionales

En los medios académicos y profesionales y en algunas instituciones del Estado se ha venido debatiendo sobre la necesidad de reformar la Fiscalía, en particular de quitarle sus funciones judiciales, por ejemplo su capacidad de dictar medidas de aseguramiento como la detención preventiva a los investigados. Foros llevados a cabo en las Universidades de los Andes y del Rosario, haciendo eco al debate que se estaba gestando en el Congreso, recogieron las principales opiniones al respecto²¹.

²⁰ Extractado de El Diario, 24 Octubre 2001.

²¹ Hasta la fecha ha sido imposible conseguir las memorias del Foro de la Universidad Nacional el año pasado.

1- Foro Nacional “Reforma a las funciones judiciales de la Fiscalía General de la Nación. Universidad de los Andes, Mayo 2001

Alfredo Fuentes, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, sostiene que,

“...después de 10 años la Fiscalía ha demostrado...serias falencias para cumplir con eficacia y garantías los fines de persecución y sanción de los infractores de la ley penal²²”. “Al crearse la Fiscalía...triunfó la tesis que apoyaba el sistema mixto, de tendencia inquisitiva, que en últimas mantuvo la estructura anterior, cambiando simplemente el nombre de juez de instrucción criminal por el de fiscal, a quién se le facultó para dictar medidas de aseguramiento sin control judicial previo²³.”

A renglón seguido, Fuentes sostiene que los resultados de la productividad de la Fiscalía dejan mucho que desear dado el grado de congestión de la entidad. Desafortunadamente, como en la mayoría de los casos, Fuentes no explica como mide este índice de congestión y provee cifras sólo para el 1996. En contraste, el Fiscal saliente, Alfonso Gómez Méndez, en documento presentado a la Corte Suprema de Justicia niega que la Fiscalía sea tan ineficiente como se dice, índices del 96.5% de impunidad, son errados y peligrosos. Gómez expone las cifras de un estudio contratado por la Fiscalía con el CIDER de la Universidad de los Andes en 1999, en el cual a partir de una Censo Nacional de expedientes se calcula el índice de impunidad de la Fiscalía. Los resultados de dicho Censo sugieren un índice de impunidad de 55.4 %, porcentaje muy inferior al 96.5% antes citado²⁴. Sin entrar en esta sección a discutir sobre la veracidad de estas dos cifras tan distantes, tema que se analiza en detalle más adelante, basta decir que los datos estadísticos no pueden tomarse como verdades absolutas por sí mismos. Además al mirar en conjunto las mediciones sobre la eficiencia de la Fiscalía no se encuentran hasta la fecha, dos estudios similares, ni mucha explicación sobre como se realizan dichas mediciones. Por eso proponemos en esta Consultoría hacer un análisis más crítico de las mediciones y argumentos sobre la ineficiencia de la Fiscalía existentes.

Defendiendo su argumento sobre la mayor eficiencia alcanzada por la Fiscalía desde un punto de vista cualitativo y no cuantitativo, Gómez Méndez sostiene que sin la Fiscalía actual no se hubiera podido “judicializar”, como se ha hecho, toda la cúpula de la Farc, el Eln, y el paramilitarismo. Estos argumentos no se tienen en cuenta por Fuentes al criticar el funcionamiento de la Fiscalía. Además debe tenerse en cuenta que los estudios estadísticos no pueden explicar problemas aparentes, pero sí un mejor entendimiento sobre sus dimensiones, su naturaleza y su relativa importancia.

Fuentes también sostiene que es necesario instaurar controles que garanticen el ejercicio no arbitrario del poder del Estado. Esta, que quizás es la crítica más fuerte que se le hace a la Fiscalía, se basa en los siguientes argumentos:

²² Palabras del Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Alfredo Fuentes, en la instalación del Foro Nacional: Propuesta de reforma a las funciones judiciales de la Fiscalía.(2001), p11

²³ Ibid, p12.

²⁴ Fiscalía General de la Nación “Censo Nacional de Expedientes Activos”: 2001, p. 16-20. Debe tenerse en cuenta que el estudio de Cider sólo mide la impunidad en los expedientes activos, y deja de lado el resto (aproximadamente un 50% de expedientes que están inactivos)

a- Multiplicidad de funciones

En la etapa de investigación el fiscal es investigador y por ello debe dirigir la investigación decretando y valorando pruebas. También actúa como juez ya que tiene que decidir sobre la libertad del sindicado. Además es defensor pues debe investigar tanto lo favorable como lo desfavorable. Finalmente debe contestar los recursos y actuaciones interpuestos por los abogados defensores. Por eso el fiscal en Colombia no puede concentrarse en la esencia de su tarea que es dirigir la investigación, coordinar la policía judicial y recaudar pruebas para acusar ante los jueces. Gómez Méndez disiente sobre el hecho de que el fiscal sea juez y parte:

“no es totalmente cierto que la investigación esté exclusivamente en manos del juez y que éste sea a su vez investigador y fallador porque la tercera parte de la Fiscalía General de la Nación está integrada por el cuerpo técnico de investigación criminal, que es auxiliar del fiscal en la investigación; es decir, hay una unión entre fiscal e investigador”²⁵.”

En cuanto a la actuación del fiscal como juez, Gómez sostiene que el fiscal pertenece a la Rama Judicial como el juez y por lo tanto sus decisiones judiciales, como la orden de detención preventiva, gozan de todos los controles legales, penales, y disciplinarios que tienen las actuaciones de un juez. Además se pregunta si un juez de una región controlada por uno o más actores del conflicto armado sería capaz, de manera aislada, de dictar una orden de captura contra una de las cabecillas de las Farc o de los paramilitares. Precisa entonces que esa fue la razón de ser de la Fiscalía, tener una organización central a cargo de la investigación criminal capaz de hacerle frente, de manera institucional y no individual, al crimen organizado. Sobre el fiscal como defensor, es decir como encargado de investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al investigado, Gómez sostiene:

“Yo me pregunto si en Colombia podemos llegar nosotros a un sistema concebido en esta forma (un sistema acusatorio puro) para que haya un equilibrio real entre defensa y acusación, cuando hoy en día tenemos el problema que ya se ha mencionado de la Defensoría Pública, muchos procesos declarados nulos por falta de defensa adecuada...¿de dónde van a salir los recursos para tener un sistema adecuado de defensa pública? No lo tenemos ahora, con un sistema con el cual el fiscal investiga lo favorable y desfavorable, ¿qué va a ocurrir en el futuro? Lo que se va es a acentuar la diferencia entre los sindicados que pueden pagar abogados costosos, con oficinas para hacer investigaciones, incluso investigaciones científicas y técnicas, y los demás sindicados que no van a poder pagar abogados”²⁶.”

El Profesor y consultor, Jaime Enrique Granados, con un criterio similar dice que el principio de la investigación integral, es decir, la investigación tanto de lo favorable como lo desfavorable al investigado, existe en Alemania (Párrafo 160 #2 de la Ordenanza Procesal Penal Alemana), y que parte de la base de que una investigación tiene que mostrar todo lo que se encuentre en el camino, le sirva o no a la fiscalía o a la defensa, y la fiscalía está obligada a develar ese resultado de la investigación.

²⁵ Memorias Foro Nacional: Propuesta de reforma a las funciones judiciales de la Fiscalía: 2001: 34.

²⁶ Ibid, p.42.

b- La ausencia de imparcialidad del fiscal

Fuentes sostiene que es imposible exigirle a un mismo funcionario que decreta y valora pruebas para acusar al investigado, que sea verdaderamente imparcial al restringir la libertad del mismo. Esta, que es una de las críticas centrales más severas que se le hace a la Fiscalía, parte de cifras preocupantes que demuestran que más de la mitad de los presos en Colombia son personas con medida de aseguramiento que no han sido condenados todavía²⁷. Lo que no dice Fuentes es que esta situación antecede la creación de la Fiscalía, y es la misma desde mediados de los años setenta cuando los mismos jueces a quienes se les quiere dar la potestad exclusiva de dictar medidas de aseguramiento, eran quienes dictaban órdenes de captura. Gómez Méndez sostiene que el debate está mal enfocado. Se pregunta porque se piensa que un juez que dicta una orden de detención es más independiente y por lo tanto limita los riesgos de una detención injusta. En su opinión el verdadero debate está en si debe o no haber detención preventiva en vista de que en muchos casos, como se demuestra más adelante, se han detenido injustamente inocentes. Para Gómez Méndez es indudable que si debe existir la detención preventiva, pues plantea que sería imposible armar un proceso contra Carlos Castaño o el Mono Jojoy si les permitiera irse a su casa mientras hay una sentencia condenatoria en firme. Sin embargo, como lo explica Granados, la imparcialidad viene dada no tanto porque sea un fiscal o un juez quien dicta una medida. En este aspecto tiene razón el Fiscal Gómez Méndez, lo que ocurre, según Granados, es que esta mejor protegida la imparcialidad, si quien dicta la medida de aseguramiento no es la misma persona que adelanta la investigación y que tiene su criterio comprometido. EL Procurador General, Edgardo Maya, quien también apoya la desjudicialización de la Fiscalía, dice que:

"no obstante los buenos resultados que ha producido la Fiscalía en términos de la modernización del aparato judicial, se ha retrocedido en aquello que se refiere a la garantía plena de los derechos de los investigados y acusados en un proceso penal"²⁸.

c- Desequilibrio entre las funciones de defensa y acusación

Fuentes critica el hecho de que la Fiscalía representa hoy la mitad del gasto público de la justicia. En contraste la debilidad de la Defensoría es notoria. No hay igualdad entre el acusador y el defensor, todo lo cual es muy grave para lograr imparcialidad en la investigación penal.

d- Inexistencia del juicio oral

A Fuentes le preocupa que el juicio oral, público y contradictorio garante de un fallo justo no se aplica en nuestro país. Esa misma preocupación la comparten Granados y otros expositores del foro de los Andes.

e- Incumplimiento de convenios internacionales

Un argumento final de Fuentes es que una Fiscalía como la actual es incoherente con Convenios Internacionales de los que Colombia es parte. Esto puede traer consecuencias graves para el país, por ejemplo, el Tratado de la Corte Penal Permanente de Roma,

²⁷ Nemoga; G.E.: 1990, P. 180.

²⁸ Memorias Foro Nacional: Propuesta de reforma a las funciones judiciales de la Fiscalía, 2001: 47.

suscrito por Colombia, dice que uno de los motivos para investigar una conducta es cuando desde el punto de vista procesal no se hayan seguido las directrices garantistas de los sistemas penales modernos (Artículo 17 Tratado Corte Penal Permanente de Roma). El profesor Granados por su parte argumenta que antes de entrar en la discusión sobre la necesidad de adoptar un sistema más acusatorio, es necesario mirar lo que pasa en la comunidad. Para él el problema real de la justicia es la falta de credibilidad en ella. Habla de cifras de represamiento en la justicia que varían entre el 45% en 1996 al 50% en 1999²⁹. Sostiene que a pesar de su poca credibilidad, hoy hay una mayor demanda de justicia, pero el sistema es lento e ineficiente. Para Granados mientras

"en el proceso penal no exista una verdadera participación de la comunidad, ...mientras el proceso no sea verdaderamente público, mientras no tenga los controles de transparencia que derivan de la oralidad, de la inmediación de la prueba y de su publicidad, no debemos sorprendernos de la falta de colaboración de la los testigos." "...un proceso penal sin testigos, por más que tengamos una prueba técnica refutada, tenderá en la práctica a fracasar³⁰."

Para Fuentes la desjudicialización de la Fiscalía propuesta por el Congreso debe llevarse a cabo con algunas precisiones como la consagración del juicio oral, la aplicación del principio de oportunidad (en virtud del cual un delito puede no ser investigado por razones de relevancia penal), y la expedición de un nuevo Código de Procedimiento Penal. Por otra parte sugiere que la adopción del nuevo sea gradual y se dé junto con un proceso de re-ingeniería en la Policía Judicial y la Defensoría.

Aún cuando en el Foro de los Andes participaron muchos expertos, jueces y funcionarios públicos, las reflexiones de Alfredo Fuentes son representativas de quienes seriamente apoyan una reforma de la Fiscalía en el sentido de quitarle sus funciones judiciales. Igualmente, las reflexiones del ex fiscal Alfonso Gómez Méndez, son representativas de los argumentos que justifican la Fiscalía tal y como se encuentra hoy.

Las principales conclusiones del Foro de los Andes fueron las siguientes:

- Existe un consenso amplio sobre la necesidad de reformar las facultades judiciales que ejerce actualmente la Fiscalía.
- Dicha reforma debe ser el resultado de una concertación general y no de intereses políticos particulares. Por eso debe haber mayor participación de la comunidad en el proceso de reforma.
- Las modificaciones que se hagan deben hacerse teniendo en cuenta las necesidades económicas y culturales de Colombia.
- Para que el sistema acusatorio pueda implantarse adecuadamente en Colombia debe fortalecerse la Defensoría Pública, con el fin de lograr un verdadero equilibrio entre la acusación y la defensa.
- La implementación del nuevo sistema debe hacerse de manera gradual con el fin de lograr una adaptación cultural al funcionamiento de la nueva administración.

²⁹ Ibid, p.68.

³⁰ Ibid.

- Cualquier reforma debe preservar la independencia y autonomía de la Fiscalía, en parte para mantener la lucha anticorrupción, por lo que la Fiscalía se puede mantener en la Rama judicial o como un organismo de control especializado.

2- Foro Universidad del Rosario y el Espectador

Las únicas memorias sobre este Foro, que se llevó a cabo el 24 de abril de 2001, fueron publicadas en el diario El Espectador un día después del Foro pues lamentablemente en el Rosario falló la grabación y no existe ninguna recopilación del mismo³¹.

Como en el Foro de los Andes el anterior Fiscal General se opuso tajantemente a la reforma con argumentos similares a los expuestos en los Andes, aunque aceptó que hizo falta un periodo de transición del sistema inquisitivo al actual sistema mixto. William Sicachá, autor del proyecto de reforma de la Cámara dijo que la reforma por él propuesta no se encaminaba a cuestionar la institución sino a modificar el sistema en aras a lograr mayores garantías para los investigados.

Los representantes de la academia que asistieron al Foro llamaron la atención sobre la politización de la reforma a la Fiscalía. Según el ex constituyente Alvaro Echeverry “nadie discute que la Fiscalía debe ser reformada, pero el gobierno lanzó una propuesta sin debate y sin soporte estadístico y la del partido liberal obedece a oportunismo político, lo cual mezquina la idea³².” Echeverry también sostuvo que la reforma parte de un supuesto falso como es que el garantismo se logrará quitándole las funciones judiciales de ordenar la detención preventiva a los fiscales. Dijo también que mirando la realidad Colombiana el sistema acusatorio puro podría resultar costoso y no tan conveniente en la medida en que el Fiscal siempre está buscando acusar al sindicado en vez de encontrar la verdad. Indicó que “una Fiscalía gubernamental, como la de Estados Unidos, es peligrosa porque arma los grupos autoritarios y no es imparcial para investigar delitos de los funcionarios del Gobierno³³”. Para Echeverry la Fiscalía Colombiana tiene las siguientes fallas:

- Problemas en la segunda instancia: en los grandes casos el Fiscal General tiene un criterio y los fiscales delegados no se pueden enfrentar a él.
- Los nombramientos discrecionales y la inadecuada formación judicial hacen que entre los fiscales exista la tentación a la justicia espectáculo.
- Las secretarías comunes y los sistemas de especialización excesivos acarrear desproporción de trabajo en la Fiscalía.
- El pesado aparato burocrático de la Fiscalía, donde “sólo siete mil de los 22 dos mil empleados son instructores y el resto es personal administrativo³⁴”.
- Finalmente dijo que la Fiscalía debe preocuparse más por los casos de los pequeños delincuentes, los cuales obviamente tienen poca prensa.

El catedrático Juan Carlos Forero dice que más allá de los problemas de la Fiscalía como organismo existen contradicciones e incongruencias en los Códigos Penal y Procesal Penal que de no modificarse entorpecen la labor de la Fiscalía. A manera de observación general, se puede decir que en el Foro del Rosario y el Espectador, que es anterior al de

³¹ El Espectador, 25 de Abril 2001 “Reforma a la Fiscalía, sin consenso.

³² Ibid.

³³ Ibid.

³⁴ Ibid.

los Andes, no hay todavía claridad entre los expositores sobre el alcance que debe dársele a la reforma de la Fiscalía.

C- Ventajas y desventajas de las propuestas de reforma a la Fiscalía desde un punto de vista teórico

1- La desjudicialización de la Fiscalía: perspectivas institucionales y de principios

Muchos otros autores e instituciones (Corporación Excelencia en la Justicia, Procuraduría General de la Nación, Uprimny, Granados Peña, Cáceres, Fernández, Maya), independientemente han criticado el actual diseño institucional de la Fiscalía, y por ello han propuesto que ésta sea reformada. La crítica básica, como se expresó tanto en el foro de la Universidad de los Andes como en el de la Universidad del Rosario, está dirigida contra el hecho de que la Fiscalía, además de ser un órgano instructor e investigador, posea también funciones judiciales. Según su parecer, esa concentración de funciones es no sólo incompatible con ciertos principios de derechos humanos sino que, además, incluso en términos de eficiencia, es discutible. Conviene pues recordar brevemente el núcleo de esas críticas y las propuestas de reformas desarrolladas por estos autores.

a- Las objeciones basadas en principios procesales y en el desconocimiento de garantías fundamentales

Los críticos argumentan que la concesión de funciones judiciales a la fiscalía la convierte en juez y parte, puesto que a ella corresponde la carga de determinar la responsabilidad de los procesados, pero al mismo tiempo los fiscales tienen la facultad de afectar los derechos de esos mismos procesados, puesto que, al menos durante la instrucción, los fiscales pueden privarlos de la libertad u ordenar allanamientos de sus residencias o intercepciones de sus comunicaciones³⁵. Estos autores consideran entonces que esa situación afecta las garantías procesales, pues los fiscales no pueden ser considerados verdaderos jueces, con la facultad legítima de afectar los derechos de las personas, ya que no son un órgano imparcial pues tienen también la función de investigar y acusar al procesado.

Este diseño procesal, según esta perspectiva crítica, se presta a numerosos abusos, pues para un fiscal, es grande la tentación de utilizar sus poderes judiciales para presionar a un procesado, y obtener una confesión o forzar una negociación. Pero incluso si el fiscal se abstiene de realizar ese uso ilegítimo de sus facultades judiciales, de todos modos la situación es lesiva de las garantías judiciales, ya que, según estos autores, no es razonable suponer que una persona pueda juzgar, en forma serena e imparcial, su propia investigación. Ligado a lo anterior, los críticos argumentan que el actual diseño procesal desconoce la llamada "garantía judicial" de la libertad y de los derechos de las personas, según la cual, en un Estado de derecho, la afectación de los derechos fundamentales debe estar sujeta a controles por autoridades judiciales, que sean independientes e imparciales, tal y como lo señalan los pactos de derechos humanos. Según estos analistas, es claro que los fiscales no reúnen los atributos de imparcialidad propios de los jueces. Así, Uprimny, luego de revisar la jurisprudencia internacional sobre las características que debe tener un funcionario para poder ser calificado de juez, concluye al respecto:

"El magistrado que decide sobre la libertad de la persona no puede recibir instrucciones del poder ejecutivo, ni confundirse con alguna de las partes

³⁵ Fernández, W.

procesales, acusadora o defensora, puesto que si el funcionario pretendidamente judicial acumula las funciones de acusación e instrucción no se le puede atribuir la independencia e imparcialidad necesarias para poder estatuir sobre la libertad de los capturados o detenidos. Ahora bien, es obvio que los fiscales colombianos, no reúnen esa característica porque ellos son elemento integrante de la parte acusadora: no son entonces imparciales, pues no son independientes de las partes, lo cual implica una violación sustantiva a uno de los principios esenciales del Estado de derecho: la defensa judicial de la libertad³⁶".

La anterior situación ha generado también críticas en términos de igualdad entre la acusación y la defensa. Estos autores argumentan que la concesión de funciones judiciales a la Fiscalía desequilibra el debate procesal, pues el órgano investigador posee facultades exorbitantes, al poder autónomamente detener al procesado o afectar su derecho a la intimidad.

b- Las críticas basadas en la ineficiencia

El argumento básico es entonces que la concentración de funciones investigativas y judiciales desnaturaliza la labor de la fiscalía y se presta a abusos. Esa misma tesis justifica las reticencias de esos críticos en términos de eficiencia. Dos argumentos básicos son ofrecidos. De un lado, algunos sostienen que las funciones y destrezas para ser un buen investigador son incompatibles con aquellas propias de quien ejerce el control judicial, pues el investigador debe construir una hipótesis de culpabilidad para adelantar sus pesquisas, mientras que del juez se espera que respete la presunción de inocencia de manera estricta, que sea imparcial, y que no construya a priori hipótesis de culpabilidad. Por ello, argumentan los críticos, el buen juez es difícilmente un buen investigador, y el buen investigador no suele ser un buen juzgador imparcial de sus pesquisas. La concentración de funciones evita entonces que los fiscales se especialicen en su función investigativa y acusadora, de suerte que, según Uprimny caemos en el siguiente dilema: o los fiscales son "garantistas" y entonces "no son audaces y perspicaces en su trabajo investigativo, pues se auto inhiben de imaginar hipótesis de culpabilidad para orientar sus investigaciones, por el temor de ver afectada su imparcialidad". O por el contrario, tenemos fiscales "eficientistas", que "no dudan en utilizar el arsenal de poderes judiciales -como las detenciones preventivas prolongadas- para presionar a los inculpados, con lo cual la libertad de la persona se puede ver injustamente afectada sin que la investigación criminal progrese en su capacidad de esclarecer los delitos³⁷". El problema de las detenciones arbitrarias por parte de la Fiscalía se analiza en detalle en el punto V de esta consultoría.

Ligado a lo anterior, otros autores insisten en que la concesión de facultades judiciales a la fiscalía comporta una judicialización de la fase sumarial, que obstaculiza las investigaciones, sin proteger adecuadamente los derechos de los investigados. Así, Cáceres sostiene que el ordenamiento penal ha conferido, durante la instrucción, a los sujetos procesales instrumentos de defensa contra los fiscales -como las recusaciones-, que no son verdaderamente útiles para proteger al procesado, pero que en cambio entran la investigación³⁸.

³⁶ Uprimny, R. 1995.

³⁷ Uprimny, R. 1999.

³⁸ Cáceres, P. 1996

El actual modelo, concluyen los críticos, no es entonces ni eficiente ni garantista, debido a la concesión de funciones judiciales a la Fiscalía. Y a ello agregan otro elemento que consideran preocupante, y es el excesivo peso de la fase investigativa y de lo escrito en el establecimiento de responsabilidades a los procesados. Según su parecer, el juicio oral y público prácticamente ha desaparecido, pues la responsabilidad del procesado es, en la gran mayoría de los casos, definida en la fase sumarial, lo cual es grave, porque el verdadero juicio penal es la audiencia pública, en donde las pruebas son producidas y controvertidas, de manera pública y concentrada.

c- La propuesta: hacia un sistema acusatorio más ortodoxo

La propuesta básica que surge de lo anterior es avanzar hacia un esquema acusatorio más ortodoxo, para lo cual los autores que apoyan este esquema proponen cinco reformas básicas. Primero, eliminar las funciones judiciales a la Fiscalía a fin de que ésta se especialice en su función investigadora y acusadora. Esto significa que la Fiscalía no podría autónomamente detener a las personas o interceptar sus comunicaciones sino que debería solicitar una autorización de un juez independiente para realizar esos actos. Esta propuesta genera el consenso de los críticos al actual sistema, aunque algunos admiten que excepcionalmente la Fiscalía podría tomar esas medidas, en situaciones de urgencia, con un control inmediato por un juez independiente, situación que parece pertinente en un país en “guerra” como Colombia.

En segundo término, la mayoría de estos autores plantean que debe conferirse el peso esencial a la audiencia pública y oral, y no a la instrucción, como hoy sucede. Esta reforma busca fortalecer los principios de publicidad y de concentración e inmediación en la prueba, con el fin de que exista una mayor transparencia en el debate probatorio, no sólo para reforzar el derecho de defensa sino también el control ciudadano a la actividad de los fiscales y jueces. Sin embargo, en este punto, las posiciones no son totalmente coincidentes. Mientras que algunos únicamente plantean la importancia de reforzar el peso de la audiencia pública, pero no excluyen la producción de pruebas válidas por fuera de ella³⁹, otros plantean que las únicas pruebas admisibles deberían ser aquellas que fueran producidas o reproducidas en esa audiencia, y sólo excepcionalmente podrían admitirse otras pruebas⁴⁰.

En tercer término, y en eso parece haber un consenso, la mayor parte de los analistas argumentan que es necesario avanzar hacia un mayor equilibrio entre la acusación y la defensa, con el fortalecimiento sustantivo de la Defensoría Pública.

En cuarto término, algunos proponen que también convendría incorporar el principio de oportunidad “a partir de los criterios de insignificancia y manejo racional de los recursos investigativos, en función de la política criminal del Estado⁴¹”, pero éste aspecto no ha sido discutido ampliamente. De adoptarse habría que establecer unos criterios muy claros o un principio de oportunidad reglada.

Finalmente, desde un punto de vista normativo, suelen encontrarse dos posiciones sobre la necesidad o no de una reforma constitucional. Algunos argumentan que aunque puede ser deseable, en términos de claridad normativa, una reforma constitucional no es necesaria, pues el marco constitucional es suficientemente flexible para avanzar hacia un esquema

³⁹ Uprimny, R. 1999: 97.

⁴⁰ Granados, J. 1999: 72.

⁴¹ Ibid, 71.

acusatorio más ortodoxo⁴². Otros privilegian la reforma constitucional, por temor a que una reforma puramente legal pudiera ser declarada inexecutable⁴³.

2- Las objeciones a esta reforma y las respuestas de sus defensores

Las anteriores propuestas de reforma han sido fuertemente criticadas por quienes defienden el actual esquema procesal, o al menos consideran inconveniente una transformación sustantiva del mismo como se discutió parcialmente en el punto II B⁴⁴. A su vez, algunos de los defensores de la reforma han intentado responder a esas objeciones⁴⁵. Conviene pues examinar brevemente esas objeciones y la manera como los defensores de la reforma han intentado responder a ellas.

Así, algunos objetan que desjudicializar la Fiscalía y conferir a los jueces las facultades de afectar los derechos de los procesados es una reforma puramente nominal, pues también los jueces cometen abusos, como lo muestra la experiencia de los jueces de instrucción durante la anterior constitución. A lo cual, los defensores de la reforma plantean que el cambio no es meramente nominal, pues la concentración de funciones genera incentivos perversos para el abuso y la ineficiencia, que deben ser eliminados.

Otra objeción a la reforma es que ésta implicaría radicar la Fiscalía en el ejecutivo, y que eso puede no ser conveniente en Colombia, a lo cual los defensores de la reforma responden que puede estructurarse un sistema acusatorio ortodoxo, manteniendo la independencia orgánica y funcional de la fiscalía, como lo demuestra la experiencia italiana.

Otro reparo es que un tránsito a un esquema acusatorio más clásico es perjudicial en términos de igualdad procesal, ya que la fiscalía sólo estaría obligada a investigar lo desfavorable al procesado, y no tanto lo favorable como lo desfavorable, como sucede en el actual sistema. Los defensores de la reforma plantean que actualmente esa obligación constitucional de la Fiscalía de investigar también lo favorable al procesado no se cumple, y que la solución a los problemas de desigualdad procesal es el fortalecimiento de la Defensoría Pública.

También se objeta que la desjudicialización de la Fiscalía y la introducción de controles judiciales por jueces independientes es costosa y entrabaría enormemente la investigación de los delitos. Los defensores de la reforma admiten que esos controles judiciales pueden implicar algunos costos y podrían dificultar ciertas investigaciones. Sin embargo consideran que la reforma es necesaria en términos de garantías, y que ni los costos ni los obstáculos son excesivos, pues no sólo no habría que introducir muchos nuevos jueces sino que, además, la reforma permitiría especializar a los fiscales en su función, lo cual debería incrementar su eficiencia.

Finalmente, una objeción recurrente es que la introducción de un esquema acusatorio es imposible e inconveniente en la situación de violencia de Colombia, pues no sólo implicaría la introducción de jurados, que serían fácilmente amedrentados o sobornados por la criminalidad organizada, sino que además, los jueces que controlarían a los fiscales estarían sujetos a amedrentamiento, y ninguno sería capaz de dictar medidas de

⁴² Uprimny, R. 1995 y 1999.

⁴³ González, R.: 2001.

⁴⁴ Gómez Méndez, A.: 2001.

⁴⁵ Uprimny, R. 2001.

aseguramiento u ordenar un registro, o una interceptación de comunicaciones en casos de criminalidad organizada. Los defensores de la reforma plantean que el jurado tampoco es un elemento sustancial del esquema acusatorio, como lo muestra nuevamente el caso italiano, por lo que concluyen que “la discusión de los jurados de conciencia es independiente del debate específico sobre las bondades o no del esquema acusatorio⁴⁶”. Y de otro lado, consideran que si bien es cierto que estos jueces podrían ser amenazados, la solución consiste en mejorar su seguridad, y no en eliminar la independencia judicial y la garantía judicial de la libertad. Y es que, según su parecer, ésta es la consecuencia ineludible de ese reparo pues

“si la tesis es que ningún Juez puede dictar una medida de aseguramiento, porque lo pueden asesinar, entonces debemos concluir que menos puede dictar una sentencia condenatoria, porque ahí lo asesinan dos veces”, por lo que si admite el reparo a la reforma “llegaría entonces a la conclusión de que no debería haber jueces independientes en Colombia, porque es un peligro, porque en esta situación de violencia los fiscales deben ser quienes dicten la sentencia⁴⁷”.

3- Mantener las funciones judiciales de la Fiscalía e introducir otro tipo de reformas

Algunos comentaristas hacen otro tipo de reflexiones que trascienden la preocupación sobre los sistemas inquisitivos y acusatorios que pueden ser importantes para lograr la excelencia en la Fiscalía. Para mayor claridad se dividen por temas.

a- Eficiencia

Para combatir la impunidad según Maximo Langer, Profesor de la Universidad de Harvard, existen mecanismos procesales eficientes como el principio de oportunidad. Para Langer, más allá de los mecanismos procesales para combatir la impunidad es necesario el funcionamiento e interacción de las distintas instituciones. Así la policía judicial es indispensable para identificar los autores del crimen ya que estos llegan de primeros a la escena del crimen y toman las pruebas. La manera en que realiza la investigación probatoria en ese momento es esencial para el éxito posterior de la investigación en cualquiera de los dos modelos penales, inquisitivo o acusatorio. Asimismo, el tema de interacción entre fiscalía, policía, tribunales y la capacitación policial son fundamentales para la eficiencia penal. Por esta razón temas sobre cómo se crean mejores incentivos dentro de las instituciones y mejores sistemas de gerenciamiento son más centrales al tema de la eficiencia del sistema penal que la discusión entre los modelos inquisitivo y acusatorio⁴⁸.

En abstracto para Langer ninguno de los dos modelos es más eficiente para combatir la impunidad de los poderosos. Por ejemplo es bien conocido el éxito de Italia en la operación “Manos Limpias” con un modelo acusatorio, y el éxito de España en su lucha contra los casos de terrorismo con un modelo no acusatorio. Las cosas deben verse en su contexto. Para él en Colombia tal vez el fiscal es más eficiente para dictar medidas de aseguramiento porque esta protegido por la Fiscalía, mientras que un juez aislado no lo

⁴⁶ Uprimny, R. 2001.

⁴⁷ Uprimny, R.: 2001

⁴⁸ Langer, M. 2001: 116 y ss.

está. “La discusión entre estos modelos tiene realmente que contextualizarse y tiene que analizarse en los contextos políticos e institucionales en los cuales quiere aplicarse⁴⁹.”

b- Juicio oral y público

Argumentos normativos a favor del juicio oral demuestran que protege los derechos del sindicado, disminuye la corrupción, y el público juzga y por lo tanto actúa como controlador del proceso. Es decir, el juicio oral, ayuda a luchar contra la arbitrariedad y en este sentido, en principio ayudaría a lograr una de las metas de excelencia en la Fiscalía aquí propuestas. No obstante, analistas como Langer sostienen que el juicio oral no tiene relevancia frente a la búsqueda de eficiencia porque si un caso llega a la etapa de juicio, es porque su suerte ya está echada. Esto valdría la pena analizarlo en el caso Colombiano.

De todas maneras los Códigos de Procedimiento de 1991 (anterior) y del 2000 (actual) consagran el juicio oral y autorizan al juez para que en la etapa de juicio ordene nuevas pruebas distintas a las practicadas en las etapas de instrucción que se deben valorar en la audiencia pública⁵⁰. Esto significa que no se necesitaría una reforma constitucional, ni de un cambio de sistema para realizar juicios orales en Colombia. Los problemas son más de cultura institucional y de conveniencia. El primero requiere de un cambio en la cultura de los funcionarios judiciales que intervienen en el proceso. En un país en donde se ha llevado el proceso penal siempre por escrito, aún aquella parte que proviene de las audiencias, esto requiere de tiempo y de capacitación. En segundo lugar argumentos de conveniencia respecto del juicio oral en Colombia ponen en duda su eficacia dado que en un gran número de casos de delitos de alto impacto social los testigos no se atreven a declarar por miedo⁵¹. Por eso se considera que los testigos se disminuirían aun más, cuando tengan que hacer sus declaraciones en un juicio oral y público. Langer trae como ejemplo el caso de Italia - que tiene similitudes con la situación actual de Colombia- en donde los testigos declaraban contra la criminalidad organizada durante la instrucción de los procesos, sin embargo cuando llegaban al juicio oral, o cambiaban su declaración o se “olvidaban” de lo que habían dicho antes.

c- Mecanismos de descongestión y simplificación del sistema penal

Existen otros mecanismos para lograr la eficiencia en la investigación penal que no dependen del tipo de modelo que se adopte. Por ejemplo el principio de la oportunidad mencionado antes tiene dos acepciones: una dispositiva, como en Estados Unidos, donde hay discrecionalidad absoluta del fiscal para decidir si se investiga o no una conducta, sin ningún tipo de control judicial, y la segunda o de la oportunidad reglada, contenida en la Ordenanza Penal Alemana, donde se aplica el principio de legalidad (es decir toda conducta penal se investiga) salvo algunas excepciones que se hacen con control judicial. El principio de la oportunidad es importante porque permite tener una mínima válvula de regulación y podría pensarse en su adopción en Colombia quizás en la modalidad reglada.

⁴⁹ Ibid, 118.

⁵⁰ Arts. 446 y siguientes del Código de Procedimiento Penal de 1991 y arts. 400 y siguientes del Código de Procedimiento Penal de 2000.

⁵¹ Sobre el miedo de los testigos ver Cuellar, M.M. 2000 ; Encuestas de Victimización del DANE, 1985, 1991 y 1995 y Restrepo, E.M. 2002.

Otro mecanismo de simplificación procesal es el de la instrucción sumaria que existe en Argentina e Italia. Esta consiste en omitir o simplificar totalmente la etapa de instrucción para los delitos en flagrancia y pasar directamente a la audiencia (juicio). Finalmente está la sentencia anticipada que existe en Colombia. Esta es equivalente al *plea bargaining* de los Estados Unidos, país que resuelve el 90% de los casos con esta figura, o Puerto Rico que resuelve el 97%. En contraste en Colombia, como se muestra más adelante en el cuadro 4-5 del punto 4, la sentencia anticipada que lleva diez años de operación sólo representa en la actualidad el 5 % de las salidas en la etapa de instrucción a nivel de la Fiscalía. Podría pensarse en una mayor utilización se esta figura.

d- Inexistencia de una política criminal de Estado

Un problema grave de la justicia penal en Colombia, que también se sale de las disquisiciones entre sistemas acusatorios e inquisitivos, es la inexistencia de una política criminal de Estado. De ello es responsable el Congreso por no ejercer un control político sobre el desorden normativo en derecho penal. También el Gobierno central y el Ministro de Justicia en particular por no orientar una política criminal sensata y coherente. También es responsable la rama judicial, en particular los presidentes de las altas cortes, por no sentar su voz de protesta al caos actual⁵².

Por todo esto para algunos analistas no tienen sentido hablar de reformar la Fiscalía sin antes evaluar lo que la inexistencia de una política criminal ha traído como consecuencia al desarrollo de la jurisdicción penal. Pérez hace un breve recuento de cómo la inexistencia de una política criminal de Estado causó problemas inmensos cuando se creó la Fiscalía.

“Desde la introducción de la Fiscalía fue necesario reformar el Código de Procedimiento Penal y a pesar de su reforma no se articuló con las normas de la política de sometimiento la justicia lo cual generó gran impunidad.

“Dos años después, también como resultado de la falta de política criminal, el Congreso de la República expidió la Ley 40 de 1993 que incrementó las penas para quienes cometieran el delito de secuestro, sin que ello hubiera traído”...su reducción... “Más tarde el legislador promulgó la Ley 228 de 1995, que equiparó las contravenciones...que eran de conocimiento de los inspectores de Policía, a delitos que terminaron siendo competencia de los jueces penales municipales...los niveles de hacinamiento carcelario aumentaron dramáticamente, sin que hasta hoy se haya logrado consolidar el propósito inicial de esa norma, que era disminuir la pequeña criminalidad urbana⁵³.”

La carencia de una política criminal es una falla histórica que ha generado problemas inmensos en la administración de justicia penal. En esta consultoría se evidencia tal carencia al analizar en la siguiente sección (III) como la ausencia de una política criminal de Estado es parcialmente responsable de que a pesar de la reforma de los códigos penales, todo siga más o menos igual que antes.

⁵² Pérez Velázco, A. 2001: 147.

⁵³ Pérez Velázco, A. 2001: 147-81.

III. ANALISIS DEL IMPACTO DE LOS NUEVOS CODIGO PENAL Y DE PROCEDIMIENTO PENAL EN LA BUSQUEDA DE EFICIENCIA E IMPARCIALIDAD DE LA FISCALIA

En esta sección se demostrará que los nuevos Códigos Penal y de Procedimiento Penal, introdujeron una serie de reformas tanto en el ámbito sustancial como procedimental sin ofrecer ningún cambio real al sistema que se pretendía modificar, ya que como se analizará, la nueva legislación procesal penal mantuvo los lineamientos inquisitivos existentes en el Código de Procedimiento anterior.

No obstante lo anterior el objetivo de esta sección es analizar los principales cambios realizados en la legislación penal para entender las implicaciones que estos códigos tienen en la eficiencia e imparcialidad de las fases de investigación preliminar y de instrucción en la Fiscalía.

A- De las motivaciones de los proyectos de ley presentados por la Fiscalía como sustento de las reformas

Las motivaciones de los proyectos de ley elaborados por la Fiscalía General tanto para el Código Penal como para el Código de Procedimiento Penal (que de ahora en adelante se llamaran C.P. y C.P.P. de 2000) no buscaban una transformación fundamental del sistema como se desprende de las mismas⁵⁴. De hecho la exposición de motivos del C.P.P. de 2000 estableció que la reestructuración del Código de procedimiento Penal anterior, Decreto 2700 de 1991, y de las demás disposiciones que lo han modificado, tenía como objetivo principal:

"Adecuar las normas a los principios fundamentales integrados en la Constitución, y configurar un sistema coherente unificando la legislación dispersa para el establecimiento de una política adecuada y efectivo acceso de los usuarios a la administración de justicia"⁵⁵.

Esta motivación sugiere que las reformas a la legislación penal no pretendían un cambio en el sistema judicial, sino más bien la realización de una compilación de la normatividad penal dispersa, por ejemplo, la existente en el Código del Menor, acompañada de la inclusión de los principios de la Constitución de 1991. Por esta razón la mayoría de los expertos afirman que el C.P. y el C.P.P. de 2000 (Leyes 559 y 600 de 2000 respectivamente) no implementaron un nuevo sistema, si no que por el contrario, mantuvieron los lineamientos procedimentales y sustanciales que mantenían el sistema inquisitivo anterior a la creación de la Fiscalía⁵⁶.

B- Principales reformas introducidas a los nuevos Códigos Penal y de Procedimiento Penal

La Fiscalía General de la Nación de la administración de Alfonso Gómez Méndez reformó el Código Penal y el de Procedimiento Penal procurando una armonía entre las

⁵⁴ Ver por ejemplo, Fiscalía General de la Nación. 1998a: 7

⁵⁵ Fiscalía General de la Nación. 1998b: 7

⁵⁶ Silva, G.2001: 87 y Uprimny, R. (Ponencia sin publicar)

normas procedimentales y sustanciales que precedieron la reforma⁵⁷. En el ámbito sustancial el proyecto de reforma presentado por la Fiscalía se centró en la necesidad de integrar los principios y postulados básicos trazados por la Constitución y en la exigencia de una nueva legislación penal que se adecuara a las necesidades de la sociedad Colombiana. Por ello a continuación se analizan las reformas introducidas partiendo de la enunciación de las normas rectoras tanto del C.P. como del C.P.P de 2000. En una segunda sección se examinan en detalle los cambios introducidos por el C.P.P. 2000, y finalmente se discuten brevemente las implicaciones de estos dos códigos, si se reforma la Fiscalía en el sentido de volverla más acusatoria.

1- Cambio en las normas rectoras del nuevo Código Penal y de Procedimiento Penal

a- De La Dignidad Humana

En el Código de Procedimiento Penal anterior la primera norma rectora era el debido proceso. Este principio fue reemplazado en el C.P.P. de 2000 por el de la dignidad humana, como resultado de la inclusión del principio de integración o bloque de constitucionalidad. El bloque de constitucionalidad,

“Es aquel que está compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias. Los tratados internacionales, por el sólo hecho de serlo, no forman parte del bloque de constitucionalidad y, por tanto, no ostentan una jerarquía normativa superior a la de las leyes ordinarias. Sin embargo, la jurisprudencia ha dejado abiertas las puertas para incluir convenios internacionales distintos a los mencionados en el artículo 93 de la Carta dentro del bloque de constitucionalidad si alguna norma constitucional, por expresa referencia, los incluye dentro del mismo”⁵⁸.

El artículo 2 del C.P.P. de 2000 incorpora los lineamientos constitucionales estableciendo que las normas y postulados sobre derechos humanos que se encuentren consignados en la Constitución Nacional, en los Tratados y Convenios Internacionales ratificados por Colombia, harán parte integral del Código⁵⁹.

Aunque la inclusión del bloque de constitucionalidad le imprime al Código un toque garantista en la medida en que eleva la dignidad de la persona involucrada en un proceso penal como valor supremo, y por ello incluye otros derechos que este concepto mismo abarca como sería por ejemplo el hecho de que nadie será sometido a penas crueles ni degradantes- no deja de ser sorprendente que haya desaparecido del C.P.P. de 2000 el debido proceso como norma rectora. La consagración del debido proceso es importante no sólo por que es un principio de carácter constitucional (artículo 29 Constitución

⁵⁷ Decreto- Ley 100 de 1980 y Decreto 2700 de 1991.

⁵⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-191/98.

⁵⁹ El artículo 93 de la Constitución señala que los tratados y convenios internacionales que reconocen los derechos humanos y prohíben sus limitaciones en los estados de excepción que hayan sido ratificados por Colombia prevalecen en el orden interno.

Nacional), sino por que representa un conjunto de garantías para todas las personas de que les serán respetados sus derechos cuando se encuentren frente a un procedimiento penal determinado que pueda colocarlas en condiciones de inferioridad frente a su contradictor.

Podría pensarse que no es tan grave que el debido proceso no haga parte de las normas rectoras de los Códigos Penal y de Procedimiento Penal de 2000 pues el debido proceso esta compuesto por los principios de legalidad, juez natural, favorabilidad y derecho de defensa entre otros, principios estos sí fueron incluidos en estos Códigos. No obstante lo anterior, al no mantener el debido proceso como norma rectora en los nuevos códigos este no adquiere la categoría de principio fundamental, lo que significa que el intérprete (principalmente el fiscal o el juez de cada caso) lo usará como simple guía con consecuencias para la imparcialidad de la investigación penal que esta situación pueda generar.

b- Del derecho a la igualdad

Aunque este principio se hallaba consagrado en los códigos penales anteriores, se reiteró dentro del C.P. de 2000 con el mismo ámbito de aplicación del artículo 13 de la Constitución, que señala que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, que recibirán el mismo trato y protección de las autoridades, y que gozarán de los mismos derechos sin discriminación alguna. El cambio significa que se pasa de una igualdad formal a una igualdad material en el C.P.P. de 2000, es decir no sólo se consagran las condiciones para la consecución de dicha igualdad como anteriormente, sino también la protección debida al procesado contra los abusos que contra él puedan llegar a cometerse.

Se concluye entonces el principio de la igualdad en la ley penal del nuevo código ofrece mayor protección al procesado contra cualquier tipo de arbitrariedad e injusticia que pueda violar su derecho de defensa y su debido proceso, pues el sindicado puede por ejemplo interponer una tutela si este principio le es vulnerado.

2- Cambios en las conductas punibles

El primer cambio fundamental relacionado con las conductas punibles consiste en que se dio a las contravenciones (anteriormente asignadas por la ley 228 de 1995 a los jueces penales municipales) la categoría de delitos, aunque se mantiene la división formal entre delitos y contravenciones como conductas punibles diferentes. Por lo tanto, las contravenciones pasan a ser competencia de la Fiscalía a partir de Julio de 2001.

Desde un punto de vista de derecho comparado, la tendencia penal moderna va en contravía de la judicialización de los delitos de menor impacto o contravenciones, pues estos a diferencia de los delitos, no resultan tan lesivos para los intereses de la comunidad⁶⁰. Desde un punto de vista práctico el otorgar a las contravenciones el procedimiento ordinario producirá más congestión e ineficiencia ya que estos procesos volverán a ser competencia de los fiscales, los cuales tendrán que asumir una elevada carga procesal. Por ejemplo, según el informe anual de justicia 2001 de la Corporación Excelencia en la justicia entre los años de 1997 a 1999 los procesos con mayor demanda en los despachos judiciales fueron las lesiones personales con un total de 25.877, las

⁶⁰ Maier, J. B.J. 2000.

inasistencias alimentarias con 28.720, los hurtos con 60.745, las acciones de tutela 74.709, y las contravenciones con 788.157⁶¹. Por lo tanto, las contravenciones constituyen el 80% de la totalidad de los procesos que ingresan a los despachos penales.

Tampoco es claro porque el nuevo código busca mantener la división entre delitos y contravenciones a pesar de que el trámite especial de las contravenciones desaparece. Las motivaciones del proyecto no son del todo claras al respecto⁶². Se sugiere por lo tanto conservar la diferencia entre delitos y contravenciones como lo hizo el nuevo código, pero reformar el trámite de las mismas por un procedimiento (administrativo o resolución alternativa) más ágil que no congestione la justicia penal (por ejemplo, las agencias administrativas de los Estados Unidos que descongestionan inmensamente la justicia penal), y que no desgaste a la Fiscalía, ni la aleje de investigaciones más complejas que requieran de su experticia.

C- Reformas al Código de Procedimiento Penal

1- Posibilidad de inadmisión de denuncias

Como introducción interesante en el nuevo Código de Procedimiento se encuentra la posibilidad para que los funcionarios inadmitan denuncias sin fundamento, o aquellas que no proporcionen datos concretos. Estas diligencias serán enviadas a la policía judicial para que esta adelante labores de verificación. Esto que implica una verdadera coordinación entre la policía judicial y las autoridades judiciales, logra que la presentación de denuncias sin sustento siga un trámite diferente que no desgasta al aparato judicial

La posibilidad de inadmisión de denuncias es fundamental para lograr eficiencia en la medida en que el aparato no entra a actuar investigando denuncias que no tienen fundamento aparente. En principio este mecanismo no es arbitrario, pues en teoría sólo es para aquellos casos en los que de manera directa se consideren las denuncias como infundadas. De hecho existe evidencia de que los procesos penales en los que no se identifica el responsable, tienen pocas posibilidades de llegar a sentencia. Sin embargo esta posibilidad de inadmitir demandas puede convertirse en generadora de impunidad o arbitrariedad si no se definen criterios objetivos y claros para la realización de estas inadmisiones.

Esta posibilidad de inadmitir denuncias pretendió incluir timidamente el principio de oportunidad de los sistemas acusatorios. Hubiera sido mejor incluirlo como norma rectora para poder lograr sus beneficios en otras etapas del proceso. Todo esto sugiere que la nueva legislación trató de introducir "pedazos" del sistema acusatorio, aunque manteniendo las características del sistema inquisitivo.

2- De la querrela

El término de un año (1) establecido para la caducidad de la querrela en el artículo 32 del C.P.P anterior (Decreto 2700 de 1991) fue reducido al término de seis (6) meses en el C.P.P. de 2000. Como lo señala el proyecto de ley de la Fiscalía esta reducción obedece a la necesidad de comprometer a los usuarios de la justicia a acceder a ella en forma rápida, para lograr preservar la prueba.

⁶¹ Corporación Excelencia en la Justicia. 2001: 14.

⁶² Fiscalía General de la Nación. 1998b: 20.

Este cambio es importante pues la reducción del término es fundamental para la eficiencia. Como se menciona en los motivos del proyecto presentado por la Fiscalía, al conceder un plazo extenso, se corre el riesgo de que el paso del tiempo imposibilite que se lleve a cabo una investigación capaz de encontrar pruebas que esclarezcan los hechos. Por lo tanto, si el lesionado pone a tiempo en conocimiento los hechos, no sólo se le garantizará una mayor probabilidad de éxito en la investigación penal, sino que también evitará que los despachos se congestionen con procesos que terminarán en archivo, ante el poco sustento probatorio. Varios estudios empíricos han demostrado que la colaboración pronta de la víctima o de los testigos es fundamental para el éxito del proceso penal⁶³.

3- Cambios en la investigación preliminar

a- De la policía judicial

El nuevo Código de Procedimiento dispone que las labores previas de verificación a realizarse por la policía judicial antes de la judicialización estarán bajo el control del jefe inmediato de la policía judicial que asuma la investigación. Sin embargo, el código deja sin sustento las labores de verificación previa por parte de la policía judicial sin intervención del fiscal ya que según el artículo 314 del C.P.P. las actuaciones adelantadas por ellos no tienen ningún valor probatorio.

Lo anterior conduciría a pensar que toda la labor de recolección de información y de pruebas de la policía judicial puede perderse si posteriormente el fiscal no puede practicar directamente las pruebas en cuestión. Del mismo modo podría decirse que el fiscal no contará con los criterios para estudiar dichas pruebas, ya que el mismo artículo 314 no fija los lineamientos que le permitan hacerlo. Esto puede generar problemas de arbitrariedad ya que se puede estar en presencia de una prueba contundente y el fiscal tiene la potestad de determinar si la usará o no en el proceso.

No obstante lo anterior, en vez de pensar que el artículo 314 es un retroceso teórico al negarle a las actividades adelantadas por la policía judicial valor probatorio, estamos en presencia de un verdadero adelanto en términos de garantías ya que la policía judicial en un sistema acusatorio no es productor de prueba, puesto que esta labor sólo le compete al juez de conocimiento que puede darle al acusado las garantías necesarias para controvertir la prueba. Aunque el artículo 314 del C.P.P. de 2000 deja abierto un espacio para situaciones de posible arbitrariedad cuando permite que la policía judicial “escuche en exposición” a quienes considere tengan conocimiento del hecho punible. Estará pues a su arbitrio la realización de estas exposiciones a quienes a su juicio tengan conocimiento de los hechos.

La competencia de la policía judicial también se restringió en la investigación previa realizada por iniciativa propia. El artículo 312 del C.P.P. anterior señalaba que en casos de flagrancia y en el lugar de los hechos, los servidores públicos que ejercieran funciones de policía judicial podían ordenar y practicar pruebas sin que se requiriera providencia judicial previa. En el artículo 315 del C.P.P. de 2000 se restringió esta competencia para ordenar y practicar pruebas a los casos de flagrancia en los que por fuerza mayor acreditada no pueda el fiscal o sus delegados iniciar la investigación previa. Para ello es

⁶³ CEDE 2001, y Cuellar, M. M.: 2000.

necesario acreditar esta fuerza mayor bajo el cumplimiento de los requisitos de irresistible e imprevisibilidad (por ejemplo en caso de desastre natural sí se adecua a las características señaladas).

Esta modificación reduce la arbitrariedad ya que como lo señala Guerrero en la ponencia presentada por Colombia la eliminación de las facultades de policía judicial respecto de la recepción de versión libre a la persona que resulte captura en flagrancia es esencial porque ésta debe hacerse siempre en presencia de un funcionario judicial⁶⁴.

b- Eliminación de la suspensión

La eliminación de la suspensión en el C.P.P. de 2000 es el resultado de la declaración de inexecutable del artículo 326 de este Código realizada por la Corte Constitucional mediante sentencia de julio 18 de 2001. En el Código de Procedimiento anterior (Decreto 2700 de 1991) se establecía que una vez se cumplía el término de 180 días sin identificación del imputado, la investigación se suspendía y se archivaba de manera provisional. No obstante el caso podía ser reabierto si aparecían nuevas pruebas.

El artículo del C.P.P. de 2000 que fue declarado inexecutable establecía que una vez cumplido el término de 180 días sin identificación del imputado, la investigación se suspendía y las diligencias pasarían a la policía judicial para que ésta continuara con las averiguaciones tendientes a identificar al presunto responsable. Por lo tanto, al declararse la totalidad del artículo inexecutable, no sólo desaparece la suspensión sino que se pierde la posibilidad ofrecida por el nuevo Código de que la policía Judicial continúe con la investigación hasta hallar a los responsables.

Aunque para los términos de esta consultoría la suspensión de la investigación es un factor de impunidad relativa, como se explicará en el punto IV, esta era una posibilidad de que algunas investigaciones no quedaran impunes. Esta alternativa no es insignificante, si se mira la probabilidad de reabrir procesos penales analizada en un estudio del Consejo Superior⁶⁵. Por lo tanto los funcionarios que antes podían dictar suspensiones ahora dictaran inhibitorios.

c- Ampliación del término de la fase de investigación preliminar

Finalmente, el último aspecto relevante en cuanto a la etapa de investigación preliminar es el de la ampliación de su término de duración a seis meses. Este artículo del C.P.P. de 2000 no hace la distinción que en términos de tiempo hacía el Código anterior para cuando existía o no imputado conocido.

Esta demostrado que las reformas tendientes a ampliar los plazos procesales son poco útiles para combatir la ineficiencia. El problema de fondo no radica en cuestiones de tiempo sino de cómo están estructuradas estas fases. Por lo tanto, antes de pensar en ampliar términos, se debe reflexionar sobre la necesidad de hacer unas fases de investigación y de instrucción más coherentes, dinámicas y de carácter administrativo, es decir un esquema de plazos relativamente cortos que eliminen el dominio del procedimiento preliminar y desplacen la etapa decisiva a la fase del juicio⁶⁶.

⁶⁴ Guerrero, J. 2000 en Maier, J.B.J. et al. (Coords.)

⁶⁵ Universidad Nacional y Consejo Superior de la Judicatura. 1997.

⁶⁶ Maier, J. B.J. et al. 2000: 878.

Precisamente una de las principales críticas realizadas al sistema penal actual es la conformación de etapas largas de investigación preliminar y de instrucción, pues éstas

“Se acercan más al derecho tradicional al permitir que en lugar de la oralidad y de un juicio contradictorio se aplique un sistema rígido con carácter casi ritual”⁶⁷.

Las experiencias comparadas muestran como la oralidad es más favorable. Por ejemplo, en la legislación procesal de Costa Rica existe un procedimiento preparatorio que tiene como objetivo verificar si existen bases para el juicio, mediante la recolección de elementos que permitan fundar la acusación del fiscal y la defensa del imputado⁶⁸. Esta investigación se lleva con la colaboración de la policía judicial, pero no está sujeta a procedimientos ni rigores procedimentales pues sólo determina lo sucedido para orientar su posición en el asunto. Como regla general se establece que dicha investigación preparatoria sólo puede servir para sustentar la posición del acusador más no para condenar al acusado, salvo aquellas pruebas que la ley autorice expresamente incorporar al juicio y siempre y cuando estas sean cumplidas por un juez y con participación de la defensa.

Es por lo tanto necesario reformar los lineamientos en los que se basan tanto la fase de investigación como la de instrucción (esta última como se verá más adelante mantuvo la misma estructura del Código anterior) para dar paso a un procedimiento en el que desaparezcan el excesivo ritualismo, y la posibilidad de entablar recursos contra las decisiones del fiscal, pues estas son algunas de las formas con las que se dilata y entorpece la labor investigativa.

Obviamente este cambio de estructura debe ir acompañada del fortalecimiento de la etapa de juzgamiento y de la formación de los fiscales como verdaderos investigadores, lo que también sugiere que quitarle al fiscal sus funciones judiciales puede resultar esencial para mejorar la investigación penal.

4- Cambios en la etapa de instrucción

El proyecto del nuevo C.P.P. de 2000 inicialmente aumentaba el término de instrucción a un máximo de un año, en los eventos en que no existiese la posibilidad de definir situación jurídica. Para los demás casos el término era de dieciocho meses. La Corte Constitucional declaró inexecutable este aparte mediante Sentencia de julio 18 de 2000. Por esta razón se mantiene el periodo establecido en el antiguo código, es decir, dieciocho (18) meses, contados a partir de la fecha de iniciación de la instrucción, término que será de 24 meses cuando se trate de tres o más sindicados.

5- Definición de la situación Jurídica

A partir del C.P.P. de 2000 sólo debe definirse la situación jurídica en aquellos eventos en los que procede la detención preventiva. Esta circunstancia hace que desaparezca una fase que en el anterior código era de obligatorio cumplimiento y esto en teoría hace más eficiente la etapa de instrucción⁶⁹. No obstante lo anterior la restricción de la definición

⁶⁷Ibid, 887.

⁶⁸Ibid, 286 y ss.

⁶⁹ Artículo 357 del Código de Procedimiento Penal de 2000.

de la situación jurídica no hace más eficiente el proceso penal, por que el mismo Código en el artículo 357 aumentó los delitos por los que procede la detención preventiva.

Además el artículo 357 del CPP establece como criterio de procedencia de la medida de aseguramiento la gravedad del delito, es decir, sólo cuando el delito tenga prevista pena de prisión cuyo mínimo sea o exceda de cuatro años procede la detención. Esta disposición, que contraría lo exigido en el artículo 355 por el mismo código donde se señala como único fin de la imposición de la detención preventiva la garantía de comparecencia del sindicado al proceso, es grave porque va contra el objetivo de la detención expuesto en el mismo código, y además porque permite que se siga usando la detención preventiva de manera indiscriminada y arbitraria como se analiza en el punto V de esta consultoría.

6- Medidas de Aseguramiento

El artículo 388 del C.P.P. anterior definía como medidas de aseguramiento la conminación, la caución, la prohibición de salir del país, la detención domiciliaria, y la detención preventiva. Estas se aplicaban cuando contra el sindicado resultara al menos un indicio grave de responsabilidad con respecto al recaudo probatorio recogido a lo largo del proceso.

El C.P.P. de 2000, sólo consagró como medida de aseguramiento la detención preventiva, limitando su finalidad a la necesidad de garantizar la comparecencia del sindicado al proceso, para asegurar la evidencia probatoria con la que se cuente hasta el momento, o la que se pretenda recaudar en el proceso. El mantener la detención preventiva como única medida de aseguramiento, no tiene concordancia plena con la norma rectora de libertad consagrada en el artículo 3 del C.P.P. de 2000, pues precisamente es la medida que más atenta contra la libertad del procesado.

El ex-fiscal General de la Nación, Alfonso Gómez Méndez, defendió la nueva legislación y en especial consideró como un adelanto introducido por esta el aumento de los requisitos para dictar medida de aseguramiento en aras de evitar abusos⁷⁰. Los requisitos ofrecidos por el C.P.P. de 2000 son la exigencia ya no de uno sino de dos indicios graves de responsabilidad derivados de las pruebas recaudadas para imponer la medida, y la exclusión de la imposición de la medida cuando la prueba sea indicativa de que el imputado pudo haber actuado en cualquiera de las causales de ausencia de responsabilidad. No obstante lo anterior algunos analistas consideran que la exigencia numérica de indicios no resuelve el problema de detención injusta pues,

“Estos requisitos son controvertibles desde el punto de vista de la legislación comparada como presupuesto para el ejercicio de la prisión provisional, pues lo normal es que se exija una fundamentación sólida de sospecha, que es más exigente que simples indicios de responsabilidad penal”⁷¹.

Una segunda visión crítica de esta medida considera

“...que exigir dos indicios graves de responsabilidad equivale a proponer una tarifa probatoria, sin que efectivamente exista una conclusión de responsabilidad

⁷⁰ Gómez Méndez, A. El Tiempo, Lunes 31 de diciembre de 2001. Sección 1-15.

⁷¹ Maier B.J. J. et al. 2000.

*suficiente y pertinente a partir de la práctica anticipada de pruebas apreciadas por el fiscal*⁷².”

Aunque en los debates sobre el proyecto de reforma se discutió sobre el cambio de requisitos para que la detención preventiva sólo procediera por la definición de pruebas sobre la responsabilidad, se continuó en esencia con el sistema anterior. La única innovación valiosa ofrecida por el C.P.P. de 2000 en este tema es la posibilidad de que el juez controle la legalidad formal y material de la medida impuesta. El hecho de que el juez sea autónomo es una garantía de imparcialidad para el procesado, cuando la medida no se ajuste a la constitución y la ley, o cuando no sea razonable de acuerdo al criterio del juez.

6- Extinción de la acción penal

El nuevo C.P.P. de 2000 introdujo cambios en la extinción de la acción penal que contribuyen a la eficiencia e imparcialidad de la Fiscalía.

- Se eliminó la figura de la audiencia especial. La audiencia especial era una negociación fundada en la duda probatoria, que por ello desconocía el principio *in dubio pro reo* y se sacrificaba la imparcialidad de la investigación. Con el C.P.P. de 2000 esta situación genera una preclusión, lo cual resulta más justo con los derechos e intereses del procesado, pues en la teoría penal internacional cuando existen dudas probatorias necesariamente debe darse una preclusión o una sentencia absolutoria.
- La conciliación fue reglamentada de tal manera que se realizará de oficio⁷³ cuando esta sea procedente en la etapa de la investigación previa para ofrecer agilidad, dando fin al proceso una vez se halla verificado el acuerdo conciliatorio en un término máximo de dos meses. Del mismo modo la conciliación amplía su campo de acción en la medida en que esta procede en todos los delitos que admitan desistimiento o indemnización integral, y todos los delitos querellables son desistibles (art. 37 y 41 C.P.P. 2000). La conciliación permite que se extinga la acción penal previa acreditación del cumplimiento del acuerdo lo que significa una posibilidad considerable de descongestión de los despachos judiciales evitándole a las partes un proceso largo.
- El C.P.P. 2000 incluye la indemnización integral para los delitos que admitan desistimiento, situación que no existía en el C.P.P. anterior. Por esta razón se amplió el número de conductas que admiten indemnización integral.

La conciliación y la indemnización son mecanismos importantes para que las partes adquieran satisfacción de sus intereses de manera expedita sin necesidad de desgastar el aparato judicial. Ambos mecanismos descongestionan el proceso⁷⁴.

⁷² Ibid., 266.

⁷³ El funcionario, de oficio, citará a las partes a conciliar en la resolución de apertura de instrucción. En el C.P.P. anterior las partes solicitaban al funcionario la celebración de la audiencia en cualquier etapa.

⁷⁴ Estas disposiciones ya estaban consagradas en el C.P.P. anterior. No obstante, en la conciliación el funcionario judicial (fiscal o juez) podría disponer en cualquier momento la celebración de la audiencia en los casos en que fuera procedente. Si se obtenía acuerdo el funcionario suspendía las actuaciones por treinta días, término en el cual se verificaba el acuerdo.

En cuanto la reparación integral, ésta era aplicable para los delitos de homicidio culposo y lesiones culposas no agravadas y en general para los delitos contra el patrimonio económico que no excediesen los

D- Conclusiones e implicaciones de la reforma a la Fiscalía en los nuevos códigos

La reestructuración de la Fiscalía tal y como se propuso en el proyecto de ley 151 de 2001 en el Congreso, tendría como efecto directo la necesidad de reformar la legislación penal procedimental en cuanto a las fases de investigación e instrucción en la medida en que los fiscales se especializarían en la labor de acusación, y perderían sus funciones judiciales, teniendo que pedir autorización ante el juez competente para la adopción de decisiones que tengan relación directa con los derechos fundamentales de los procesados. Lo anterior conllevaría obviamente a la modificación de toda la estructura del procedimiento penal para dotar de nuevas competencias a los fiscales (modificando la conformación de sus unidades), a la policía judicial, y los jueces, en particular revalorando su papel en el proceso e implementando el juicio oral y otros principios que son de la esencia de los sistemas acusatorios como son la publicidad, la inmediación de la prueba, la concentración de todo en el juicio y la separación de funciones judiciales e investigativas.

Además para que un sistema de tendencia acusatoria tenga éxito es necesario simplificar los procedimientos, fortalecer la Defensoría Pública, y que el proceso de defina en el juicio oral donde se debe concentrar la práctica de todas pruebas. Por estas razones se tendrían que reformar nuevamente los Códigos, y en particular el Código de Procedimiento Penal que como se analizó en realidad sigue siendo eminentemente inquisitivo.

IV. CONSTRUCCION DE INDICADORES DE EFICIENCIA EN LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION

A- Introducción

En esta sección, la consultoría tiene como propósito depurar las cifras de eficiencia e impunidad existentes y concretar una propuesta de medición que supla las deficiencias de información, de metodología y de definición que existen sobre el tema, a partir de la creación de la Fiscalía General de la Nación.

El análisis se restringe a las etapas de investigación e instrucción del proceso penal y a los delitos que son competencia de la Fiscalía General de la Nación. Se espera en lo posible realizar comparaciones con cifras de impunidad y de costo eficiencia de los años 80, período en que el sistema era puramente responsabilidad de los jueces. Dadas las restricciones de información, en particular la existencia de información consolidada de la Fiscalía sólo desde 1996, la inexistencia de información sobre la etapa pre-judicial, y por la novedad y limitaciones de los sistemas de información que existen en la Fiscalía, la mayoría de los cuales están terminando de ser implementados, las mediciones sobre impunidad obtenidas en esta sección deben mirarse no como estadísticas exactas sobre la impunidad existente, sino como bases para la construcción de indicadores de eficiencia en la Fiscalía General de la Nación.

La Fiscalía surgió en 1991 en la dinámica de la nueva Constitución “con la función de dirigir, realizar y coordinar las investigaciones en materia penal” (art. 249 de la Constitución). Se creó con el objeto de mejorar la evacuación de los procesos, la atención

doscientos (200) salarios mínimos. (Exceptuando hurto agravado y extorsión). También podía ser utilizada en cualquier fase del proceso.

a los crímenes de impacto que se consideraba quedaban impunes, y la calidad de la investigación con el fin de descongestionar el sistema y además mejorar los niveles de credibilidad e impunidad existentes.

Tradicionalmente, la gestión del sistema judicial se ha medido de acuerdo con los resultados del movimiento de los procesos, desde el momento en que se comete el delito, hasta la etapa de juicio en que se dicta la sentencia. Consecuentemente, mucho se ha mencionado la cifra del 99% de impunidad del sistema basada en que se cometen en un año alrededor de 3 millones y medio de delitos y sólo hay 36 mil personas en la cárcel. No obstante, esta forma de medir la impunidad no toma en cuenta el número de denuncias que llegan a conocimiento de las autoridades en este caso, una quinta parte de los delitos que realmente existen. Tampoco toma en cuenta los diferentes tipos de terminaciones de los procesos que no siempre pueden definirse como impunidad tales como las preclusiones por inexistencia del delito. Calificando la impunidad del sistema con cifras del 99%, los resultados se alejan de la realidad. De hecho este tipo de ejercicio numérico arroja cifras similares de impunidad en países como Gran Bretaña, pues desde 1995 existen cifras anuales de 5 millones de delitos registrados por la policía, de los cuales solamente un 4% llevan a que hay sanción por parte de la policía (*caution*), y sólo a un 6% se les dictó una sentencia. Esto llevaría a cifras de impunidad del 90% en Gran Bretaña, lo cual no es cierto⁷⁵.

B- Depuración de las cifras de eficiencia e impunidad

Las estadísticas que existen sobre el movimiento de los procesos en la Fiscalía, desde la denuncia hasta la terminación de un proceso definido, sufren de problemas de información (son incompletas, se usan diferentes metodologías, las definiciones son ambiguas) y esto ha dado lugar a que las cifras de impunidad se puedan manipular fácilmente. Esto no es un problema exclusivo de la Fiscalía General de la Nación, ni del proceso penal ya que ocurre en otras instancias del Estado. Además, en la Fiscalía solamente, existen varios sistemas de información que no son compatibles entre sí, que se sostienen sin uniformidad de criterios y no se retroalimentan.

La propuesta que hace esta consultoría es delimitar las definiciones de impunidad y establecer una metodología para calcularla, y de esta forma empezar a partir de la fecha, a consolidar unas estadísticas confiables sobre un tema tan controvertido. Se pretende con esto, que la Fiscalía lidere un proceso de mejoramiento interno que parta del manejo que le da a la información del proceso penal, y luego extender este proceso a los juzgados penales para completar la información y tener cifras reales de la impunidad existente.

1- Definición de impunidad en la Fiscalía

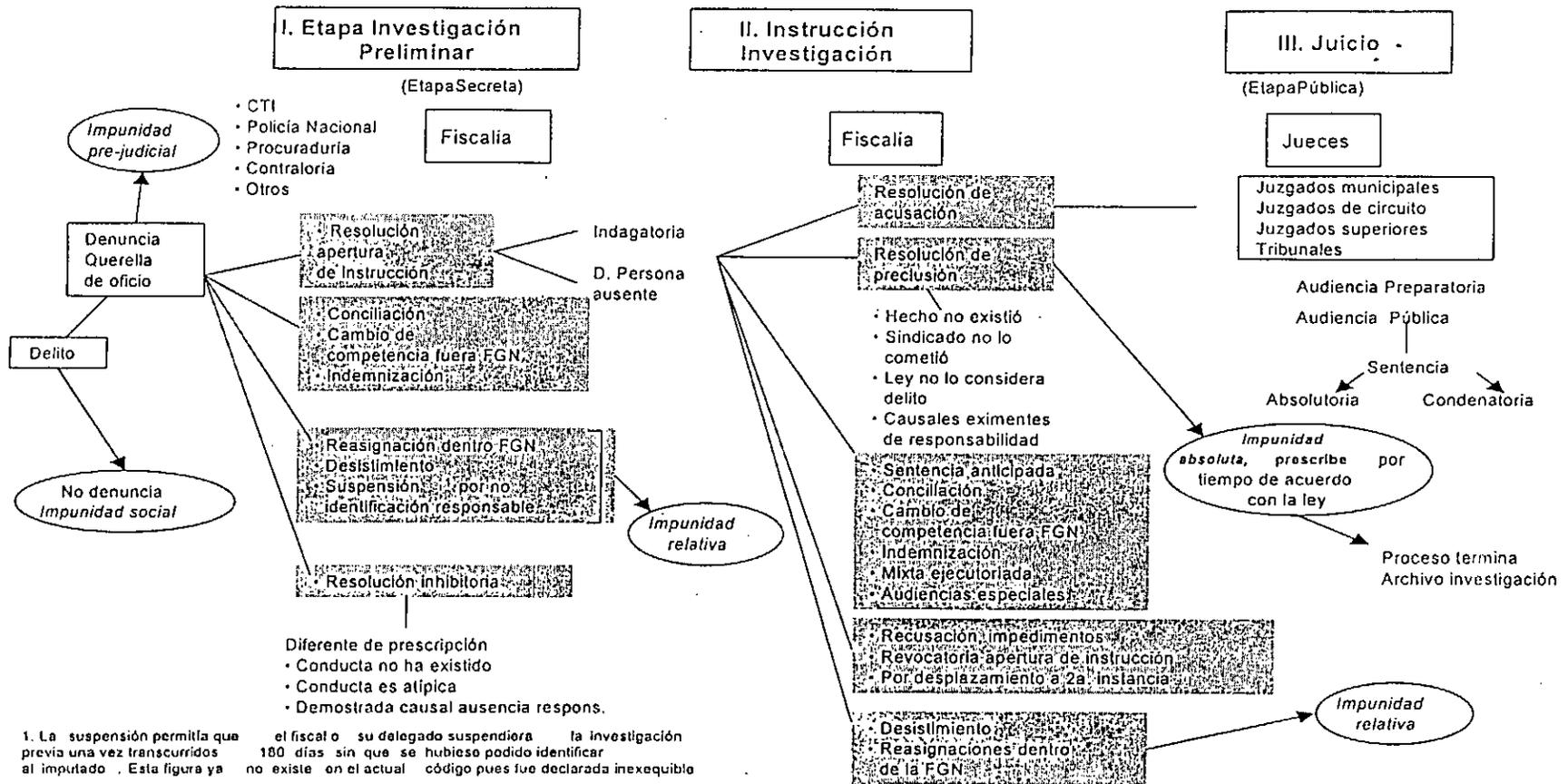
Se sugiere primero, definir las posibles actuaciones (es decir, las decisiones de los fiscales y los movimientos de los procesos) de la Fiscalía en el proceso penal en las dos etapas que le conciernen, investigación previa e instrucción. Para mayor claridad, esta consultoría hace un esquema de las posibles decisiones que se dan en el proceso en las fases mencionadas (en gris en el gráfico 4-1). A partir de estas decisiones, se recomienda definir cuáles de éstas dan lugar a impunidad según criterios que establece esta consultoría.

⁷⁵ Restrepo, E.M.: 2002.

Se parte del supuesto de que aunque la impunidad tiene varias acepciones, como la impunidad social o cifra negra que en Colombia oscila entre el 70 y 80%, la que realmente depende del comportamiento de la Fiscalía es aquella que se judicializa o se debería judicializar porque llegó a su conocimiento y procede la acción penal. Esta impunidad judicial se mira de las siguientes tres maneras (gráfico 4-1).

Gráfico 4- 1
PROCESO PENAL FISCALIA

PROCESO PENAL FISCALIA



Fuente : Gráfico elaborado por la consultoría

En primer lugar, está la impunidad pre-judicial. Esta se da cuando un hecho denunciado o conocido por la Fiscalía no se judicializa cuando en verdad se trataba de un delito y existe un posible responsable. Este tipo de impunidad es muy difícil de medir pues no existe en la actualidad un registro sistemático en la Fiscalía de todas las denuncias que llegan a su conocimiento.

En segundo lugar, está la impunidad relativa que es aquel movimiento del proceso penal que se da sin que se haya realizado una investigación de fondo por parte de la Fiscalía, pero el proceso sale de la competencia del fiscal o de la Fiscalía. Como se puede observar en el gráfico 4-1, existen tres tipos de terminación atípica en las etapas de investigación preliminar y de instrucción a cargo de la Fiscalía, la suspensión por no identificación del responsable (esta figura ya no existe hoy), la reasignación dentro de la Fiscalía y el desistimiento, que se clasifican como impunidad relativa. Aún cuando en algunos casos estas terminaciones atípicas no generan impunidad, por ejemplo cuando en una reasignación de competencia el proceso pasa a manos de otro fiscal y este lo resuelve dentro de los términos legales, o en un desistimiento acordado libremente por las partes, en otros casos sí se genera impunidad, por ejemplo un cambio de competencia que dilata los términos y el proceso acaba prescribiendo, o en el caso de un desistimiento acordado por presiones de represalias contra la víctima que desiste. Por esta razón, en este tipo de terminaciones se habla de impunidad relativa, ya que no siempre la terminación atípica es responsabilidad de la Fiscalía.

En tercer lugar, está la impunidad absoluta. Esta se da principalmente cuando los delitos que se judicializaron se quedan sin resolver por que prescriben por vencimiento de los términos legales establecidos.

En cuanto a la metodología, su carencia para medir la impunidad ha generado estudios con resultados tan diversos como los que se muestran a continuación (cuadro 4-1). En este sentido, se sugiere dividir las decisiones de la Fiscalía en cuatro salidas: primero, **las salidas con decisión de fondo**, que son pronunciamientos donde el fiscal resuelve el asunto investigado y el proceso sale efectivamente de la Fiscalía. No hay lugar a impunidad y las terminaciones de procesos son: apertura de instrucción, autos inhibitorios, conciliación, cambio de competencia fuera de la Fiscalía, indemnización, resolución de acusación, preclusión por falta de mérito o antes de calificación, sentencia anticipada, audiencia especial y mixta ejecutoriada. Segundo, **las otras salidas** son aquellas que no implican decisiones de fondo por parte del fiscal. Algunas pueden clasificarse simplemente como salidas administrativas: el desplazamiento a segunda instancia y los impedimentos y recusaciones. Otros como la revocatoria de apertura de instrucción son movimientos de un proceso que ni son salidas administrativas, ni decisiones de fondo. Tercero, **la impunidad relativa** se daría en el caso del desistimiento por los efectos de cosa juzgada -se renuncia definitivamente a la iniciación de una acción penal y civil futura-, y de la reasignación de procesos dentro de la Fiscalía. Finalmente, **la impunidad absoluta** se daría por la prescripción de los tiempos procesales.

2- Otros estudios sobre impunidad

La impunidad ha sido estudiada en numerosas ocasiones debido a la importancia que tiene la eficiencia del sistema penal en una sociedad, y en particular, en una con problemas socio-políticos tan marcados como la colombiana. De acuerdo con un enfoque económico

de la criminalidad analizado por Becker (1968), los criminales responderían a incentivos positivos y negativos, y el volumen de delitos existente sería influenciado por la cantidad de recursos públicos y privados destinados a la prevención del crimen y al refuerzo de la ley. El modelo incluye variables como la probabilidad de éxito y los beneficios, frente a unos bajos costos y probabilidad de aprehensión. En estudios empíricos relacionados con este modelo aplicado a delitos específicos, se encontró que la probabilidad y duración del castigo tienen una relación inversa a las tasas de criminalidad y factores como la probabilidad de castigo, la transparencia del sistema judicial, y el número de años de la pena de acuerdo con el delito cometido son determinantes para que las personas decidan cometer más o menos crímenes. La situación Colombiana se ha caracterizado en el pasado por estar al margen de los factores expuestos por Becker, con una probabilidad baja de sanción, corta duración del castigo y una falta de transparencia en el sistema. Estas tendencias son difíciles de cambiar. Además, sólo con una medición más realista de lo que está pasando se puede pensar en diseñar mecanismos para combatirla.

Dadas las particularidades del sistema penal colombiano introducido por la Constitución de 1991, es difícil realizar comparaciones internacionales tanto de indicadores que midan su eficiencia como su nivel de impunidad. La Fiscalía General de la Nación, su objeto y sus funciones son consideradas como un híbrido en Latinoamérica y el mundo, pues fueron el resultado de una coyuntura socio-política que mediante la negociación de los diferentes grupos de interés, dieron como resultado un sistema penal improvisado de tendencia acusatoria, pero con fiscales investidos de facultades jurisdiccionales. Por lo tanto es difícil comparar tanto los insumos utilizados como los productos resultantes en las diferentes etapas del proceso penal con otros países en los cuáles el sistema, los resultados y los agentes que participan son diferentes. Una segunda particularidad colombiana que es igualmente importante, es que por el conflicto armado y el narcotráfico, los niveles de criminalidad existentes no tienen parecido en el mundo occidental. Es diferente hablar de impunidad alta en delitos como el hurto, que en niveles exorbitantes de crímenes de alto impacto social como el secuestro, el homicidio y, el terrorismo y el paramilitarismo, entre otros.

Esta consultoría medirá la impunidad de acuerdo con las definiciones que se dieron antes, es decir impunidad pre-judicial, relativa y absoluta. Para comparar los diferentes criterios y cifras sobre impunidad existentes se realizó un cuadro resumen con algunos de los estudios sobre impunidad en Colombia. Estos estudios, como se puede ver en el cuadro 4-1 llegan a diferentes conclusiones, situación que refleja la confusión existente en esta materia.

Cuadro 4-1
Estudios sobre la impunidad en Colombia

Metodología	%	Fuente
1. Criminalidad oculta: 720.000 denuncias - 3.5 millones casos penales ocurridos	74%	DANE, Encuesta de Hogares 1995.
2. Índice de impunidad respecto a denuncias		
- Calificación/ denuncias delitos de lesiones personales; Llamamiento a juicio/ denuncias Sentencias/ denuncias	94.8% 97.1% 98.6%	Giraldo, Reyes, Acevedo, 1987.
- En juicios: #juicios/ (denunciados, conciliados, inhibidos)	90.5%	Comisión de Racionalización del Gasto y las Finanzas Públicas, 1997.
- En condenas: #condenados/ (denunciados, concebidos, inhibidos)	99.9%	Comisión de Racionalización del Gasto y las Finanzas Públicas, 1997.
- 20 de cada 100 delitos se denuncian y de esos 14 prescriben. De los 6 restantes, 3 terminan en sentencia. Probabilidad de que un delincuente reciba sentencia:	97%	Armando Montenegro. "Justicia y desarrollo económico". 1994.
3. De acuerdo con la providencia que califica el sumario: - 1987: Providencias dictadas por jueces de cesación de procedimiento (60% por prescripción) y archivo:	80%	Indicadores sociales en Coyuntura Social, No. 1. 1989.
4. Índice de impunidad asociado con FGN		Informe de gestión FGN 1997-2001 (2001), basado en estudio del Cider
- Proporción de expedientes excedidos en los tiempos normativos / Total de expedientes activos (682.983)	55.4%	
- Etapa de investigación previa	41.2%	
- Etapa de instrucción	14.2%	
5. Modelo probabilístico para cuantificar la impunidad aplicado a Bogotá (3.492 hogares encuestados, 34 fiscalías):		Consejo Superior de la Judicatura "Modelo Probabilístico para cuantificar la impunidad" a través del Depto. De Matemáticas y estadística de la Universidad Nacional. Enero, 2000.
- Impunidad social: probabilidad de no denuncia por hogar afectado (1.030 afectados)	63.7%	
- Impunidad procesal en la fase de investigación previa: Prob. Proceso prescriba + prob. proceso suspendido por no identificación responsable, competencia circuito y municipal	12.1% 41.7%	
- Impunidad procesal en la fase de instrucción: Prob. Proceso precluya por prescripción+ prob. precluya por venc. de términos, en competencia circuito y municipal	8.8% 1.1%	
6. De acuerdo con las salidas de los procesos en cada fase:		Corporación Excelencia en la Justicia. "Informe de coyuntura de la justicia, labor de la Fiscalía General de la Nación". Junio 2001.
- Investigación previa: participación de las salidas de suspensión y reasignaciones dentro del total de salidas	39.3%	
- Instrucción: participación de salidas de cambio de competencia dentro y fuera de la Fiscalía, preclusiones por prescripción y por muerte, recusaciones, impedimentos y cierres parciales	17.5%	Cifras para año 2000.

Brevemente, el cuadro 4-1 recoge algunos de los estudios más importantes que sobre impunidad social y judicial se han llevado a cabo en los últimos años. El primero que se menciona habla de lo que esta consultoría define como impunidad social o cifra negra. Este tipo de impunidad que se mide a partir de las Encuestas de victimización del DANE, no es

directamente responsabilidad de la Fiscalía, pues se trata precisamente de aquellos delitos que ocurrieron y no fueron denunciados, es decir nunca llegaron al conocimiento de la Fiscalía o de las autoridades. Los estudios recogidos en el punto dos, miden la impunidad a partir del número de denuncias que se tienen y según el porcentaje de acierto que tengan estas denuncias. Por eso todos estos estudios llegan a la tan conocida cifra de 90-99% de impunidad. El problema de esta visión es que sólo se tiene en cuenta el análisis cuantitativo de los delitos (cuántos entran y cuantos salen), y no se miden aspectos cualitativos del proceso, como los diferentes tipos de salidas y las distintas acepciones que tiene la impunidad.

En el tercer estudio que es anterior a la Fiscalía, se mira la impunidad en los años 80 a partir del porcentaje de prescripciones y de autos de archivo, resultando un nivel de impunidad del 80%. Este estudio es importante pues encuentra niveles de impunidad absoluta muy elevados, que se reducen notoriamente en los estudios de impunidad posteriores a la introducción de la Fiscalía. Una hipótesis es que el cambio de nombre de las terminaciones de los procesos introducida con la reforma de 1991 ha contribuido a la reducción de la impunidad absoluta que simplemente ha sido “reemplazada” por otras terminaciones atípicas que generan impunidad relativa u otras salidas (ver Gráfico 4-1). Otra hipótesis posible es que la impunidad absoluta se reduzca en la etapa pre-judicial, sobre la cual no se tiene información. Una última hipótesis, también factible es que la Fiscalía y el nuevo sistema mixto hayan logrado reducir notoriamente la impunidad judicial.

El cuarto estudio mide la impunidad a través de los tiempos procesales. La impunidad es “la investigación inoportuna e inefectiva de un hecho punible respecto a los términos procesales definidos por el Código de Procedimiento Penal”⁷⁶. El problema de este tipo de enfoque es que equipara la impunidad a la eficiencia en el tiempo dejando de lado la calidad de la terminación de los procesos en cuestión. Según este criterio, no es impunidad un homicidio que se reasigna pues esa se considera como una terminación efectiva del proceso, independientemente de que el homicidio nunca se resuelva. Valdría la pena tratar de medir esta probabilidad a través de un muestreo de expedientes para determinar el porcentaje de la impunidad relativa que se convierte en impunidad absoluta. Esta definición de tiempos procesales es la utilizada por la Fiscalía General de la Nación para evaluar su desempeño -en las etapas de investigación previa e instrucción- en los últimos informes de gestión y por ende en la información estadística que se utiliza para evaluar los años 1996 a 2000 en esta consultoría⁷⁷. Como se dijo antes el peligro de esta definición es que puede reducir, por razones puramente procedimentales, la verdadera magnitud de la impunidad absoluta.

El quinto estudio, que mide la impunidad en Bogotá, representa un avance en el análisis de este tema. Sin embargo, sólo se clasifican como impunidad en la fase de investigación preliminar, la salida de prescripción del proceso o cuando éste es suspendido por no identificación del responsable. Otras salidas a las que esta consultoría incluye como impunidad relativa, no se tienen en cuenta, como por ejemplo la reasignación de procesos, que de acuerdo con cifras de la Fiscalía abarca un 30% del total de las salidas en esta fase. Por otra parte, en la fase de instrucción se limita a incluir como impunidad las salidas de

⁷⁶ Estudio CIDER para la FGN: 2000.

⁷⁷ Fiscalía General de la Nación: 2001.

prescripción y vencimiento de términos, que si se compara con el estudio de la Corporación Excelencia del cuadro 4-1, se incluyen otras salidas que se miden como impunidad como son las recusaciones, los impedimentos y los cierres parciales. Esto hace que el nivel de impunidad sea mayor en este último estudio que en el del grupo quinto.

C- Problemas de información

1- Límites a las estadísticas sobre impunidad

Existen otras limitaciones para medir la impunidad que afectan las estadísticas existentes y que son ajenas al comportamiento de la Fiscalía. En primer lugar están las constantes reformas a la ley penal y procedimental penal. En segundo lugar está el conflicto armado, y en tercer lugar y en parte por el conflicto mismo, el factor miedo.

En cuanto a las reformas a la ley penal y procedimental penal vale la pena destacar que tanto antes de los ochenta, como desde la introducción de la Fiscalía, ha habido gran cantidad de reformas que afectan las estadísticas penales. Así muchos delitos dejan de investigarse, y por ello interpretaciones sobre el descenso o incremento de la impunidad no pueden analizarse sin tener en cuenta que en realidad la productividad del sistema puede no haber cambiado o la criminalidad puede no haber decrecido, los cambios estadísticos pueden responder a razones puramente procedimentales.

Algunas de las normas que afectan las estadísticas en los ochenta son las siguientes: en 1978 el Decreto 01 de ese año transfirió los delitos de extorsión, secuestro y otros delitos contra la seguridad del Estado a la jurisdicción militar. El DANE no incluye en sus estadísticas crímenes bajo la jurisdicción militar.

En 1987, el decreto 050, descartó la investigación penal para todos aquellos procesos en donde el acusado era desconocido. Adicionalmente DANE no cuenta los delitos que se descartaban durante la investigación preliminar. El impacto del decreto 050/1987 fue inmenso si se mide la impunidad antes y después de su implementación (ver cuadro 4-2) pasando de niveles de 70% en los años 70 a niveles de 50% en los 90. En términos estadísticos este decreto disminuyó la congestión judicial, pero en términos reales aumentó la impunidad para procesos en los cuales no se pudiera identificar al responsable en un término legal de 60 días, lo que explica la disminución en las prescripciones a partir del decreto.

Cuadro 4-2
% de Prescripciones en el total de terminaciones de procesos

Año	% Prescripciones	% Otros
1980	68%	32%
1985*	99%	1%
1990	55%	45%
1993	51%	49%

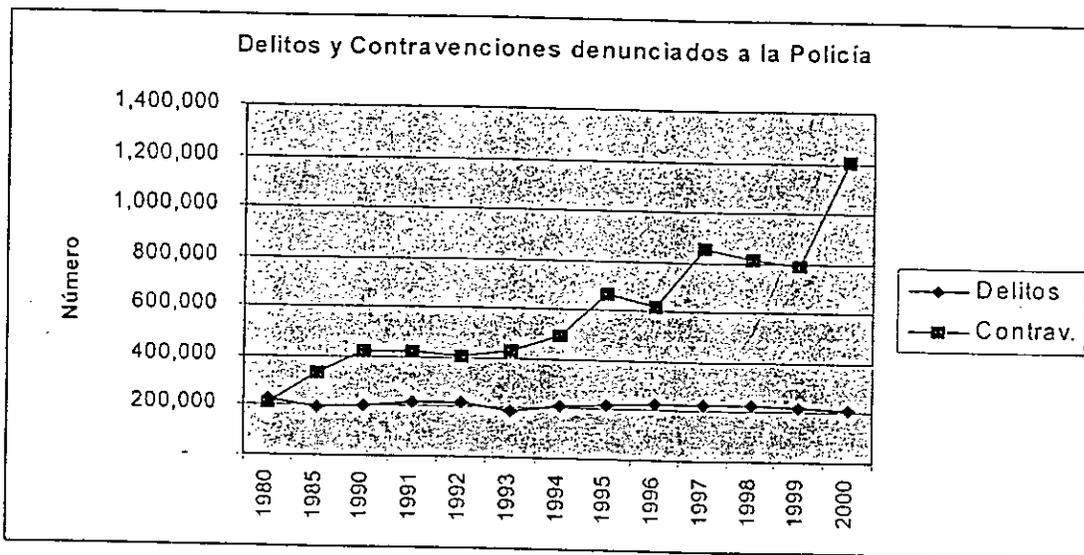
Fuente: Dane y Ortiz, H.E. (1994)

*Se presume que en 1985, prescribieron esta cantidad de procesos a raíz de la toma del Palacio de Justicia.

Posteriormente, en 1990 el decreto 2790 introduce la jurisdicción de orden público (que se convierte luego en la justicia sin rostro), a cargo de delitos como el secuestro, la extorsión y el terrorismo. Esta jurisdicción no reportaba su información al DANE.

Durante los noventa, y en particular desde la introducción de la Fiscalía la Ley 23 de 1991 conocida como la ley de descongestión judicial, transfirió a las Inspecciones de Policía algunos delitos menores, descongestión que se sintió al nivel de los juzgados municipales. El Decreto 2699 de 1991 que regula la recién creada Fiscalía afecta las estadísticas del DANE por la transición entre dos sistemas de investigación penal y por que la recolección de estadísticas pasa a manos del Consejo Superior de la Judicatura, entidad que sólo tiene estadísticas completas y confiables sobre justicia penal a partir de 1996. Es decir, entre 1991 y 1996, años en los que la Fiscalía inicia su labor, la información estadística sobre justicia penal existente es incompleta. El Decreto 2700 de 1991 introduce la conciliación como una resolución alternativa de conflictos. Las conciliaciones pre-judiciales no se cuentan como delitos ni como salidas de fondo pues nunca entraron al sistema formal de justicia. La Ley 23 de 1991, o Ley de descongestión judicial, transfiere las contravenciones a las inspecciones de Policía en aras de descongestionar los juzgados penales. Luego en 1992 se declara inexecutable el artículo de la Ley 23 de 1991 que había transferido las contravenciones a las inspecciones de Policía y estas pasan a la Fiscalía hasta 1995, lo cual tiene un gran peso en la carga laboral, como se observa en el gráfico 4-2. Hoy en día las contravenciones denunciadas llegan a ser seis veces más que el número de delitos denunciados a la Policía. A partir del nuevo C.P.P. que entró en vigencia en Julio del 2001 las contravenciones pasaron nuevamente a ser competencia de la Fiscalía con las implicaciones en términos de congestión que se muestran en el gráfico 4-6.

Gráfico 4-2



Fuente: Policía Nacional, anuarios.

En cuanto al conflicto armado sólo vale la pena destacar que muchos delitos ni siquiera se cuentan porque las autoridades del Estado no pueden operar y a veces ni siquiera entrar a zonas controladas por los actores armados (un caso obvio es la zona de despeje). Esto significa que muchos delitos quedan impunes aunque se hayan denunciado y hasta judicializado. A los actores del conflicto armado les interesa ocultar ciertos crímenes para ganar credibilidad entre la gente, y también les interesa exagerar otros, por razones estratégicas. En algunos casos inclusive agentes del mismo Estado están comprometidos con crímenes que necesitan ocultar.

Finalmente, y en parte por el conflicto mismo, el factor miedo distorsiona las estadísticas en materia penal. Aun cuando este tema es demasiado amplio y debe analizarse con cuidado, algunas encuestas y estudios sobre justicia demuestran que existe mucho miedo tanto de los jueces (entiéndase fiscales, peritos, y auxiliares) como de los testigos y que dicho miedo limita y distorsiona el análisis de la impunidad judicial⁷⁸. Según un estudio de María Mercedes Cuéllar el 30% de las personas entrevistadas no usan el sistema penal por miedo a represalias: La Primera Encuesta de justicia realizada en 1997, el mismo año que el estudio de Cuéllar, reduce este porcentaje a 17.9%. Para el ex-Fiscal Alfonso Gómez Méndez, uno de los problemas más graves de la justicia penal es que los testigos no hablan por miedo⁷⁹. Cuando los delitos provienen del crimen organizado es casi imposible encontrar testigos, pues nadie se atreve a enfrentarse solo a poderosas organizaciones criminales. En su gran mayoría estos delitos quedan impunes aun cuando se hayan judicializado, y mal puede decirse que esto sea responsabilidad de la Fiscalía. En el caso de los homicidios, el miedo incrementa la impunidad social de manera preocupante. Entre las personas que dicen conocer de la existencia de un homicidio, del el público y los jueces sólo una de cada tres lo conoce (y dos de cada tres, entre los miembros de las Fuerzas Armadas) y prefieren no hacer nada⁸⁰. Esto significa que la impunidad es alimentada por el miedo de acusar. En el caso del homicidio en las zonas donde existen uno o más actores armados sólo un 6% de los homicidios se resuelven en contraste con un 16% en las zonas sin actores armados. El miedo de los jueces se desprende de varias respuestas dadas en la Encuesta de Cuéllar. Tanto los jueces (incluye fiscales) como las Fuerzas Armadas temen la justicia privada en 52 y 51% respectivamente en contraste con la población que le teme a la justicia privada (33%). Este miedo de los jueces semi-paralizó el sistema de justicia penal entre 1985 y 1990, época en que se hizo famosa la opción de los dos metales “plata o plomo” impuesta por el cartel de Medellín⁸¹.

El problema de la seguridad personal de los jueces y de los niveles de intimidación que muchos jueces manejan también demuestran como el miedo inhibe la efectividad de la justicia penal y como atenta contra la imparcialidad de sus decisiones. Brevemente, vale la pena destacar que entre 1979 y 1991 hubo 515 casos de violencia contra jueces y abogados, de los cuales 329 fueron homicidios o tentativas de homicidio⁸². Posteriormente, entre 1991 y 1998 hubo 132 casos de violencia contra jueces, fiscales y auxiliares de justicia (82 homicidios, 28 tentativas de homicidio y 22 secuestros)⁸³. Otro indicador del miedo de los jueces es que el 68% de los jueces ha sido afectado por un homicidio cercano en los últimos 5 años, este porcentaje es mayor para los jueces que para la población que vive en las zonas más violentas del país (60%) y que el promedio nacional (44%). Por consiguiente, los jueces como grupo están más armados que el resto de la población: 29% de los jueces tiene armas frente a 11% del promedio del público en general⁸⁴. Todas estas situaciones demuestran que el miedo introduce distorsiones importantes que no deben ignorarse al analizar la impunidad judicial.

⁷⁸ Primera Encuesta Nacional de Justicia: 1997, Cuéllar, M.M. 2000; y Restrepo, E.M.: 2002.

⁷⁹ Entrevista personal en Restrepo, E.M.: 2002

⁸⁰ Cuéllar, M.M. 2000.

⁸¹ Restrepo, E.M.: 2002

⁸² Bonilla, P.G. y Villa, V.A. 1992.

⁸³ *Ibid.* La reducción en la violencia contra jueces entre 1991 y 1998 se reduce principalmente por la introducción de la justicia sin rostro.

⁸⁴ Cuéllar, M.M.: 2000.

2- Límites en la Fiscalía

Desde 1980, las estadísticas de la fase de ocurrencia del delito y de denuncia han sido difíciles de consolidar de manera generalizada y confiable. Por ejemplo, en el caso de las estadísticas de delitos registradas por la Policía o el DANE permanecen constantes a lo largo del tiempo, como si no hubiera habido mejora alguna en los mecanismos de denuncia por parte de la ciudadanía, ni de recolección o sistematización de esta información. Por otra parte, muchas de las denuncias se realizan en entidades que por su objeto no tienen interés o recursos para hacer un registro cuidadoso de ellas como el ICBF, la DIAN, los juzgados y otras entidades nacionales y descentralizadas que en algunos casos no están sistematizadas o no reportan la denuncia a la Fiscalía.

En el caso particular de la Fiscalía, no existe hasta la fecha un registro confiable de los delitos que llegan a denunciar a esta entidad ni de los que se inician de oficio. Este factor constituye una gran limitante para el análisis de impunidad y eficiencia, pues las denuncias son como los insumos que entran a un flujo productivo, y son claves para determinar la calidad y el costo de su funcionamiento y resultados. Sin tener un dato cierto sobre las mismas, cualquier medición de eficiencia e impunidad que se haga resulta incompleta. Mientras la variable inicial, de ingreso de procesos no exista, el ejercicio sólo permitirá analizar lo que pasa al interior de la Fiscalía como una medición del movimiento de lo que ya existe en el sistema, más no determinar cuál es la verdadera cifra de impunidad.

Por lo tanto, en este sentido se recomendaría para suplir esta deficiencia de información estadística, en primer lugar, tener un sistema único de información sobre el movimiento de los procesos con base en el gráfico 4-1. En segundo lugar, crear una terminología general que permita claridad y transparencia en determinar las salidas de procesos en las dos fases para cuantificar la impunidad relativa, la impunidad absoluta, las salidas de fondo y las otras salidas. En tercer lugar, tener un sistema de verificación de la fuente interna que provee la información a ese sistema, y por ejemplo, que haya una persona dentro de cada unidad de la Fiscalía encargada de alimentar este sistema único diariamente con los movimientos de los procesos de su competencia. Esto sería posible pues hoy en día existe un alto porcentaje de unidades sistematizadas y también un tiempo ya determinado en que el Fiscal tiene la labor de llenar toda la información sobre sus procesos pero en formatos en papel. Sería importante crear un incentivo para los funcionarios y que esta red de información se mantuviera al día, con cobertura y confiabilidad total.

El aporte de esta consultoría en la medición de impunidad consiste en mejorar algunos de los obstáculos de los estudios mencionados, en particular tratando de tener en cuenta, en la medida de lo posible (dadas las limitaciones de la información estadística existente y las particularidades de la justicia penal en Colombia), el curso que sigue un proceso penal en la Fiscalía como elemento cualitativo y añadiendo en dicha medición componentes económicos y humanos. Adicionalmente, calificar los diferentes tipos de terminaciones de los procesos, y ver su evolución en el tiempo, relacionado con la evolución de los insumos con los que cuenta la Fiscalía para cumplir con su objetivo de disminuir la impunidad y la congestión. En este caso, se observa la evolución de factores como el gasto presupuestal, el de personal e indicadores como la carga laboral y el tiempo que utilizan los fiscales en la resolución de los procesos. Finalmente, aunque este objetivo sólo se logra parcialmente (ya que se necesitaría hacer un muestreo de expedientes) se busca diferenciar los diferentes tipos de impunidad que son responsabilidad de la Fiscalía -pre-judicial, relativa y absoluta-

para sentar las bases de la segunda fase de esta consultoría respecto del tema de la impunidad y poder atacar el problema de “las distintas impunidades” desde su origen con mayor conocimiento.

D- Impunidad en la Fiscalía

Después de observar los resultados de los diferentes estudios sobre impunidad, es claro que debe delimitarse la responsabilidad de la Fiscalía en cuanto a la impunidad que resulta de sus acciones u omisiones, y aquella que se sale de su competencia y responsabilidad. La demanda por los servicios de la Fiscalía, llega en primera instancia a través de la denuncia del delito o de un conocimiento de oficio por parte de la Fiscalía o de cualquier autoridad competente.

Antes de pasar a la medición de la impunidad, es necesario realizar ciertas aclaraciones metodológicas. De acuerdo con las limitaciones de información planteadas anteriormente, sumado a que la consolidación de la información en la Fiscalía se hizo a partir de 1996, las cifras que se presentan a continuación cubren el período de 1996 a julio de 2001. Este período de tiempo cuenta con bases de información continuas recolectadas con la misma metodología, nomenclatura y características, por lo que es el único período en que se puede ver su evolución en el tiempo con cifras comparables. Como se observó anteriormente, existen otros estudios que abarcan períodos anteriores en la Fiscalía, o en los años 80, pero estas cifras no son comparables entre sí, pues usan metodologías diferentes y en el caso de los años 80 se trataba de un sistema penal diferente.

Por otra parte, es importante aclarar la manera como se va a tratar la duración en el tiempo de los procesos en la medición de impunidad y eficiencia. El hecho de que un proceso pueda resolverse en un día o en un período de 10 años, hace que se cuestione la manera de medir estas dos variables en un período. Se van a encontrar procesos rezagados en el tiempo, que pueden terminarse o salir del sistema varios años después de que entran, lo que podría llegar a distorsionar la validez de la cifra de impunidad en un año determinado con procesos iniciados y acumulados de años anteriores. Sin embargo, la percepción general, es que el crimen en Colombia es una variable relativamente constante en el tiempo y un año típico no está midiendo estacionalidades, pues no sufre de ciclos de gran aumento o disminución, como la economía. Por lo tanto, los tipos de crímenes, su frecuencia y el desarrollo de su ciclo procesal, pueden observarse suponiendo que un proceso que lleva diez años en el sistema y se resuelve en un día, se complementa con procesos que entran y salen en ese año con muy poca permanencia en el sistema. Claro está, que la medición correcta sería realizar una muestra de procesos de acuerdo con los delitos y observar su desarrollo en cada etapa del proceso, hasta que salgan del sistema. Desafortunadamente, ese estudio requiere de un largo período de tiempo y trabajo de campo para observar los resultados.

1- Denuncia

La labor de la Fiscalía en esta primera instancia consiste en determinar la veracidad del delito. En ese momento, la Policía judicial conformada principalmente por el CTI, el DAS y la DIJIN se encargan de la investigación preliminar (primera fase del proceso penal), por comisión de un fiscal a cargo de la investigación o por seguimiento propio de un acto delictivo.

En esta primera fase del proceso no existen datos claros sobre cuántas denuncias llegan o se denuncian de oficio en la Fiscalía. Este tipo de impunidad que para mayor claridad se llamará impunidad pre-judicial es responsabilidad de la Fiscalía y hoy por hoy, no se sabe qué porcentaje de la impunidad judicial representa.

De acuerdo con funcionarios de la Fiscalía, las cifras que se manejan de denuncias no son confiables, pues no existen procesos claros de contabilización de los delitos que se denuncian en la Fiscalía, y la cifra que maneja el CTI es muy inferior al número de procesos que ingresan cada año. Sin embargo, en 1998 se unificó y estandarizó el sistema de denuncias pero su cobertura es baja en las fiscalías seccionales y locales. Adicionalmente, por la relación a veces distante entre los investigadores del CTI y los fiscales, no existen estadísticas claras que nos permitan analizar la relación entre quienes se ocupan de las dos primeras fases del proceso. Estas distancias se magnifican cuando las funciones de Policía judicial son ejercidas por funcionarios externos a la Fiscalía como los que pertenecen al DAS y a la SIJIN.

De acuerdo con el CTI, las denuncias pasaron de 55.529 en 1996 a 81.105 en 2000. Sin embargo, como se mencionó antes no es un dato confiable pues de acuerdo con los datos del Censo Nacional de Expedientes Activos que realizó la Fiscalía⁸⁵, de un total de 682.983 expedientes activos en abril de 1999, 434 mil se denunciaron de manera personal y 249 mil se conocieron de oficio, la forma de denuncia de los hechos que prevalece en la Fiscalía es la hecha personalmente (64% de los casos) y los hechos delictivos conocidos de oficio representan el 36% de los casos, lo que no concuerda con las cifras del CTI, ni las cifras de entradas de investigaciones por año, que son casi 600 mil.

Dadas las falencias encontradas en este punto, resulta imperativo establecer un método de registro confiable y sistemático del número de denuncias que se hacen directamente en la Fiscalía. Eso no sólo desmitificaría la percepción generalizada de que la Fiscalía sólo investiga un pequeño porcentaje de las denuncias que recibe directamente, sino que permitiría mejorar la política criminal y la transparencia de la investigación penal. La credibilidad en la Fiscalía se fortalecería si se pudiera establecer que un porcentaje importante de los delitos denunciados no son delitos, o no son competencia de la Fiscalía, porque son competencia de la jurisdicción militar, o que la acción penal no procede porque se trata de un acusado inimputable, por ejemplo un incapaz mental. El hecho de poder establecer por qué se denuncian cierto de tipo de delitos en la Fiscalía y no en la Policía, o establecer cuáles de estas denuncias son investigaciones en que la Fiscalía no debe desgastarse, e.g. denuncias sin identificación del posible culpable⁸⁶ permitiría diseñar una política criminal más eficiente y eficaz. Además, conocer el trámite que surte una denuncia mejoraría la transparencia de la investigación penal.

2- Etapa de Investigación Previa

Posteriormente, la etapa de Investigación Preliminar se desarrolla cuando se confirma la ocurrencia de un delito, si efectivamente se trata de un hecho punible, y si procede la acción penal. Si se dan estos supuestos se recaudan las pruebas necesarias para identificar a los implicados. Esta etapa tiene una duración máxima de 60 días si el sindicado es conocido y

⁸⁵ Ceder: 2000.

⁸⁶ Se sabe que existe un porcentaje muy elevado de denuncias sin identificación de un posible culpable y que el porcentaje de acierto de esos procesos es muy bajo. Cede: 2001.

de 180 si es desconocido. Al cabo de este tiempo hasta Junio de 2001 se suspendía la investigación penal provisionalmente. Esta situación generaba impunidad relativa (ver gráfico 4-1) pues el proceso podía ser reabierto en cualquier momento, o ser archivado definitivamente y finalmente prescribir en el tiempo.

De acuerdo con cifras de la Fiscalía (cuadro 4-2) las salidas que requieren un proceso de investigación de fondo por parte de los fiscales han ido en aumento, la apertura de instrucción pasó de representar de un 12 a un 16% del total de las salidas de 1996 a 2000 y los autos inhibitorios pasaron de 19 a 24%. En conjunto, un 40% en el 2000, lo que demuestra un mejoramiento en el esfuerzo investigativo de los fiscales en lo que concierne a los procesos que ingresaron a esta etapa. No obstante lo anterior, el crecimiento de los autos inhibitorios en este período debe estudiarse más a fondo para analizar sus causas. Esto podría hacerse en el muestreo de expedientes que se propone para la segunda fase de esta Consultoría.

Las terminaciones atípicas del proceso, que no generan impunidad y que permiten a las partes una salida negociada y pronta, como la conciliación o la indemnización, desafortunadamente representan un porcentaje muy bajo de las salidas y han permanecido constantes a lo largo del período como se observa en el cuadro 4-3⁸⁷. El bajo porcentaje de conciliaciones e indemnizaciones durante el transcurso del proceso se explica en parte porque, aunque se cuenta con los mecanismos legales para que estas figuras operen al interior del proceso penal, muchos fiscales desconocen la verdadera importancia de estas figuras, no como simples trámites procesales, sino como verdaderos mecanismos de pronta resolución penal y de descongestión judicial. En muchos casos los fiscales no operan como verdaderos facilitadores de las conciliaciones por falta de capacitación en el tema. Ambos problemas tienen solución y significarían un progreso inmenso en la lucha contra la impunidad con muy bajos costos económicos para la Fiscalía.

⁸⁷ Vale la pena destacar que muchas conciliaciones se dan antes de que se judicialice el proceso. Por ejemplo en el Centro de Conciliación de la Universidad de los Andes se presentan alrededor de 596.6 conciliaciones por año de las cuales el 29% tienen éxito. Del total de conciliaciones entre el 0.8 y el 2% son en materia penal. La mayoría son en asuntos de familia (46%), laboral (25%) y civil (25%).

Cuadro 4-3
Egresos Investigación Previa 1996-2001
Número y porcentaje de salidas de la etapa de Investigación Previa

		1996		1997		1998		1999		2000		a julio 2001	
		Número	%										
Salidas con Decisión de Fondo	Apertura de instrucción	69,062	12%	74,864	13%	87,295	14%	95,989	16%	96,246	16%	52,221	15%
	Autos inhibitorios	105,737	19%	90,412	16%	107,847	18%	130,292	21%	142,889	24%	82,482	24%
	Conciliación	4,812	1%	4,990	1%	5,322	1%	5,411	1%	4,765	1%	3,292	1%
	Cambio competencia fuera de FGN	48,207	9%	47,046	8%	42,836	7%	41,924	7%	40,390	7%	22,936	7%
	Indemnización	1,339	0.2%	837	0.2%	990	0.2%	784	0.1%	668	0.1%	367	0.1%
	Total	557,267	100	556,255	100	603,429	100	608,067	100	604,809	100	342,142	100
Impunidad Relativa	Desistimiento	3,068	1%	3,602	1%	2,408	0.4%	1,975	0.3%	1,877	0.3%	1,123	0.3%
	Suspensión	193,971	35%	218,113	39%	206,357	34%	199,912	33%	177,594	29%	101,187	30%
	Reasignación procesos	131,071	24%	116,391	21%	150,374	25%	131,780	22%	140,380	23%	78,534	23%
	Total Egresos	557,267	100	556,255	100	603,429	100	608,067	100	604,809	100	342,142	100

Fuente: Fiscalía General de la Nación. Oficina de Planeación. Cálculos de la Consultoría

Por otra parte, de las salidas que se definieron en esta consultoría como impunidad relativa (cuadro 4-3), la suspensión por no identificación del responsable llegó al tope máximo en 1997 siendo el 39% del total de las salidas, 3 veces más que las cifras de apertura de instrucción en ese año. Sin embargo, las suspensiones por este concepto han ido disminuyendo y en el 2000 representaron el 29%. La reasignación de procesos por dentro de la Fiscalía, que se considera como impunidad relativa por que los procesos se pasan de un fiscal a otro y con esto no sólo se dilatan sino que en algunos casos incluso se pueden llegar a prescribir, no varía mucho en el período y se mantiene en un porcentaje de 24%. Es preocupante que una cuarta parte de los procesos se reasignen no sólo por las implicaciones en cuanto a la eficiencia de la investigación penal sino por sus implicaciones en cuanto a la imparcialidad de la Fiscalía en el proceso de reasignación. Este tema se trata en detalle en el punto 5-1 de esta consultoría. El desistimiento, aunque representa un porcentaje mínimo de salidas, también se califica como impunidad relativa porque en algunos casos precisamente por sus efectos de cosa juzgada las partes pueden renunciar en éste a la posibilidad futura de resolver su conflicto.

De esta forma, el indicador de impunidad relativa en la etapa de investigación previa pasó de ser el 60% de los procesos en 1996, a 52% en 2000. Este progreso de 8 puntos en cuatro años, no es insignificante, pero es preocupante que estas salidas representen más de la mitad de las salidas totales en la etapa de investigación, equivalente a 320 mil procesos de los 600 mil que salen por año.

3- Etapa de Instrucción

Si se observan cifras de 1994, cuando se empezaba a consolidar el papel de la Fiscalía en el proceso, existían indicadores que mostraban un alto nivel de impunidad en la etapa de Instrucción. De acuerdo con un estudio que analizó las causas de salida de ese momento, se encontró que en las fiscalías regionales el 53% de los procesos terminó con salidas definidas como impunidad, en las fiscalías seccionales esta cifra fue de 60% y en las fiscalías locales esta cifra llegó al 86% (Cuadro 4-4).

Cuadro 4-4
% de Terminaciones definidas como impunidad
Etapas de Instrucción 1994

	Falta de competencia	Preclusión	Reasignación a otro fiscal	Totál
Fiscalías regionales	19%	17%	17%	53%
Fiscalías seccionales	18%	31%	11%	60%
Fiscalías locales	73%	12%	1%	86%

Fuente: Fedesarrollo, Instituto Ser: 1996.

Sumando estas terminaciones las cifras de impunidad son muy altas. Sin embargo es importante recordar que la preclusión no necesariamente genera impunidad por que se puede dictar por que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, la ley no lo considera delito, o existen causales que eximen de responsabilidad al sindicado. La falta de competencia y la reasignación a otro fiscal, sí pueden ser causales de impunidad pues delegando la responsabilidad a otro funcionario se retrasa el proceso, y este puede llegar a prescribir en el tiempo.

En la etapa de Instrucción existe un mayor número de salidas que implican una investigación de fondo por parte de los fiscales como se observa en el cuadro 4-5. De estas terminaciones se destacan la preclusión por falta de mérito y antes de calificación que sumadas pasaron de ser el 25% de las salidas al 32% en 2000. Le sigue la resolución de acusación que sigue siendo una proporción pequeña de las salidas pero se ha incrementado en el período hasta llegar a un 23% del total. Las conciliaciones, representan el 5% de las terminaciones en esta etapa y han permanecido constantes a lo largo del período. Por su parte, los cambios de competencia fuera de la Fiscalía han disminuido su importancia, bajando en 5 puntos porcentuales.

Cuadro 4-5
Egresos Instrucción 1996-2001

Número y porcentaje de salidas de la etapa de Instrucción*

		1996		1997		1998		1999		2000		a julio 2001	
		Número	%										
Salidas con decisión de Fondo	Cambios de comp. fuera FGN	25,816	8%	18,323	6%	14,934	5%	14,718	4%	15,941	4%	8,566	3%
	Audiencias especiales	714	0.2%	556	0.2%	574	0.2%	532	0.1%	378	0.1%	153	0.1%
	Conciliación	15,018	5%	16,303	6%	18,603	6%	19,212	5%	21,285	5%	11,772	5%
	Resolución acusación	55,882	17%	61,700	22%	70,867	22%	84,394	24%	95,865	24%	57,382	23%
	Preclusión falta mérito/antes calif.	79,787	25%	73,460	26%	84,686	27%	102,342	29%	125,786	31%	78,710	32%
	Indemnización	2,327	0.7%	1,790	0.6%	1,621	0.5%	1,337	0.4%	1,116	0.3%	678	0.3%
	Sentencias anticipadas	9,381	3%	12,942	5%	15,842	5%	18,540	5%	21,341	5%	12,195	5%
	Mixta ejecutoriada	1,694	0.5%	1,465	0.5%	1,478	0.5%	1,335	0.4%	1,459	0.4%	926	0.4%
Otras Salidas	Recusación, Impedimentos	557	0.1%	488	0.2%	847	0.3%	949	0.3%	719	0.2%	258	0.1%
	Revocatoria apertura de instr.	4,878	1.5%	3,349	1.2%	3,064	1.0%	4,337	1.2%	3,899	1.0%	1,880	0.8%
	Por desplazamiento 2a. Instancia	1,800	0.5%	1,712	0.6%	1,594	0.5%	1,650	0.5%	1,499	0.4%	809	0.3%
Impunidad Absoluta	Preclusión por prescripción	20,406	6%	10,071	4%	8,960	3%	14,788	4%	6,287	2%	2,683	1%
Impunidad Relativa	Desistimiento	4,013	1.2%	4,168	1.5%	4,774	1.5%	4,853	1.4%	5,506	1.4%	3,248	1.3%
	Reasignaciones dentro FGN	100,719	31%	76,356	27%	91,118	29%	88,087	25%	104,040	26%	67,595	27%
	Total	322,992	100	282,683	100	318,962	100	357,074	100	405,121	100	246,855	100

Fuente: Fiscalía General de la Nación. Oficina de Planeación. Cálculos de la Consultoría

*No están incluidas las preclusiones por muerte. Los cierres parciales no se incluyen por tratarse de autos de sustanciación en el proceso

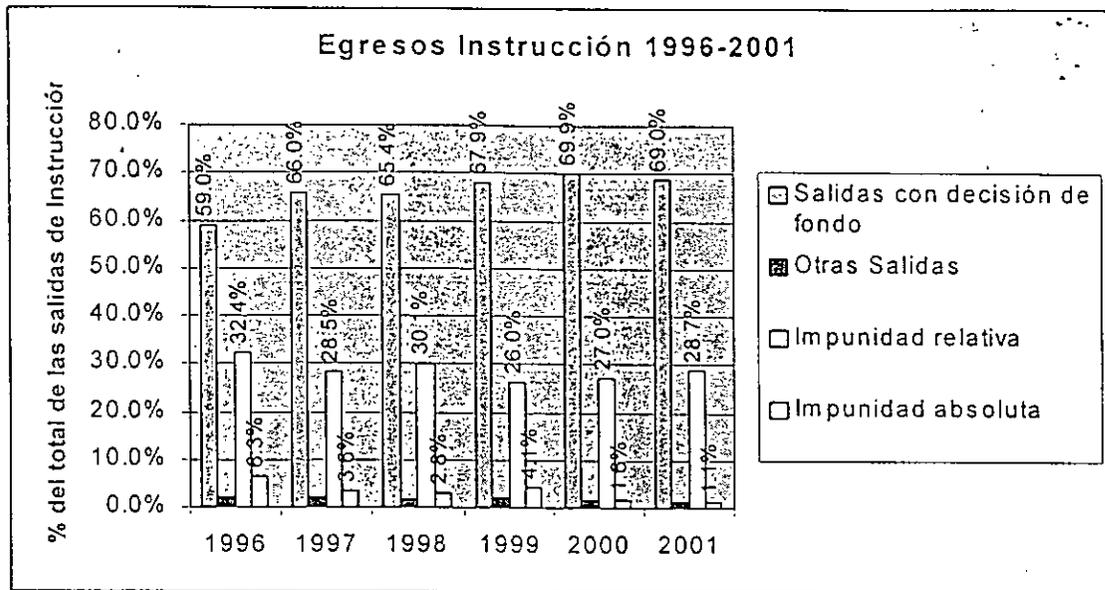
*Las salidas con decisión de fondo son aquellos pronunciamientos donde el fiscal resuelve la esencia del asunto investigado y como consecuencia el proceso sale efectivamente de la Fiscalía por terminarse su competencia. En estas salidas no hay lugar a impunidad. En la sentencia anticipada una vez el acusado se acoge a este procedimiento, el proceso se remite al juez competente previa diligencia de aceptación de cargos. En el caso de la audiencia especial que también era hasta Julio 2001 una forma de terminación anticipada del proceso, a iniciativa del fiscal o del sindicado, el juez podía disponer en cualquier momento la celebración de una audiencia especial en la que el fiscal presentaba los cargos que de acuerdo con la investigación hubieran surgido contra el acusado y éste último tenía la oportunidad de aceptarlos, en todo o en parte, o rechazarlos. En la indemnización y la conciliación el proceso se resuelve por la reparación del perjuicio o por el acuerdo entre las partes y sale de la competencia de la Fiscalía. Con la resolución de acusación el proceso se envía a reparto a los juzgados para que se inicie la etapa de juicio.

*Las otras salidas son aquellas que no implican decisiones de fondo por parte del fiscal. Algunas pueden clasificarse simplemente como salidas administrativas, otras no. Por ejemplo, con la revocatoria de apertura de instrucción el proceso vuelve a la etapa de la investigación previa pero no se produce ninguna decisión de fondo y el proceso no sale de la Fiscalía. En el desplazamiento de segunda instancia el proceso pasa a ser competencia de otro funcionario pero no implica una salida efectiva de la Fiscalía. Los impedimentos y recusaciones son salidas administrativas, pero no hay una decisión de fondo, sino un procedimiento interno mediante el cual se efectúa un cambio de funcionario cuando un sujeto procesal recusa al fiscal o el mismo se declara impedido.

*Se considera el desistimiento como impunidad relativa por los efectos de cosa juzgada que tiene ya que con el desistimiento se renuncia definitivamente a la iniciación de una acción penal y civil futura.

En total, las salidas con decisión de fondo han incrementado su peso dentro del total en 7 puntos porcentuales llegando al 70% en el 2000, lo que demuestra una mejora en los indicadores de eficacia del proceso. La impunidad absoluta, es decir las salidas por prescripción (gráfico 4-3), disminuyó notablemente pasando de 6% a 1% en 2000. La impunidad relativa, con las terminaciones de sentencias anticipadas, desistimiento y reasignaciones ha disminuido en solamente cuatro puntos y todavía representa la tercera parte de las salidas totales en esta etapa.

Gráfico 4-3



Fuente: Cálculos de la Consultoría basados en cifras de la FGN, Oficina de Planeación.

E- Eficiencia en la utilización de los recursos

El servicio de justicia es un bien público en el que el Estado es un proveedor monopólico, lo que incentiva a que se produzca ineficientemente. Anteriormente se estudiaron indicadores que miden la eficacia y el nivel de impunidad de los procesos que se manejan dentro de la Fiscalía General de la Nación, observando que se ha progresado los últimos años, aunque todavía un 50% de los procesos en la etapa de investigación previa y un 32% en la etapa de instrucción presentan terminaciones definidas como impunidad relativa.

A partir de estas conclusiones y dado que la Fiscalía absorbe el 45% del presupuesto del sector justicia, es esencial analizar su papel en el marco de este esfuerzo institucional y económico que se hizo con el objeto de mejorar la impunidad y congestión del sector justicia.

1- Gasto presupuestal del Sector

El gasto público en justicia ha aumentado notablemente en los últimos años en Colombia. Pasó de niveles de gasto que representaban el 0.5% y 0.6% del PIB en los años 70 y 80, al doble en los años noventa, 1.29% en 1999, con un aumento real anual de 17% en promedio en los años posteriores a la reforma de 1991 (Cuadro 4-6). Colombia es un país con alto gasto asignado a la justicia, si se compara con países desarrollados como Estados Unidos, donde en 1997 el gasto en justicia como porcentaje del PIB fue de 0.26%, o con otros países de Latinoamérica, como es el caso de Argentina, donde este porcentaje fue de 0.33%⁸⁸. No obstante, el presupuesto para gasto de la rama judicial en Colombia está sujeto en su mayor parte a los ciclos económicos y a los recursos disponibles de la Nación. Por lo tanto, el incremento que sostuvo la justicia durante los años 90 no se mantuvo a partir de 1998, cuando la economía sólo creció al 0.48% y 1999 cuando decreció en 4.29%, efectos

⁸⁸ Corporación Excelencia en la Justicia: 2000.

que se sintieron en el presupuesto del 2000 pues el Gobierno Central empezó a enfrentar severas restricciones fiscales en ese año y los siguientes.

Cuadro No. 4-6
Gasto Público en Justicia
1970-2000

Período.	Como % del PIB	Tasa crec. Real anual	Como % del PGN(1)
1970-79*	0.50%	4.36%	4.00%
1980-89	0.60%	5.80%	4.30%
1990-92	0.66%	8.37%	3.61%
1993-98	1.16%	12.50%	5.11%
1999	1.29%	9.47%	4.98%
2000	1.15%	-7.3%	4.10%

(1) Presupuesto General de la Nación

Gasto por entidades: compromisos +reservas

Fuente: Consejo Superior de la Judicatura hasta 1999. CGR: 2001b

En lo que se refiere al Presupuesto General de la Nación, pasó de representar alrededor de un 4% en los años 70 y 80, a un 5% en los años 90 (cuadro 4-6). Otros países de Latinoamérica tienen participaciones de la justicia en el presupuesto de menos de la mitad: Argentina (2.7% en 1992); Chile (0.81% en 1994); México (0.8% en 1993)⁸⁹.

Por otra parte, si se compara el presupuesto per cápita del sistema judicial, el de Colombia con más de 10 mil dólares p.c. dobla el de Ecuador o Perú⁹⁰, aunque es necesario recordar que la situación delictiva es muy diferente, pues las tasas de delitos como el homicidio en Colombia, son 5 veces mayores que en los mencionados países vecinos. Sin embargo, a pesar de la especial situación de criminalidad y conflicto armado que vive Colombia, se puede decir que la rama cuenta con una partida de recursos significativos, y dadas las restricciones presupuestales actuales, es imperativo que se utilicen de una manera productiva, para llegar a unos resultados óptimos.

La reforma judicial adelantada en 1991 hizo más autónoma la forma de administrar el presupuesto del sector, que anteriormente dependía casi en su totalidad de la administración del ejecutivo⁹¹. Actualmente, el Consejo Superior de la Judicatura tiene la función de formular y ejecutar la política administrativa y judicial, elaborando el Plan de Desarrollo y el Presupuesto –incluyendo lo remitido por la Fiscalía General de la Nación– para que se incorpore en el Plan Nacional de Desarrollo y al Presupuesto General de la Nación. Se puede decir entonces, que la rama tiene una mayor independencia en la administración de sus finanzas a través del Consejo Superior de la Judicatura por medio de una elaboración concertada con el Consejo Nacional de Planeación en el ejecutivo.

Sin embargo, no se puede hablar de autonomía total si los ingresos propios de la rama representan tan sólo un 5% del presupuesto total y adicionalmente, el ejecutivo en su momento puede hacer las enmiendas que considere pertinentes al Plan y al Presupuesto que presente el sector justicia. Las fuentes de financiación del sector Justicia provienen casi en su totalidad del Presupuesto General de la Nación, 95% que van para gastos de personal,

⁸⁹ Comisión de Racionalización del Gasto y las Finanzas Públicas: 1996.

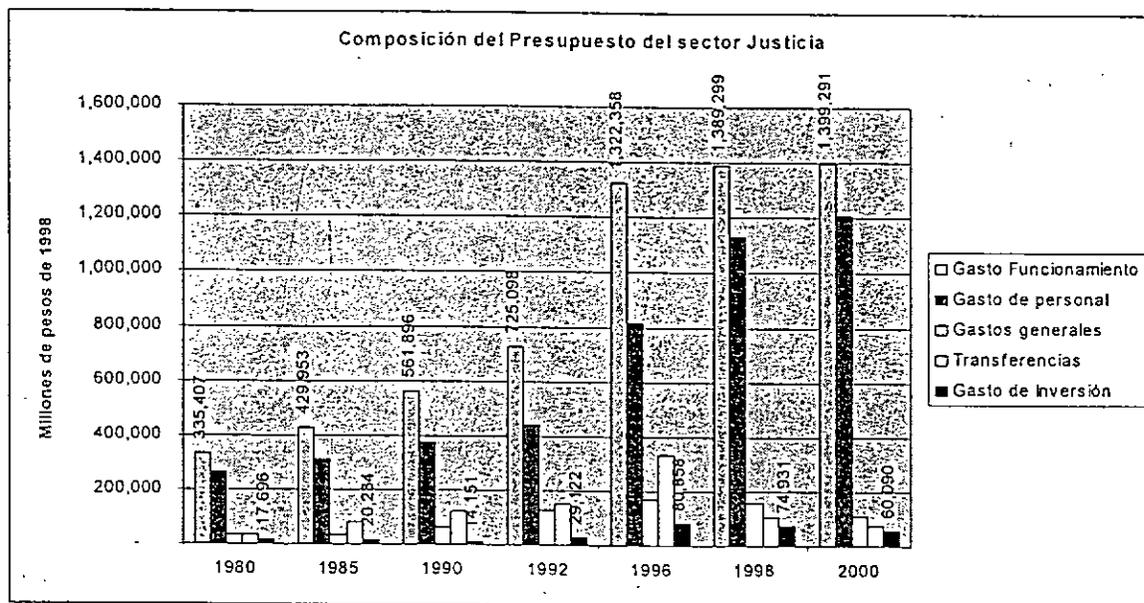
⁹⁰ Corporación Excelencia en la Justicia: 2000

⁹¹ Aunque ya en 1989, el Fondo Rotatorio de Justicia conformado por miembros de la rama, administraba el presupuesto.

mientras el restante 5% proviene de los fondos especiales. Estas rentas propias vienen de tres fuentes: los ingresos de los derechos por registro de instrumentos públicos y otorgamiento de escrituras ante la Superintendencia de Notariado y Registro, el 10% de los ingresos brutos de las notarías y los rendimientos de los depósitos judiciales⁹².

Los usos de estos recursos, se dedican aproximadamente el 90 y 95% al gasto en funcionamiento y el resto a la inversión. La partida más grande es la de gastos en planta de personal (gráfico 4-4) y por otra parte, los gastos de inversión alcanzan un pico en 1996, año a partir del cual empiezan a disminuir. Estos, se concentran en infraestructura física, dejando a un lado inversiones para generar cambios institucionales u organizacionales. Por ello no deja de ser sorprendente, que se destine solamente el 1% de su presupuesto de inversión a la capacitación de su personal, es decir 0.1% del total del gasto de la rama judicial, teniendo en cuenta el aumento de personal que se dio a principios de los noventa y los cambios en la estructura del aparato judicial⁹³.

Gráfico 4-4



Fuente: Informes anuales CGR 1996 y 2001b.

Incluye: Rama Judicial, Ministerio Público, Ministerio de justicia y Fiscalía General de la Nación desde 1992.

Las tasas de crecimiento del gasto en la rama judicial, han ido disminuyendo desde 1999, después de pasar al doble en 1993, en el 2000 el gasto disminuyó un 7% con respecto al año anterior, esencialmente por una disminución en los gastos generales, las transferencias y el gasto de inversión. De acuerdo con la clasificación que hace el Ministerio de Hacienda acerca del presupuesto⁹⁴, los gastos de funcionamiento “son aquellos que tienen por objeto atender las necesidades de los órganos para cumplir a cabalidad con las funciones asignadas en la constitución y la ley”. Dentro de éstos, están los gastos de personal, que son los que hace el Estado a cambio de los servicios que recibe ya sea en una relación laboral o por

⁹² Adicionalmente, la composición política de una de las salas del Consejo Superior y sus conflictos con otras instituciones judiciales ponen en duda la nueva autonomía fiscal de la justicia.

⁹³ Comisión de Racionalización del Gasto y las Finanzas Públicas: 1996.

⁹⁴ Ministerio de Hacienda y Crédito Público: 1999.

contratos, éstos incluyen la nómina, los servicios por contratos y las contribuciones legales que se hacen como empleador. Los gastos de funcionamiento también incluyen los gastos generales que están destinados a la adquisición de bienes y servicios, a pagar los impuestos y las multas; y las transferencias que van dirigidas a entidades nacionales o internacionales, públicas o privadas de acuerdo a lo que esté escrito en la Ley.

Por otra parte, los gastos de inversión están definidos como los que son capaces de generar ingreso o “ser de alguna forma económicamente productivos... Así mismo el gasto que tenga como objetivo crear infraestructura social, caracterizado por que su asignación permita acrecentar la capacidad de producción y productividad en el campo de la estructura física, económica y social”⁹⁵. Son definiciones muy amplias y cualquier partida podría caber en esta última definición. No obstante, en la Fiscalía esta partida es poco significativa desde 1992, año en que se creó.

De los recursos dedicados a la rama judicial, el 45% es ejecutado por la Fiscalía General de la Nación, en 1999 llegó a representar el 0.40% del PIB. A su vez, dedica el 95% de su presupuesto a gastos de funcionamiento (cuadro 4-7), en su mayor parte a gastos de personal, misma tendencia que se observa en la rama judicial.

Cuadro 4-7
Composición del Presupuesto de la Fiscalía General de la Nación
1992-2000

Millones de Pesos de 1998

Fiscalía	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000
Presupuesto total	159,511	317,124	375,633	474,881	527,751	522,353	531,328	535,851	498,485
Gasto Funcionamiento	154,597	308,152	345,592	444,552	496,076	495,685	500,332	507,586	483,089
Gasto de personal	99,050	166,931	219,643	283,113	307,958	421,048	431,830	442,731	431,413
Gastos generales	28,269	34,494	57,925	64,813	64,990	62,585	53,757	50,228	41,371
Transferencias	27,278	106,727	68,025	96,626	123,129	12,052	14,745	14,628	10,306
Gasto de Inversión	4,914	8,972	24,233	30,329	31,675	26,668	30,997	28,265	15,395
Tasas de crecimiento anual									
Presupuesto total		98.8%	18.5%	26.4%	11.1%	-1.0%	1.7%	0.9%	-7.0%
Gasto Funcionamiento		99.3%	12.1%	28.6%	11.6%	-0.1%	0.9%	1.4%	-4.8%
Gasto de personal		68.5%	31.6%	28.9%	8.8%	36.7%	2.6%	2.5%	-2.6%
Gastos generales		22.0%	67.9%	11.9%	0.3%	-3.7%	-14.1%	-6.6%	-17.6%
Transferencias		291.3%	-36.3%	42.0%	27.4%	-90.2%	22.3%	-0.8%	-29.5%
Gasto de Inversión		82.6%	170.1%	25.2%	4.4%	-15.8%	16.2%	-8.8%	-45.5%

Fuente: CGR 1996, 2001b.

Los gastos de personal, dado que llegan a representar el 86% del total del presupuesto en el 2000 muestran la misma tendencia que el presupuesto total con un fuerte aumento en 1993 y un crecimiento constante desde entonces, al contrario, los gastos de inversión tienen tasas de crecimiento inconstantes a través de los 10 años sin mostrar una tendencia o una política clara en este sentido, pues son los primeros que disminuyen en períodos de bajos ingresos. Lo anterior sugiere que la Fiscalía le da poca importancia a los gastos de inversión con las implicaciones para la lucha contra la impunidad que esto significa.

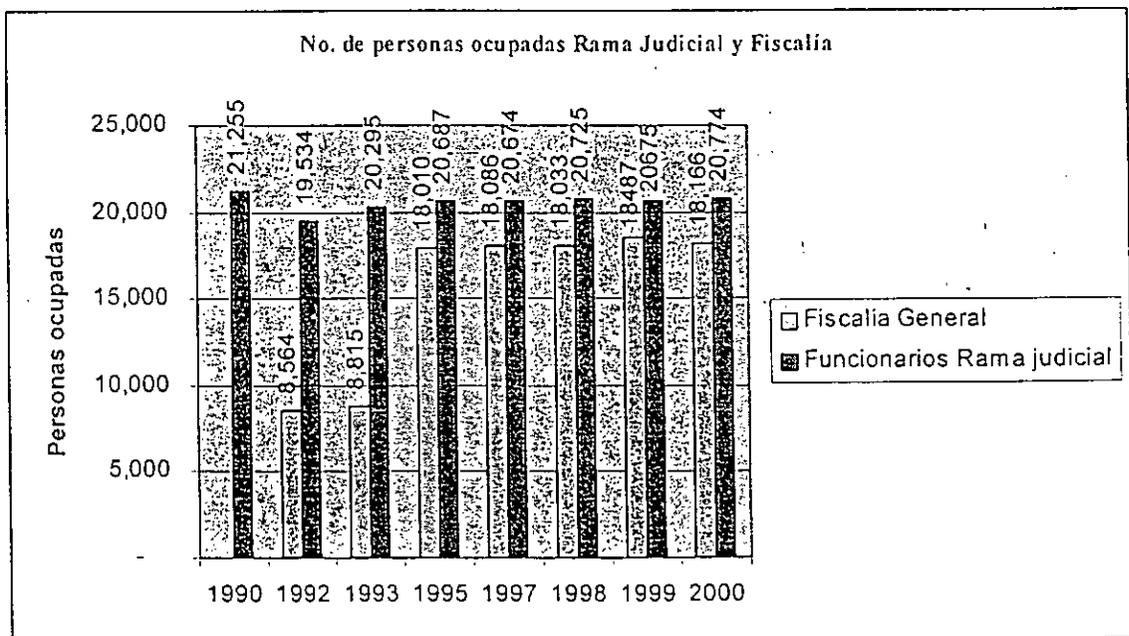
⁹⁵ Ibid.

2- Personal

Como se observó en el punto anterior, el comportamiento de la planta de personal es determinante en la evolución del gasto público judicial debido a que los pagos por concepto de salarios en el sector, representan cerca del 20% de los pagos del gobierno central para esta partida⁹⁶. Esta cifra es elevada al nivel de sector público, pues con un porcentaje similar al sector justicia las partidas que pesan más en el gasto de personal son Defensa Nacional y Policía, mientras que partidas como educación, relaciones exteriores e instituciones como la Contraloría y la Registraduría, pesan un poco más del 1% dentro de los pagos de personal del gobierno central.

En la década de los ochenta, el número de empleados en el sector justicia permaneció alrededor de 26.000, cifra que se dobló al pasar a alrededor de 40 mil empleados en 1995 (gráfico 4-5). Esto equivale a decir que en la década de los ochenta existían 82 funcionarios en la rama judicial en Colombia por cada 100 mil habitantes, cifra que pasó a 105 en 1995. De estos cargos en 1998, el 19% eran funcionarios (jueces y fiscales) y el 81% eran empleados (funcionarios administrativos o técnicos, que no cumplen funciones judiciales), es decir que hoy existen en promedio 17 funcionarios judiciales por cada 100 mil habitantes en Colombia, frente a 11 en Argentina y Costa Rica, 8 en Bolivia, 5 en Ecuador y 2 en Estados Unidos. De los 40 mil cargos existentes en la planta de personal de la rama, el 63% pertenecen al área penal, la Fiscalía tiene el 50% y los despachos judiciales penales el 13%, y el 30% pertenecen al área civil, laboral y de familia⁹⁷.

Gráfico 4-5



Fuente: CGR, 1996, 2001b.

⁹⁶ Acosta, O.L., Fainboim, I. y Rodríguez: 1999.

⁹⁷ Ibid.

Por su parte, la Fiscalía General de la Nación se creó en 1992 con una planta de cargos de 10.509 de acuerdo con el Consejo Superior de la Judicatura⁹⁸, para llegar finalmente en el 2001 a 20.115, cifra que se ha mantenido estable desde 1995 (cuadro 4-8)⁹⁹.

Cuadro 4-8
Fiscalía General de la Nación
Planta de Personal a Junio 2001

NIVELES	Personal	% Participación
Directivos	5	0.02
Asesor	13	0.06
Ejecutivo	171	0.85
Profesional	5,151	25.61
Técnico	7,929	39.42
Asistencial	1,797	8.93
Auxiliar	2,951	14.67
Provisional	2,098	10.43
Total	20,115	100.00

Fuente: CGR, 2001

Dentro de éstos, el Cuerpo Técnico de la Fiscalía (CTI) cuenta con 5.766 funcionarios en el 2001, de los cuales el 80% se dedican a las investigaciones, en su mayoría técnicos e investigadores judiciales. Esta estructura se dio a partir del Acuerdo 643 del 14 de diciembre de 1999, cuando se reestructuró el CTI debido a que anteriormente, de los 5.655 funcionarios solamente el 33% estaban dedicados a la investigación criminal y el restante 67% a labores administrativas lo que no era eficiente para la labor investigativa y criminalística del CTI¹⁰⁰.

En el cuadro 4-9 se puede comparar la composición de la tabla de personal antes y después de la reforma judicial de 1991. En 1982, el número de jueces y magistrados era significativamente mayor que el actual, lo que se compensó con la creación de la Fiscalía y más de tres mil fiscales que participan en las fases de investigación e instrucción del proceso penal. En los años 80, se decía que el sector justicia era la cenicienta, puesto que respecto a su carga de trabajo tenía una gran desventaja en cuanto a dotaciones físicas, salarios, estatus de los jueces y presupuesto, a lo que se atribuía su enorme congestión. En general se puede decir que hubo un significativo aumento de personal de acuerdo con la repartición de las responsabilidades en las diferentes fases del proceso penal.

⁹⁸ Es necesario aclarar que existe una inconsistencia entre las cifras de personal de la Contraloría y las de la Fiscalía y el Consejo Superior de la Judicatura. En: Acosta, O.L., Fainboim, I. y Rodríguez: 1999.

⁹⁹ Consejo Superior de la Judicatura: 1995.

¹⁰⁰ Fiscalía General de la Nación: 2001.

Cuadro 4-9
Planta funcionarios Rama judicial 1982, 1995

Instancia	1982	1995		
	No. jueces y mag.	No. jueces y mag.	No. fiscales	Total
Magistrados Sala Penal	8	9		
C.S. Justicia	24	23	7	15
Jueces sup-Trib. Distrito	178	189	133	322
Nivel circuito	395	555	1,608	2,163
Nivel Municipal	1,390	1,122	1,566	2,688
Territoriales	20			
De Instrucción	560			
Total	2,575	1,898	3,314	5,188

Fuente: Instituto Ser 1987; CSJ 1995

No obstante, el incremento del número de jueces no disminuye la congestión. Según cifras del DANE una ciudad como Tunja en 1988 tenía nueve veces más jueces por habitante que Cali la tercera ciudad más grande en Colombia, sin embargo, en Tunja anualmente se resolvían menos casos que en Cali¹⁰¹. Un estudio del Instituto Ser en los 80 demostró a partir un modelo matemático que se necesitarían en ese entonces 10 años sin recibir ningún proceso nuevo para acabar con la congestión en los despachos judiciales penales¹⁰².

De acuerdo con estas cifras de presupuesto y de personal, si se analiza la evolución de la remuneración promedio anual en la rama judicial y en la Fiscalía General de la Nación, se observa que para el año 2000 esta era de alrededor 24 millones en promedio para el sector, sin una marcada diferencia entre la rama y la Fiscalía (cuadro 4-10). Se observan unos incrementos significativos de 1992 a 1995 y de 1996 a 1997 en todo el sector público. En total, en los 15 años, de 1986 a 2000 el número de personas ocupadas en la rama judicial apenas crece un 0.7% promedio anual –no decrece– frente a un 9.9% en la Fiscalía y un 1.4% en la Contraloría. En cuanto a los gastos de personal, los de la Fiscalía por este motivo también son los que crecen en una mayor proporción, un 19% promedio anual, frente a un 6.3% para la Rama judicial y un 5.2% en la Contraloría. Finalmente, para ponderar estos gastos por el número de personas, la remuneración promedio anual crece un 5.5% en la Rama judicial, un 4.6% en la Contraloría y aumenta el doble, 8.3% en la Fiscalía. Si se comparan estas remuneraciones promedio con respecto al sector público de acuerdo con un estudio de Fedesarrollo, en 1996 había una diferencia de casi 1.6 veces más, es decir 12.6 millones en promedio para la rama judicial y la Fiscalía, y 7.8 millones para el sector público¹⁰³.

Se puede concluir que la planta de personal tanto de la rama justicia como de la Fiscalía, tienen una remuneración promedio y un crecimiento anual superior al sector público en general, que no necesariamente es criticable si se avanza con los objetivos propuestos y se tiene en cuenta la complejidad del trabajo.

¹⁰¹ Coyuntura Social : 1989.

¹⁰² Instituto Ser de Investigación: 1983.

¹⁰³ Acosta, O.L. Fainboim, I y Rodríguez, C.J.: 1999.

Cuadro 4-10
Remuneración promedio anual Rama judicial, Fiscalía y Contraloría
Millones de pesos de 1998

	No. de personas ocupadas			Gastos de personal			Remuneración prom. Anual		
	Rama Judicial	Fiscalía	CGR	Rama Judicial	Fiscalía	CGR	Rama Judicial	Fiscalía	CGR
1986	18,723	-	9,883	212,644	-	88,626	11.36	-	8.97
1990	21,255	-	9,419	278,676	-	81,332	13.11	-	8.63
1992	19,534	8,564	8,832	232,472	107,610	76,878	11.90	12.57	8.70
1995	20,687	18,010	4,651	358,092	301,582	62,873	17.31	16.75	13.52
1996	20,887	17,999	4,947	352,672	307,958	66,696	16.88	17.11	13.48
1997	20,674	18,086	4,793	457,838	421,048	85,298	22.15	23.28	17.80
1998	20,725	18,033	4,833	466,164	431,830	92,196	22.49	23.95	19.08
1999	20,675	18,487	5,366	486,126	442,731	93,900	23.51	23.95	17.50
2000	20,774	18,166	5,116	500,152	431,413	90,209	24.08	23.75	17.63
Crec. Promedio Anual	0.7%	9.9%	1.4%	6.3%	19.0%	5.2%	5.5%	8.3%	4.6%

Fuente: Contraloría General de la República, Informes financieros. Cálculos de la consultoría

No obstante, comparando estos crecimientos con las mejoras en los indicadores de impunidad, éstas deberían ser mayores. En el período de 1996 a 2000 en la etapa de investigación previa, el número de procesos en situación de impunidad relativa disminuyó en un 0.6% promedio anual, y en la etapa de instrucción disminuyó en 4.4% promedio anual, mientras que el crecimiento en la remuneración para ese mismo período fue de 8.3%. Los esfuerzos por parte de la Fiscalía para reducir los indicadores de impunidad deberían ser mucho mayores, si se observan en proporción con el crecimiento de su presupuesto y del salario promedio por funcionario.

3- Mediciones de Eficiencia

En la sección anterior se analizan indicadores de los niveles de impunidad en la Fiscalía General. Esta medición se acerca a la búsqueda de la eficacia definida como “el grado en que se alcanzan los objetivos previstos”¹⁰⁴, que en el caso de la Fiscalía sería mejorar el nivel de descongestión e impunidad existentes. Así mismo, existen metas complementarias igualmente importantes como son la ampliación de la cobertura, la equidad de acceso, la rapidez de las decisiones, la imparcialidad de las mismas, la calidad en la investigación, y el derecho a la defensa entre otros.

Dada la dificultad en la medición de índices como eficiencia, eficacia y productividad para una actividad tan compleja como la justicia, es necesario definir claramente cada concepto. El Banco Interamericano de Desarrollo, que ha estudiado el tema de gestión pública en América Latina a fondo, define como eficiencia los “recursos aplicados *versus* los resultados obtenidos”¹⁰⁵ de acuerdo a los recursos técnicos, económicos y humanos. Para esto, se analizarán a continuación indicadores como la carga laboral por fiscal, la congestión del sistema, y los tiempos procesales penales.

¹⁰⁴ Losada, R.: 1999.

¹⁰⁵ Ibid.

a- Carga laboral por fiscal

En la fase de investigación preliminar, la demanda por los servicios de la Fiscalía está determinada por el número de procesos que entran al sistema en un período determinado de tiempo. En la década de los 80, había una alta carga laboral por juez, quien no contaba además con muchos recursos físicos para atenderla. Esta era una de las razones que causaba un alto nivel de congestión (cuadro 4-11). De 1971 a 1982, el número total de jueces había aumentado en 24% y el número de procesos en 84%. El promedio de procesos por juez se incrementó en 48% en los 10 años. En esta década son los juzgados superiores los que tienen un mayor número de casos, 878 por juez en 1982, sin embargo esta situación cambia a partir de 1984 cuando se le dan mayores competencias a los juzgados municipales, y aumenta la carga para éstos últimos. Hay que tener en cuenta que un alto número de procesos por juez no necesariamente quiere decir que se necesitan más jueces, también puede estar señalando que la productividad es baja. En Estados Unidos en los ochenta, existían 12.434 habitantes por juez, en tanto que en Colombia había un promedio de 7.995 habitantes por juez, incluyendo penales, civiles y laborales, en cuanto al número de procesos por habitantes, Estados Unidos tenía un número mayor pues los jueces no sólo conocen de los procesos civiles, penales y laborales, sino también de las llamadas contravenciones, sumado al hecho de que el número de demandas per cápita es mayor que el de Colombia¹⁰⁶.

Cuadro 4-11
Promedio de Casos que Corresponde a cada Juez-Justicia Penal

Juzgados	1971			1976			1980			1982		
	Jueces	Casos	Prom	Jueces	Casos	Prom	Jueces	Casos	Prom	Jueces	Casos	Prom
Superiores	140	101,200	723	143	132,300	925	177	148,700	840	178	156,300	878
Circuito	333	123,700	371	349	240,600	689	392	265,000	676	395	308,100	780
Municipales	1,109	532,500	480	1,216	842,700	693	1,384	933,700	675	1,390	933,400	672
Totales	1,582	757,400	479	1,708	1,215,600	712	1,953	1,347,400	690	1,963	1,397,800	712

Fuente: Giraldo et al., 1987.

A partir de la creación de la Fiscalía, con la introducción de nuevos recursos humanos, físicos y financieros se repartió mejor la carga laboral. Otros estudios sobre el tema, encontraron que el promedio de procesos por fiscal en la etapa de investigación preliminar fue de 120 para las fiscalías regionales, 127 para las fiscalías seccionales, y 146 para las fiscalías locales en 1994¹⁰⁷. En la etapa de instrucción, el promedio de casos por fiscal en ese mismo año era de 37 para las fiscalías regionales, 97 para las fiscalías seccionales, y 162 para las fiscalías locales. En éstas últimas, es más grande la carga laboral y existen mayores niveles de impunidad de acuerdo al del Consejo Superior de la Judicatura¹⁰⁸.

La carga laboral aumentó en los años siguientes, como se puede observar en el cuadro 4-12 pues en 1996 estaba en 255 expedientes por fiscal, y en 2000 en 260 expedientes por fiscal. Sin embargo, de acuerdo con la Corporación Excelencia en la Justicia, de esas 260 investigaciones que debía atender cada fiscal en promedio, sólo 55 requirieron una labor investigativa formal¹⁰⁹. En la etapa de instrucción, el número de expedientes por fiscal

¹⁰⁶ Giraldo, J. et al. : 1987.

¹⁰⁷ Fedesarrollo e Instituto Ser: 1996.

¹⁰⁸ Consejo Superior de la Judicatura: 2000.

¹⁰⁹ Corporación Excelencia en la Justicia: 2001a.

aumentó a 167 en 1996, hasta llegar a 223 en el año 2000, de estas cifras sólo una tercera parte representarían investigaciones de fondo.

Cuadro 4-12
Carga Laboral¹ por Fiscal

Unidades Regionales+Unidades Seccionales+Unidades Locales

	Fiscales	Procesos Inv. Previa	Procesos Instrucción	Promedio Investigación	Promedio Instrucción
1996	3,574	911,653	599,359	255	168
1997	3,574	940,073	578,433	263	162
1998	3,574	974,021	642,807	273	180
1999	3,574	947,880	720,364	265	202
2000	3,476	912,061	773,659	262	223

Fuente: Fiscalía General de la Nación

¹/Carga Laboral: No. de procesos registrado como vienen del período anterior+ No. registrado como entradas en el período de referencia. Cálculos consultoría.

A pesar del aumento que sufrió la carga por fiscal en los últimos años, se puede afirmar que la carga laboral disminuyó notablemente. No obstante, la cifra de los años 80 no es totalmente comparable con la de los 90 debido a que en esa época los jueces tenían a su cargo todas las etapas del proceso, y ahora esa carga se reparte entre fiscales para la parte de investigación previa e instrucción, y jueces para la parte de juicio. Además, la proporción de esta carga que sale por terminaciones que exigen una labor investigativa más profunda desde la creación de la Fiscalía se reduce a un tercio de estos procesos. Por lo tanto, una reducción de la carga laboral frente a los años ochenta en las etapas de investigación previa e instrucción, sumada al crecimiento del presupuesto y al incremento de la remuneración promedio anual, llevaría a que se den las condiciones objetivas para mejorar la calidad de las decisiones en materia penal y a que se pueda disminuir la impunidad.

b- Congestión

Por otra parte, de acuerdo con las cifras sobre movimientos de procesos de la Fiscalía, se observa que el número de procesos que ingresan al sistema es cada vez mayor, con un pico en 1995 (cuadro 4-13), que refleja la llegada al sistema de los procesos relativos a contravenciones, regulados por la Ley 228 de 1995. Esto repercute en la acumulación de inventarios iniciales que son cada vez mayores y llegan a su punto máximo en 1999 con 693 mil procesos acumulados del año anterior. Con las contravenciones, que entran a la Fiscalía a partir de agosto de 2001, debe haber un incremento significativo en los ingresos anuales.

A pesar del incremento de los ingresos de procesos a la Fiscalía, los egresos de procesos también crecen en el período, especialmente a partir de 1998 cuando se empiezan a ver índices de descongestión superiores al 100%. Esto significa que los procesos evacuados ya cubren a los que ingresaron en el período y se está evacuando adicionalmente un porcentaje de los procesos acumulados. A través de los años, se observa también que la etapa de investigación preliminar tiene mayores niveles de descongestión que la de instrucción, exceptuando 1993 y 1996.

En cuanto al índice de evacuación que suma los procesos retenidos en el sistema a los que ingresan anualmente, se puede observar que ha permanecido relativamente constante.

Alrededor de un 60% del total de procesos pendientes son evacuados en la etapa de investigación previa y un 50% en la etapa de instrucción. Esto quiere decir que anualmente el 40% de los procesos no son resueltos en la etapa de investigación previa y en instrucción... la mitad de los procesos se quedan congestionando el sistema. Sin embargo es un avance desde los años 80 pues en esa época el porcentaje de retención, es decir los sumarios que quedaban al final del año *versus* los sumarios iniciados en ese año, era del 80%¹¹⁰. Este indicador mejoró para 1996 a 70% y al 2000 estaba en 66% medido como el inventario final sobre los egresos del año.

Cuadro 4-13
Fiscalía General de la Nación
Movimiento de Procesos 1993-2001

Año	Inv. Inicial (1)	Ingresos (2)	Egresos (3)	Inv. Final (4)	Descong. (3)/(2)	Evacuación (3)/(1)+(2)
1993 Investigación Previa	65,843	209,412	189,063	86,192	90.3%	68.7%
Instrucción	79,336	125,754	130,787	74,303	104.0%	63.8%
Total	145,179	335,166	319,850	160,495	95.4%	66.6%
1994 Investigación Previa	198,583	444,035	381,653	260,965	86.0%	59.4%
Instrucción	190,663	261,713	219,586	232,790	83.9%	48.5%
Total	389,246	705,748	601,239	493,755	85.2%	54.9%
1995 Investigación Previa	263,149	670,981	536,195	397,935	79.9%	57.4%
Instrucción	197,494	476,207	304,131	369,570	63.9%	45.1%
Total	460,643	1,147,188	840,326	767,505	73.3%	52.3%
1996 Investigación Previa	326,556	585,097	557,267	354,386	95.2%	61.1%
Instrucción	283,361	315,998	328,231	271,128	103.9%	54.8%
Total	609,917	901,095	885,498	625,514	98.3%	58.6%
1997 Investigación Previa	349,196	590,877	556,255	384,784	94.1%	59.2%
Instrucción	270,651	307,782	286,102	289,778	93.0%	49.5%
Total	619,847	898,659	842,357	674,562	93.7%	55.5%
1998 Investigación Previa	383,972	590,049	603,429	370,968	102.3%	62.0%
Instrucción	289,715	353,092	322,414	320,258	91.3%	50.2%
Total	673,687	943,141	925,843	691,226	98.2%	57.3%
1999 Investigación Previa	372,059	575,821	608,067	321,171	105.6%	64.2%
Instrucción	321,604	398,760	360,179	352,636	90.3%	50.0%
Total	693,663	974,581	968,246	673,807	99.3%	58.0%
2000 Investigación Previa	324,071	587,990	604,809	307,252	102.9%	66.3%
Instrucción	353,903	419,756	408,245	365,414	97.3%	52.8%
Total	677,974	1,007,746	1,013,054	672,666	100.5%	60.1%
2001 Investigación Previa	306,943	323,777	342,142	288,942	105.7%	54.2%
Instrucción	365,139	241,619	248,887	357,776	103.0%	41.0%
Total: Enero-julio	672,082	565,396	591,029	646,718	104.5%	47.8%

Fuente: 1993-96: Sistema de Estadísticas Judiciales, Consejo Superior de la Judicatura, 1998.

1997-2001: Fiscalía General de la Nación. Oficina de Planeación. Cálculos de la Consultoría.

Este número constante de procesos que ingresan a la Fiscalía, sufrió un cambio brusco a partir de agosto de 2001 (gráfico 4-6) pues con el nuevo Código de Procedimiento Penal

¹¹⁰ Giraldo, J. et. al.: 1987.

(C.P.P. del 2000), las contravenciones¹¹¹ vuelven a ser responsabilidad de la Fiscalía. Anteriormente, de 1993 a 1995 estuvieron a cargo de la Fiscalía. Luego, la Ley 228 de Junio de 1995, reglamentó que éstas eran competencia de los juzgados penales municipales, lo que en el momento significó más del 60% de la carga laboral de estos juzgados. Es decir, que de 1.139.326 procesos que ingresaron a los juzgados penales municipales entre 1997 y 1999, 788.157 eran contravenciones, carga laboral que pasó a ser responsabilidad de la Fiscalía a partir de Agosto de 2001¹¹². Como se puede observar en el gráfico siguiente, ya se empezaron a sentir los efectos de esta mayor carga laboral. Se pasa de recibir alrededor de 60 mil investigaciones mensuales a cerca de 100 mil, un incremento de más de 60% mensual. Las consecuencias de este incremento de carga en la congestión del sistema son de esperarse.

Gráfico 4-6



Fuente: Fiscalía General de la Nación, Dirección Nacional de Fiscalías.

Finalmente, si se compara la carga laboral por fiscal con el movimiento de procesos, en 1996, los egresos por fiscal fueron de 247 al año sumando la etapa de investigación previa con instrucción, pasando a 259 en 1998 y a 291 en 2000 sin un aumento en el recurso humano como se observa en el cuadro 4-9, esto llevaría a concluir que hubo un incremento de la productividad por fiscal.

Otros estudios corroboran esta hipótesis. La Corporación Excelencia en la Justicia calculó un indicador de productividad que mide las salidas por fiscal, demostrando un leve aumento en su productividad. Se observó que para 1996, cada fiscal evacuaba 121 investigaciones anuales mientras que en 1999 salieron 147 procesos por fiscal, sin que aumentara en este período el número de fiscales¹¹³. La Contraloría General de la República encontró que en 1996 evacuaban 74 procesos en la etapa de investigación previa y pasaron a 91 procesos en

¹¹¹ Algunas de las contravenciones son: posesión injustificada de instrumentos para atentar contra la propiedad, enajenación de bienes de procedencia no justificada, hurto calificado de menos de 10 salarios mínimos, hurto agravado, lesiones personales culposas, lesiones personales agravadas entre otros.

¹¹² Corporación Excelencia en la Justicia: 2001(b).

¹¹³ La Corporación Excelencia en la Justicia: 2000.

2000. En la etapa de instrucción también hubo una mejoría pasando de 64 casos por año en 1996 a 93 en 2000. A pesar de que no se aclara cuáles son las terminaciones de éstos procesos los dos estudios coinciden en que existe una mejoría en la productividad por fiscal usando metodologías diferentes¹¹⁴.

Existen estudios internacionales que observan indicadores similares. Por una parte, el Banco Mundial está formando un Sistema de Indicadores Judiciales (JSI) que espera tener información comparativa entre países de los siguientes indicadores: número de casos archivados, resueltos y pendientes por juez; número de casos archivados, resueltos y pendientes; tasa de resolución (casos resueltos sobre archivados); la tasa de congestión (casos pendientes más archivados sobre resueltos); número de jueces, población atendida por juzgado y presupuesto. Por el momento no hay muchas cifras en esta base de datos y sería importante ver cómo se vuelven comparables estos indicadores en países con sistemas tan disímiles como Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Perú y Panamá en Latinoamérica; Francia, Alemania, Hungría, Singapur y Ucrania del resto del mundo, que son los que están inscritos en el sistema hasta la fecha.

Por otra parte, existen estudios de casos en algunos países como el Proyecto “Justicia y Desarrollo Económico”¹¹⁵ sobre la justicia Argentina. En la tercera sección del estudio, que trata sobre “Presupuestos, Costos y Eficiencia de la Justicia Argentina”, se propone la construcción de tres indicadores para medir la eficiencia de los juzgados civiles patrimoniales: casos resueltos respecto a casos ingresados, casos resueltos respecto a casos ingresados más casos pendientes y casos resueltos respecto a casos “en trámite”. En este estudio también aclaran que los indicadores mencionados son imperfectos pues no miden ni la calidad de la sentencia que se dicte, ni la protección de los derechos de las partes involucradas. Se encontró por ejemplo que en promedio, de 1991 a 1996, la tasa promedio anual de resolución, es decir, casos resueltos por caso iniciado fue de 66%. Si se compara este promedio anual con Estados Unidos en el período 1990-94, se encontró que la tasa promedio de resolución por caso iniciado fue de 94%. Si miramos estas cifras con su equivalente en la Fiscalía en Colombia, teniendo los casos egresados (como definición de caso resueltos) frente a casos que ingresan (como definición de casos iniciados) nos da una cifra promedio de más del 90%, eso implicaría que nuestro sistema es casi igual de eficiente al de Estados Unidos. No obstante, estos indicadores no son comparables pues son sistemas diferentes, actores con funciones diferentes, no se sabe qué parte del proceso se consideran como un ingreso, y qué salidas como egreso, y se trata de dos jurisdicciones distintas, civil en EEUU y penal en Colombia en diferentes etapas del proceso, una en la etapa del juicio y la colombiana en la etapa de investigación e instrucción, por lo que no se está midiendo lo mismo.

c- Tiempos procesales penales

El análisis de congestión es importante para observar la eficiencia de la Fiscalía en su gestión, pero no dice necesariamente que las decisiones tomadas sean de calidad o que se castigó a la persona que cometió el delito. Analizar el cumplimiento de los tiempos normativos designados para cada etapa, frente a los tiempos calendario reales utilizados puede ser un indicador de eficiencia temporal, que se limita a medir si la sanción es

¹¹⁴ Contraloría General de la República: 2001.

¹¹⁵ Trabajo realizado por el FORES y el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires.

excesivamente tardía, sin discriminar por tipo de delito o por la forma en que se termine el proceso. A continuación se hace un cuadro resumen del estudio que el Cider realizó para la Fiscalía General de la Nación mediante un Censo Nacional de Expedientes Activos¹¹⁶:

Cuadro 4-14
Tiempos procesales penales

Etapa	Tiempos normativos	Tiempos reales promedio Mínimo y máximo 5%	No. expedientes
1. Fecha de los hechos a fecha denuncia	-----	- 96 días Min-Max: de 12 a 237 días Justicia ordinaria: 98 días Justicia Regional: 60 días	- 627.401 expedientes Justicia ordinaria: 95% Justicia Regional: 5%
2. Fecha de denuncia a fecha apertura inv. Previa	- Comienzo del proceso No tiene tiempo normativo	- 59 días Min-Max: de 8 a 120 días Justicia ordinaria: 53 días Justicia Regional: 162 días	431.095 expedientes Justicia ordinaria: 94% Justicia Regional: 6%
3. Fecha de resolución apertura inv. Previa a apertura de instrucción	- 60 días si hay imputado conocido - 180 días si desconocido	- 258 días Min-Max: de 84 a 408 días Justicia ordinaria: 255 días Justicia Regional: 383 días	93.851 expedientes Justicia ordinaria: 98% Justicia Regional: 2%
4. Fecha de apertura instrucción a cierre de investigación	- 540 días (18 meses) si 1o2 sindicados o delitos - 900 días (30 meses) si 3 o más delitos o sindicados	- 562 días Min-Max: de 193 a 954 días Justicia ordinaria: 560 días Justicia Regional: 583 días	39.535 expedientes Justicia ordinaria: 93% Justicia Regional: 7%

Fuente: Estudio Cider (2000) para FGN.

Se observa en el cuadro 4-14 que existen algunos puntos críticos en la demora del proceso. En primer lugar, entre la fecha de la ocurrencia y la denuncia del delito pasan en promedio 96 días, lo cual para hacer una denuncia, es un lapso de tiempo bastante largo. De esta demora no se puede responsabilizar directamente a la Fiscalía.

En segundo lugar, desde que la fecha en que se denuncia hasta la apertura de investigación previa es decir, en la etapa pre-judicial pasan en promedio 59 días que es lo que duran las tareas administrativas según CIDER. En este caso no existe un tiempo normativo determinado por la ley, sin embargo a partir de la fecha de la denuncia es responsabilidad de la Fiscalía investigar para determinar si hay delito y si la acción penal procede debe iniciarse el proceso. En suma, el tiempo que transcurre entre la denuncia y etapa pre-judicial es de 5 meses en promedio, un lapso muy largo si se considera que ni siquiera ha empezado el proceso y que la posibilidad de obtener pruebas es mucho más difícil pasado tanto tiempo desde la ocurrencia de los hechos.

La segunda etapa crítica es la que transcurre entre la apertura de investigación y la de instrucción con un promedio de 258 días cuando el máximo son 180 si el imputado es desconocido. En contraste en la etapa de instrucción se está más cerca a los límites normativos, sin embargo esta etapa muestra una varianza entre el 5% de las unidades más rápidas - 193 días al cierre de investigación- y el 5% de las más lentas -954 días- demasiado amplia, más de dos años de diferencia.

Otro estudio realizado por la Corporación Excelencia en la Justicia sobre Bogotá encuentra que el promedio de duración de los tiempos procesales penales es superior a dos años¹¹⁷.

¹¹⁶ Cider: 2000.

Según este estudio los tiempos reales promedio de duración de cada etapa son inferiores a los términos establecidos en el Código de Procedimiento Penal. El tiempo promedio real de la etapa de investigación previa fue de 48 días, en la etapa de instrucción, se observa un promedio real de 296 días y en la etapa de juicio fue de 279 días. Esta última es la única etapa donde los tiempos reales son superiores a los tiempos legales por 65 días.

En general¹¹⁸, se observa que la demora viene de factores como el tipo de delito, sobretodo en los procesos de estafa y lesiones personales que se demoran entre 3 y 5 años y presentan retrasos en todas las etapas del proceso. Según el estudio del CIDER¹¹⁹ los principales causantes de la congestión fueron el desequilibrio en el reparto, los procesos acumulados, el aumento del índice de criminalidad, el hecho de que cada fiscal sólo tiene un técnico para auxiliarlo, y la carencia de recursos logísticos. Otros de los factores que se encontró que eran causantes de demoras según la Corporación Excelencia fueron, la tramitación del proceso por la vía de la conciliación, la interposición de recursos contra las decisiones interlocutorias por parte del abogado defensor, y la existencia de más de un sindicado, situación esta última que también influye en la demora del proceso, con una diferencia en el promedio de más de 300 días si existe más de un sindicado.

Finalmente, uno de los factores que ocurrió con más frecuencia, constituyendo el 30% del total de la muestra de procesos, fue el traslado a otro fiscal por la falta de competencia que en promedio, generó un mes más de atraso de acuerdo con el estudio de la Corporación Excelencia, lo que corrobora una de las hipótesis de esta consultoría de que esta terminación genera impunidad relativa.

d- Productividad: Gasto vs. descongestión

Esta sección tiene como objeto comparar, por una parte, el número de procesos que egresan del sistema frente al gasto presupuestal, para de esta forma analizar el precio que se está pagando por las terminaciones, tanto las que requieren un mayor nivel investigativo y mayores recursos humanos y técnicos –por ejemplo una resolución de acusación que termina como una salida de fondo-, como por las que no requieran de mayor inversión de tiempo ni trabajo –por ejemplo las reasignaciones dentro de la fiscalía o las prescripciones por tiempo que terminan como impunidad.

Por otra parte, se analizarán las cifras de descongestión y evacuación, para evaluar si la evolución de estos indicadores está ligada a la mayor disponibilidad de recursos financieros.

Por el límite de tiempo de la consultoría es difícil hacer una medición detallada de lo que cuesta un egreso en la Fiscalía teniendo en cuenta recursos físicos, financieros y humanos, además por que el proceso está dividido en varias fases, tiene diferentes niveles, diversos tiempos procesales y reales y numerosos tipos de delitos. Por ahora se realizará un cálculo aproximado basado en las cifras presupuestales de gasto de la Fiscalía (cuadro 4-6). En los dos casos, se utiliza la cifra de gastos de funcionamiento pues de acuerdo con su objeto, este rubro va dirigido al adecuado mantenimiento del proceso y de todos los que participan en él.

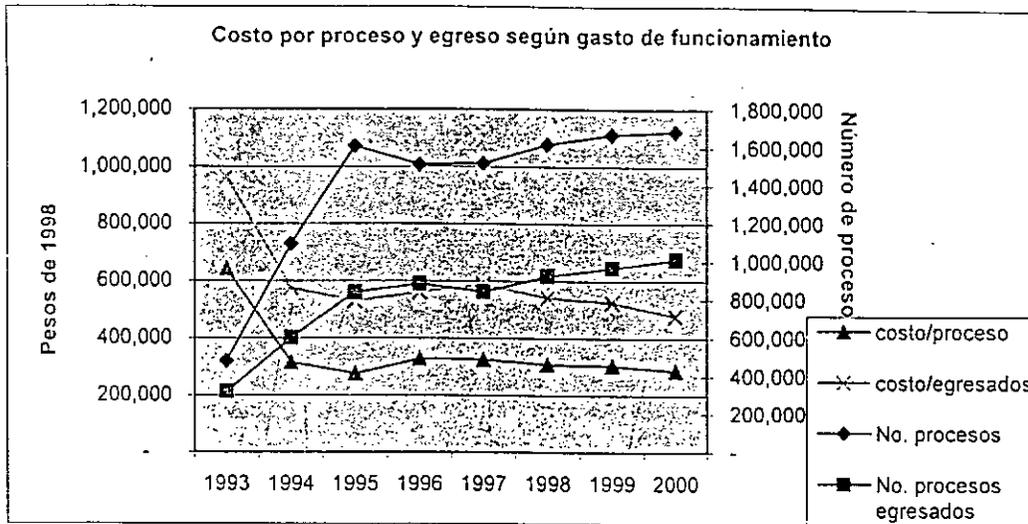
¹¹⁷ Corporación Excelencia en la Justicia: 1999.

¹¹⁸ Ibid.

¹¹⁹ Cider: 2000.

Cuando se compara el crecimiento del presupuesto con el número de casos anuales, definidos como los procesos que se tienen en inventario inicial en un año sumados a los procesos que ingresan tanto en la fase de investigación como en la de instrucción (cuadro 4-13), se observa que en la medida en que entran más casos por año, disminuye su costo. Pasaron de tener un costo de 641 mil pesos en 1993 con solamente 480 mil procesos pendientes para ese año, a un costo de 286 mil pesos en el 2000 con casi 1 millón 700 mil procesos pendientes para ese año. Es decir, que ha sido mayor el crecimiento del número de procesos que ingresan anualmente, que el crecimiento del presupuesto de funcionamiento en el período 1993 a 2000 (gráfico 4-7).

Gráfico 4-7

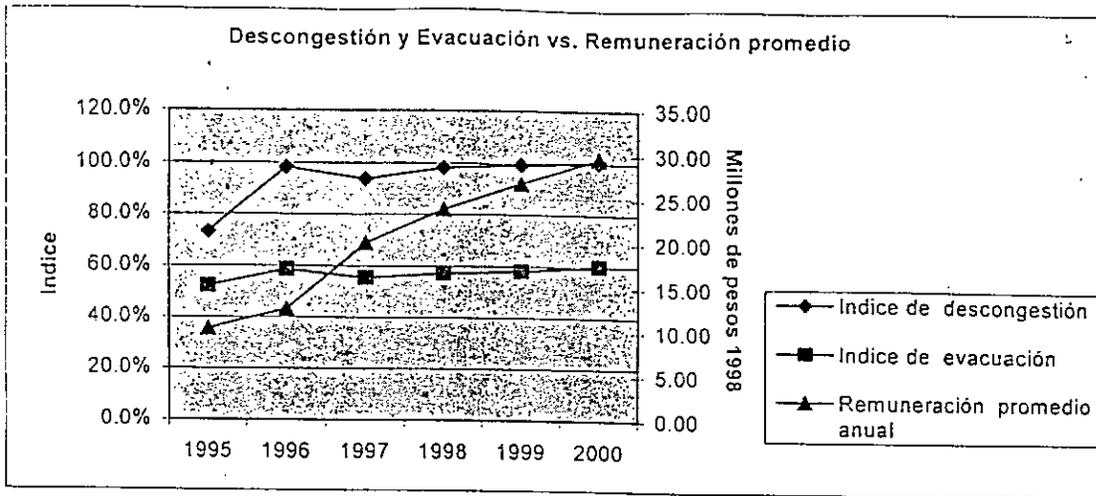


Fuente: procesos y egresos: FGN; Gasto funcionamiento: CGR. Cálculos de la consultoría.

En lo que se refiere al costo por proceso egresado es importante aclarar que es el costo promedio de todas las terminaciones, tanto las que llamamos salidas de fondo, como las que llamamos impunidad absoluta o relativa. En el gráfico, se observa que el costo por egreso también disminuyó en el período 1993 a 2000, es decir que cualquier salida ya sea buena o mala pasó de tener un costo de 960 mil pesos en 1993 a 476 mil en 2000. El problema es que con el mayor ingreso de procesos al sistema, tanto las salidas que requieren una investigación compleja, como las que simplemente se reasignan o prescriben y generan impunidad -el 53% en investigación previa y el 30% en instrucción- tienen un costo de 476 mil pesos. Es decir, aumentó la cantidad de procesos en el sistema y de procesos que egresan del sistema, pero podría ser a costa de la calidad de las terminaciones.

Comparando el movimiento de la descongestión y evacuación con las cifras de gasto, se observa que la descongestión, definida como los procesos que egresan contra los que ingresan en el mismo año, tiene una tendencia a mejorar entre 1993 y 1997, cuando se estabilizan alrededor de niveles del 100% (cuadro 4-13), en tanto que el índice de evacuación que también incluye los procesos acumulados del año anterior, se mantiene estable en este período de tiempo y no se nota mayor progreso.

Gráfico 4-8



Fuente: movimiento de procesos: FGN; Cálculos de la consultoría.

Si se compara la evolución de estos dos índices con la de la evolución de la remuneración promedio anual (gráfico 4-8), se observa que esta última crece mucho más, un crecimiento promedio anual de 23%, frente a los índices que calificarían la gestión de los fiscales en términos cuantitativos como la descongestión que crece un 6.5% promedio anual y la evacuación que apenas crece un 2.8% de 1995 a 2000.

No obstante, hay que tener cuidado con los instrumentos de medición que se usan para calificar la gestión de los fiscales, pues pueden tener incentivos negativos. Por ejemplo, si se mide su gestión por el número de egresos, la descongestión o la evacuación en un período, va a haber una tendencia a que los fiscales terminen los procesos más fáciles y que requieren menos investigación, antes que procesos más complejos como homicidios, secuestros o procesos con grandes implicaciones políticas, entre otros.

E- Comparación con los años 80

En esta etapa, la denuncia del delito se realizaba esencialmente en las estaciones de policía.

La fase de investigación era realizada por varios organismos: la Policía Judicial, la Policía Nacional y el DAS, que no tenían ningún tipo de coordinación entre sí, ni tampoco con los jueces que eran los responsables de la siguiente fase. La Policía Judicial, que pertenecía a la Rama Ejecutiva, no se sentía responsable frente a los jueces de la Rama Judicial, sumado al hecho de que éstos últimos no tenían manera alguna de exigirles nada en la investigación preliminar de las conductas punibles.

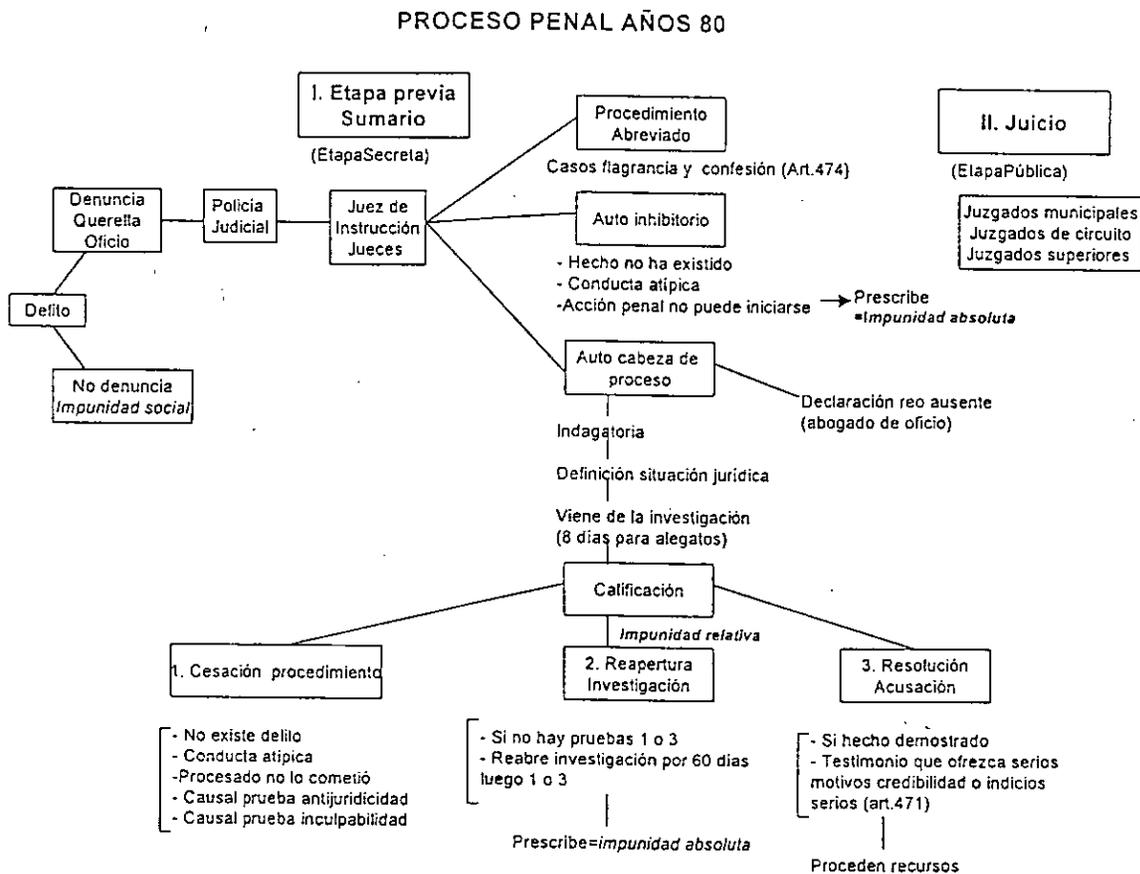
La fase de instrucción en asuntos penales de acuerdo con el CPP se clasificaba en¹²⁰: jueces de instrucción criminal, que se encargaban de investigar los delitos de competencia de los jueces de circuito y superiores; jueces superiores, que se encargaban de delitos de mayor gravedad; jueces penales del circuito, de los procesos cuya competencia les fuere asignada por ley; y los jueces penales municipales, de resolver los casos de menor cuantía o significado social. Adicionalmente estaban los jueces promiscuos, los jueces territoriales, los jueces especializados y los jueces de orden público.

¹²⁰ Fedesarrollo: 1989.

I- El proceso penal

El proceso penal en los años 80, dependía esencialmente de dos actores. En la etapa de investigación, gráfico 4-9, era la policía judicial la que realizaba esta tarea, sin ninguna coordinación con los jueces de instrucción, que eran los que recibían las pruebas para iniciar los sumarios en la etapa de Investigación previa. Los jueces de Instrucción Criminal, eran los encargados de investigar y calificar los procesos de los delitos de competencia de los jueces de circuito y superiores. Estos últimos estaban a cargo de los delitos de Seguridad y existencia del Estado en primera instancia, y en segunda de los delitos de lesiones personales.

Gráfico 4-9



Fuente: Gráfico elaborado por la consultoría

Los jueces de circuito estaban encargados en primera instancia de los delitos de patrimonio económico mayores de 20 salarios mínimos, fe pública y narcotráfico (Ley 30 de 1986), y de la segunda instancia de los procesos municipales. Los Jueces Municipales, por su parte, estaban encargados de los delitos de patrimonio económico de menos de 20 salarios mínimos, delitos querrelables y demandas personales.

2- La impunidad antes de la Fiscalía

Si se observa la evolución de los índices de impunidad antes de la creación de la Fiscalía de acuerdo al tipo de terminación de los procesos, se puede observar que desde los años 60 el porcentaje de procesos que terminaban en prescripción, es decir, cuando se extingue la

acción penal por el transcurso del tiempo, definida en esta consultoría como impunidad absoluta, llegaba a ser más del 70% (cuadro 4-15).

Cuadro 4-15
Impunidad en los años 60

	Sentencia	Condena	%	Absolución	%	Prescripción	%
1958	52,202	18,852	17.0	4,552	8.7	38,798	74.3
1959	60,120	10,048	16.7	5,620	9.3	44,452	74.0
1960	63,862	11,770	18.6	6,468	10.0	45,624	71.4
1961	53,074	9,764	18.5	5,559	10.4	37,751	71.1
1962	55,029	9,089	16.6	4,571	8.3	41,369	75.1
1963	58,467	10,287	17.7	5,016	8.5	43,164	73.8
1964	70,466	14,211	20.2	5,787	8.2	50,468	71.6
1965/66*	58,283	10,386	17.9	3,522	6.0	44,375	76.6
1966/67**	66,376	15,051	22.7	4,141	6.2	47,184	71.1
1967/68**	57,942	14,761	25.6	4,255	7.3	38,926	67.1

* Al iniciar la reforma las estadísticas se computaron en julio 31/65 a agosto 1 de 1966, sin que se tengan datos del primer semestre de 1965

** Datos de julio 31 a agosto 1 del año siguiente.

Fuente: Giraldo, J. et. Al. 1987

Otra de las terminaciones que generaba impunidad antes de la reforma de los noventa, eran los procesos a los que se les dictaba autos de archivo, es decir, cuando transcurrían más de dos años sin que se supiera cuál era el autor del ilícito¹²¹. Sumadas, estas dos terminaciones en los años 70 se pasó de un 60 a un 70% de impunidad absoluta (cuadro 4-16).

Cuadro 4-16
Autos de Archivo y prescripción
% del total de autos proferidos por el juez

Año	Archivo y prescripción
1976	61%
1977	63%
1978	66%
1979	67%
1980	72%

Fuente: Giraldo, J. et. al. 1987

A partir de 1988 se disminuye notoriamente el porcentaje de archivos, como se puede observar en el cuadro 4-17 por que el decreto 050/1987 prohíbe formalmente la apertura de investigaciones cuando no haya procesado conocido, como se explicó anteriormente. Este decreto también puede explicar la disminución de las prescripciones del cuadro 4-1, presentado al inicio de esta parte, y la disminución notoria del porcentaje de sobreseimientos temporales y definitivos de 1988 a 1991 en este cuadro 4-17.

¹²¹ Giraldo et.al.: 1987.

Cuadro 4-17
Etapa de Calificación
Número de Providencias de calificación dictadas por clase 1980-1991

Providencias de Calificación											
Años	Total	Resolución acusatoria	% del Total	Cesación Procedim.	% del Total	Reapertura Invest.	% del Total	Sobres. Temp.y Def.	% del Total	Archivo	% del Total
1980	135,990	13,294	9.8%	61,109	44.9%	-	-	24,334	17.9%	37,253	27.4%
1981	294,092	13,246	4.5%	117,384	39.9%	-	-	28,280	9.6%	135,182	46.0%
1982	195,631	13,245	6.8%	81,094	41.5%	-	-	26,798	13.7%	74,494	38.1%
1983	215,863	18,811	8.7%	79,644	36.9%	-	-	36,407	16.9%	81,001	37.5%
1984	208,435	18,778	9.0%	75,984	36.5%	-	-	36,984	17.7%	76,689	36.8%
1985	193,571	16,459	8.5%	70,415	36.4%	-	-	33,562	17.3%	73,135	37.8%
1986	204,720	16,182	7.9%	67,982	33.2%	-	-	30,654	15.0%	89,902	43.9%
1987	215,301	20,339	9.4%	90,908	42.2%	-	-	25,294	11.7%	78,760	36.6%
1988	215,661	32,160	14.9%	165,216	76.6%	16,205	7.5%	1,620	0.8%	460	0.2%
1989	261,601	33,141	12.7%	211,136	80.7%	15,304	5.9%	1,318	0.5%	702	0.3%
1990	237,553	30,395	12.8%	192,757	81.1%	12,130	5.1%	1,170	0.5%	1,101	0.5%
1991	191,420	28,306	14.8%	150,774	78.8%	11,922	6.2%	109	0.1%	309	0.2%

Fuente: DANE-Estadísticas Judiciales. Cálculos de la Consultoría.

Notas:

- El llamamiento a juicio es equivalente a la resolución de acusación actual.
- La cesación de procedimiento, equivalente al auto inhibitorio, se da cuando en cualquier momento del proceso en el que aparezca comprobado que el hecho imputado que le hecho no existió, que el procesado no lo cometió, que la conducta es atípica o que esta demostrada una casual de antijuridicidad o inculpabilidad.
- El sobreseimiento que consiste en dejar sin curso un proceso puede ser temporal o definitivo. El sobreseimiento temporal, equivalente a la preclusión por falta de mérito actual, ocurre cuando no aparezca plenamente comprobado el cuerpo del delito o cuando no exista prueba suficiente para llamar a juicio al procesado. El definitivo, que es equivalente al auto inhibitorio actual, se da cuando aparezca plenamente comprobado que el hecho imputado no ha existido o que le procesado no lo ha cometido o que no es delito, o que existen causales de justificación o inimputabilidad.
- El archivo, equiparable aunque no del todo a la suspensión del CPP de 1991, se da cuando transcurrido un año desde al fecha de iniciación del proceso, no ordenado la indagatoria de ninguna persona por falta de mérito, este proceso se puede reabrir en cualquier momento mientras la acción penal no se haya extinguido, lo que equivale a una prescripción.

Se puede decir que en las tres décadas que precedieron la introducción de la Fiscalía, la impunidad no se podía dividir fácilmente entre impunidad relativa y absoluta por la forma en que se recogía la información. Para los años sesenta la gran mayoría de la impunidad, es decir en promedio el 70%, se daba en la forma de prescripción que es una impunidad absoluta. En la década de los setenta entre 1976 y 1980, que son los años en los que se encontró información similar, en promedio un 66% de los procesos terminaba por prescripción o archivo. Como no se discrimina el porcentaje de una y otra terminación no se sabe cuál porcentaje corresponde a la prescripción, es decir que porcentaje de impunidad absoluta se da ni cual de relativa que sería el caso del archivo.

En la década de los ochenta la situación es aún más difícil de comparar pues sólo se encontraron datos aislados para algunos años relacionados con prescripción, que demuestran que aun en 1985 esta era de 55%. No obstante, el cuadro 4-17 no menciona la prescripción, pero si demuestra como entre 1980 a 1987 (antes del decreto 050) si se suman los porcentajes de archivo y de sobreseimiento temporal se llega un promedio de 50% de lo

que podría denominarse como impunidad relativa. De 1988 a 1991, después del decreto 050 de 1987, los porcentajes de archivo y de sobreseimientos caen a niveles insignificantes que sólo alcanzan en promedio un 1%. Esa caída abrupta puede ser consecuencia del decreto 050, aunque las causas de uno y otro no necesariamente se relacionan directamente. Otra explicación posible es que estos datos no son muy representativos de lo ocurrido, como muchas otras estadísticas penales. Lo preocupante es no poder comparar de manera más certera los niveles de impunidad existentes antes y después de la creación de la Fiscalía.

F- Conclusión

Es necesario que los responsables de la administración de la justicia sean conscientes de que la provisión de la justicia debe ser eficiente como la de cualquier otro servicio público. La prueba es que si no lo es, el mercado funciona igual que en la provisión de otros servicios, aparecen sustitutos imperfectos a llenar este vacío: por ejemplo, la violencia usada como mecanismo de justicia o justicia privada, caso que refleja claramente el sistema Colombiano, con los altos índices de impunidad social. Como se pudo observar anteriormente, la impunidad y la eficiencia de la justicia se han medido de muchas maneras, pero debido a la complejidad del "producto" se presentan problemas en los aspectos de definición (de las características y resultados), información (escasez, dispersión geográfica) y nivel de agregación (de acuerdo con indicador de cantidad que se elija). Como se mencionó anteriormente, los indicadores de esta consultoría siguen siendo incompletos pero son útiles, pues constituyen una primera aproximación para observar dónde están los problemas y dar las bases para la construcción de indicadores integrales de eficiencia e impunidad en la Fiscalía. Dado que los indicadores son cifras para calificar procesos cuantitativos, sería importante complementarlos con encuestas de opinión de los usuarios de la Fiscalía y con análisis de casos particulares.

A pesar de estas limitaciones, se propusieron definiciones y una metodología determinada para acercarse a medir el desempeño de la Fiscalía con las cifras disponibles. En la primera etapa del proceso, a partir de la denuncia del delito, no existen datos claros sobre cuántas denuncias llegan o se denuncian de oficio en la Fiscalía. Esta es una de las principales deficiencias del sistema, pues sin saber el número de denuncias que entran el indicador de impunidad en la Fiscalía está incompleto. La impunidad pre-judicial es responsabilidad de la Fiscalía y hoy por hoy, no se sabe qué porcentaje de la impunidad judicial representa.

En las etapas que siguen, se calcularon indicadores que señalan con esta metodología que los niveles de impunidad relativa están en 52% en la etapa de investigación preliminar, y 30% en la etapa de instrucción para el 2000. Comparando la evolución de estos indicadores con la disponibilidad de recursos financieros y humanos, todavía existe un gran esfuerzo por mejorar la productividad de los fiscales y la calidad de sus decisiones. En el cuadro 4-18, para el período 1996-2000, se observa que, mientras que los índices de impunidad relativa disminuyeron en 0.6% en la etapa de investigación previa y en 4.4% en la etapa de instrucción, el gasto de personal y la remuneración promedio anual aumentaron en casi 9% promedio anual en los cuatro años, sin contar las altas tasas de crecimiento que tuvieron de 1993 a 1996.

Cuadro 4-18
Crecimiento % anual de los factores que afectan la impunidad en la FGN
1996-2001 millones de 1998

		1996	1997	1998	1999	2000	crec prom anual
Egresos Inv. Previa	Salidas de Fondo	-	-4.8%	12.0%	12.3%	3.8%	5.6%
	Impunidad relativa	-	-5.4%	18.1%	16.0%	5.7%	-0.6%
Egresos Instrucción	Salidas de fondo	-	-2.1%	11.8%	16.2%	16.8%	4.3%
	Otras salidas	-	-23.3%	-0.8%	26.0%	-11.8%	-9.4%
	Impunidad relativa	-	-23.1%	19.1%	3.1%	17.9%	-4.4%
	Impunidad absoluta	-	-50.6%	-11.0%	65.0%	-57.5%	-29.6%
	Gasto funcionamiento	11.6%	-0.1%	0.9%	1.4%	-4.8%	-0.7%
	Gasto de personal	8.8%	36.7%	2.6%	2.5%	-2.6%	8.8%
	Gasto de inversión	4.4%	-15.8%	16.2%	-8.8%	-45.5%	-16.5%
	No. personas ocupadas	-0.1%	0.5%	-0.3%	2.5%	-1.7%	0.2%
	Remuneración promedio anual	2.2%	36.1%	2.9%	0.0%	-0.8%	8.5%
Carga laboral por fiscal	Investigación Previa	-	3.1%	3.6%	-2.7%	-1.1%	0.7%
	Instrucción	-	-3.5%	11.1%	12.1%	10.4%	7.3%
Descongestión Egresos/Ingr.	Investigación Previa	19.2%	-1.2%	8.6%	3.3%	-2.6%	1.9%
	Instrucción	62.6%	-10.5%	-1.8%	-1.1%	7.7%	-1.6%
Evacuación Egr./Ingr+Inv.inicial	Investigación Previa	6.5%	-3.2%	4.7%	3.5%	3.4%	2.1%
	Instrucción	21.3%	-9.7%	1.4%	-0.3%	5.5%	-0.9%
	Costo caso	-	-0.6%	-5.2%	-1.7%	-5.8%	-3.3%
	Costo egreso	-	5.0%	-8.2%	-3.0%	-9.0%	-3.9%

Fuente: cuadros anteriores, cálculos de la consultoría.

Por otra parte, en lo que se refiere a los indicadores de eficiencia del proceso penal, a partir de 1998 se empiezan a ver índices de descongestión superiores al 100%, mientras que el de evacuación (al que adicionalmente tiene los procesos acumulados), ha permanecido constante con un 60% del total de procesos evacuados en la etapa de investigación previa y un 50% en la etapa de instrucción. Anualmente, el 40% de los procesos no son resueltos en la etapa de investigación previa y en instrucción, la mitad de los procesos se quedan sin resolver. Otras medidas de eficiencia como los tiempos procesales, muestran las etapas críticas del proceso en cuanto a tiempos reales frente a los procesales. La mayor demora se presenta desde que se comete el delito hasta que se abre el proceso en la Fiscalía, 5 meses, sumado a los 8.6 en promedio que dura la etapa de investigación previa.

En general, los indicadores de eficacia y eficiencia muestran una tendencia a la mejora desde la creación de la Fiscalía, pero aún hay mucho trabajo por hacer de acuerdo con los recursos invertidos. Los problemas que se presentan de impunidad y de ineficiencia no se deben a la restricción de recursos presupuestales ni humanos.

El mayor problema para la construcción de indicadores que califiquen el funcionamiento de la justicia, es de metodología e información. Es necesario mejorar la cobertura y la calidad de la información y dar incentivos tanto positivos como negativos a los fiscales, para que su rendimiento mejore sin perjudicar la calidad de las decisiones en el proceso penal. Y, aunque no sea posible hacer comparaciones precisas con otros países el rango de diferencia en cuanto a recursos humanos y financieros, es lo suficientemente amplio como para decir que hay un espacio para asignar los recursos de manera más productiva.

Por eso se propone en la segunda fase de esta consultoría hacer un análisis más detallado de la eficiencia a través del análisis de una muestra amplia de expedientes en un delito como el

homicidio permite. Por un lado, el homicidio es representativo del bien jurídico más importante, y el nivel de registro es muy alto porque es difícil esconder muertos y medicina legal lleva un registro muy completo.

V- ANÁLISIS DE IMPARCIALIDAD EN LA FISCALÍA

Como se dijo antes una de las críticas más severas a la Fiscalía es la falta de garantías para el investigado producto de la estructura actual y funciones de la Fiscalía. Con el objetivo de analizar empíricamente que tan veraz es esta crítica se crearon en esta consultoría unos índices de imparcialidad que se analizarán a continuación. Antes de entrar a discutirlos hay dos observaciones. En primer lugar, ninguno de estos índices *per se* explica el nivel de imparcialidad o arbitrariedad la Fiscalía, por eso es necesario tomar los índices en su conjunto. En segundo lugar los datos estadísticos que apoyan estos índices son **parciales** y sufren de los problemas estadísticos analizados anteriormente. Por eso deben mirarse como indicadores y no como información exacta.

A- Autonomía de los Fiscales

El análisis de la autonomía de los fiscales tiene como objetivo central evaluar si los Fiscales como funcionarios de la rama judicial son independientes y autónomos al momento de tomar sus decisiones. Como lo ha señalado la Corte Constitucional,

“Mediante el postulado de la autonomía se busca evitar que las decisiones judiciales sean el resultado de órdenes o presiones sobre el funcionario que las adopta, quien en el ejercicio de su función, está sujeto únicamente a la Constitución y a la ley¹²².”

En esta consultoría se define autonomía como las garantías que debe tener el fiscal para tomar sus decisiones independientemente. Esta autonomía se da cuando existen y se cumplen unas condiciones objetivas que permiten que el fiscal realice su trabajo sin interferencias ni presiones ya sea de otro fiscal, o de un superior jerárquico.

1- Disposiciones legales y jurisprudencia

Los fundamentos constitucionales y legales que garantizan que los funcionarios que administran justicia sean autónomos e independientes son los artículos 228 y 230 de la Constitución Nacional y el artículo 5 de la Ley Estatuaria de la Administración de Justicia (Ley 270 de 1996).

El artículo 228 C.N. dice así: *“La Administración de Justicia es una función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.”*

El artículo 230 C.N. dice así: *“Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.”*

¹²² Corte Constitucional Sentencia No. T-492/ 1995 .

El artículo 5 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia dice así: *“La rama judicial es independiente y autónoma en el ejercicio de su función constitucional y legal de administrar justicia. Ningún superior jerárquico en el orden administrativo o judicial podrá insinuar, exigir, determinar o aconsejar a un funcionario judicial para imponerle las decisiones o criterios que deba adoptar en sus providencias”*.

Como puede apreciarse tanto el artículo 228 de la Constitución como el artículo 5 de la Ley Estatutaria garantizan la independencia de los funcionarios de la rama judicial que administran justicia, es decir tanto los jueces como los fiscales. El artículo 230, por el contrario, está dirigido únicamente a los jueces. Sin embargo la Corte Constitucional señaló en sentencia C-558 de 1994 que el artículo 230 de la Constitución también se aplica a los fiscales. En esta sentencia la Corte Constitucional analiza los alcances de las funciones atribuidas a la Fiscalía General de la Nación por los artículos 250 y 251 de la Constitución Nacional:

“Dentro de las funciones enunciadas existen algunas que son eminentemente jurisdiccionales, tales como la expedición de medidas de aseguramiento que restringen la libertad del investigado, como la detención, conminación o caución para asegurar su comparecencia al proceso; la facultad para resolver la situación jurídica al indagado, la potestad de calificar el mérito del sumario, la atribución de dictar resoluciones de acusación ante los jueces al presunto responsable de un hecho punible, etc. De manera que cuando los fiscales ejercen estas actividades cumplen una función jurisdiccional, y por lo tanto, actúan como verdaderos jueces. Siendo así, le son aplicables a los fiscales los artículos 228 y 230 de la carta, que consagran la independencia y autonomía de los jueces, quienes en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley.”(Negritillas fuera de texto).

En otro aparte de la misma sentencia la Corte señala que:

“ La fiscalía es un órgano administrador de justicia, que interpreta la ley y le da aplicación en casos particulares y concretos, dirime conflictos y en general aplica derecho en casos específicos, y cuando sus funcionarios ejercen estas actividades se convierten en jueces y, como tales, deben ser independientes y autónomos en las decisiones que adopten en desarrollo de la investigación y acusación de los presuntos infractores de la ley penal¹²³”.

De acuerdo a lo anterior la Corte Constitucional equipara las funciones jurisdiccionales de los fiscales con las de los jueces. Con ello la Corte les garantiza a los fiscales por la vía constitucional que en la toma de sus decisiones no mediará ninguna presión ni influencia externa, concluyendo así que los fiscales sólo se encuentran sometidos a la ley.

Adicionalmente la sentencia C-558 de 1994 es importante porque da fin al debate sobre el carácter o no jerárquico de la fiscalía. En esta oportunidad, un ciudadano demandó el artículo 19 del Decreto 2699 de 1991¹²⁴ porque consideró que esta disposición infringía el principio de autonomía e independencia que debe caracterizar no sólo a los jueces, sino también a los fiscales. La Corte Constitucional en su decisión reiteró lo señalado en una sentencia de 1992 en la que había manifestado que,

¹²³ Corte Constitucional. Sentencia C-558/ 1994.

¹²⁴ Artículo 19 del Decreto 2699 de 1991: “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”.

“El principio democrático de la autonomía funcional del juez, busca evitar que las decisiones judiciales sean el resultado de mandatos o presiones sobre el funcionario que las adopta. Aún cuando el superior jerárquico debe efectuar el estudio de una sentencia apelada o consultada (art. 31 de la Constitución), aquél no está autorizado por las disposiciones sobre competencia funcional para impartir órdenes a su inferior respecto al sentido del fallo, sino que, en la hipótesis de hallar motivos suficientes para su revocatoria, debe sustituir la providencia dictada por la que estima se ajusta a las prescripciones legales pero sin imponer su criterio personal en relación con el asunto controvertido¹²⁵”.

En consecuencia, considera la Corte que,

“no le está permitido al Fiscal General de la Nación, ni 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 fiscal¹²⁶”.

No obstante lo anterior la Corte Constitucional señaló que:

“...el Fiscal General de la Nación puede controlar el trabajo de los fiscales, desde el punto de vista de su cumplimiento laboral y de los términos procesales, como de su potestad para nombrarlos y removerlos libremente en caso de que no pertenezcan a la carrera, y de investigarlos disciplinariamente por hechos u omisiones en el ejercicio de sus cargos¹²⁷”. Por lo tanto según la Corte, la única intervención que puede realizar el Fiscal General es de carácter administrativo.

En razón de lo anotado, la Corte declara exequible el aparte demandado del artículo 19 del Decreto 261 de 1991 demandado por no vulnerar la Constitución en el sentido de que la subordinación y dependencia que consagra el artículo 19 del Decreto 2699 de 1991, se refiere únicamente a actos o situaciones de carácter administrativo, más no a las actuaciones jurisdiccionales que deban cumplir los fiscales en desarrollo de su función de investigar y acusar a los responsables de delitos, pues en este último caso estos son totalmente independientes y autónomos.

Se concluye que los Fiscales poseen la autonomía e independencia otorgada por mandato constitucional a los jueces. No obstante lo anterior algunas disposiciones del C.P.P. 1991 (anterior) y las del actual C.P.P. 2000 y del Decreto 261 de 2001, limitan por la vía legal la autonomía de los fiscales nacionales o delegados. A continuación se transcriben las disposiciones que permiten pensar que los criterios de asignación de casos a nivel nacional se efectúan de manera subjetiva, y por consiguiente que los fiscales delegados tienen poca autonomía desde 1992, a pesar de lo dispuesto por la Constitución y la jurisprudencia .

- Artículo 119 del C.P.P. anterior: *“El Fiscal General de la Nación y sus delegados tienen competencia en todo el territorio nacional.”* El artículo 113 C.P.P. actual repite más o menos lo mismo. Estas disposiciones permiten que la jurisdicción y competencia

¹²⁵ Corte Constitucional. Sentencia C- 543/ 1992

¹²⁶ Corte Constitucional. Sentencia C- 55/ 1994: 11.

¹²⁷ Ibid, 12.

de la Fiscalía no se encuentre definida, sino que por el contrario sea tan flexible que le permita en un momento determinado incidir directamente en cualquier asunto de manera subjetiva.

- Artículo 121 #4 del C.P.P. anterior: *"Corresponde al Fiscal General de la Nación (...) durante la etapa de instrucción y cuando sea necesario para asegurar la eficiencia de la misma, ordenar la remisión de la actuación adelantada por un fiscal delegado al despacho de cualquier otro mediante resolución motivada, contra esta decisión no procederá recurso alguno, pero siempre deberá informarse al Ministerio Público y demás sujetos procesales."* (subrayado fuera del texto).
- El artículo 115 # 4 del C.P.P. actual trae disposiciones en el mismo sentido. Es más en su numeral 2 dispone: [Corresponde la Fiscal general] *"cuando lo considere necesario, y en los casos excepcionales que requieran de su atención directa, investigar, calificar, y acusar, desplazando a cualquier fiscal delegado. ...contra estas decisiones... sólo procede el recurso de reposición."*
- Artículo 121 A # 5 del C.P.P. anterior: *"Corresponde al Vicefiscal General de la Nación(...) actuar como Fiscal Delegado Especial, en aquellos procesos que le asigne directamente el Fiscal General de la Nación."* Esta misma disposición se repite en el artículo 116 # 3 del C.P.P. actual.
- El Decreto 261 de 2001 por el cual se modifica la estructura de la Fiscalía, en su artículo 10 reitera que los fiscales delegados actuarán bajo la dependencia de sus superiores jerárquicos, sin perjuicio de la autonomía en sus decisiones judiciales. No obstante a renglón seguido el artículo 11 # 3 faculta al Fiscal General de la Nación, a los Directores de Fiscalías y a los fiscales a quienes se les asigne la función de Jefes o Coordinadores de Unidad la facultad de *"...efectuar el seguimiento y evaluar los resultados de las investigaciones adelantadas por las distintas Unidades de Fiscalía y por los Fiscales dándoles la oportunidad de cambiar su asignación cuando lo estimen necesario, en aras de una pronta y cumplida administración de justicia."*

Estos artículos han sido hasta hoy el fundamento legal de la discrecionalidad que tiene el Fiscal General sobre los fiscales delegados para variar la asignación inicial de un proceso a pesar de que contradicen los postulados de la Constitución y la jurisprudencia de la Corte. Tal discrecionalidad es preocupante pues puede permitir arbitrariedades cuando los fines de la variación sean producto de intereses personales o políticos. Varias entrevistas con funcionarios de la Fiscalía sugieren que la reasignación de casos a nivel nacional - que según datos estadísticos analizados en el punto IV de esta consultoría tiene un comportamiento histórico elevado (aproximadamente 30%) entre las causas de salida y movimiento de procesos - se hace muchas veces de manera subjetiva y por intereses que no siempre van en busca de la celeridad o eficiencia procesal .

Por las razones expuestas se analizará a continuación que grado de autonomía tienen fiscales los delegados, seccionales, y locales. La autonomía de los fiscales es una garantía objetiva de imparcialidad de esta entidad. Esta se entiende como la independencia que deben tener todos los fiscales para tomar sus decisiones sin órdenes o presiones de otros funcionarios o de sus superiores jerárquicos, y sin que dichas decisiones comprometan su permanencia o estatus en la Fiscalía. Teniendo en cuenta estos dos criterios, se mirará la autonomía de los fiscales a partir de dos variables. La primera variable consiste en el

análisis de los criterios internos adoptados por la Fiscalía para la asignación de procesos en todo el territorio nacional. Estos últimos determinan si al interior de la Fiscalía existen condiciones objetivas que garanticen la autonomía de los fiscales frente a funcionarios de su misma categoría o de sus superiores jerárquicos. La segunda variable consiste en mirar el impacto de la carrera judicial para los funcionarios de la Fiscalía. La carrera determina la permanencia de los fiscales en la Fiscalía y por ello es importante en el análisis de la imparcialidad de sus decisiones.

2- Primera variable: criterios adoptados por la Fiscalía para la asignación de procesos.

Para esta primera variable, se analizan los criterios con los que cuenta actualmente la Fiscalía General para asignar internamente los procesos, evaluando si existen parámetros objetivos y claros al interior de la Fiscalía que permitan saber en que casos los funcionarios facultados por la ley pueden realizar dichas asignaciones, o si por el contrario, las asignaciones obedecen a consideraciones personales que en un momento dado pueden atentar contra la imparcialidad e independencia de los funcionarios.

Se parte de que la facultad legal de cambiar la asignación es muy amplia dada la inmensa discrecionalidad que se le da al superior jerárquico cuando se establece el criterio: *“cuando lo estime necesario en aras de una pronta y cumplida administración de justicia”*. Además no existe ninguna instrucción interna escrita en la Fiscalía que contenga los criterios de asignación interna que utiliza la Fiscalía para reasignar procesos. Por ello se llevaron a cabo entrevistas con funcionarios de distintas dependencias y jerarquías en la Fiscalía. A continuación se describen dichos criterios, discriminando la fuente de la Fiscalía que proporcionó la información necesaria, pues como se verá existen “varios criterios” para la asignación de los procesos penales.

a- Criterios de asignación según la División de Informática de la Fiscalía General de la Nación

Según uno de los ingenieros de la división de informática existen cuatro criterios que definen la asignación de casos a nivel nacional en la Fiscalía. Estos son:

- Por asignación automática aleatoria: Este criterio obedece a un sorteo efectuado automáticamente por el sistema. Dicho sorteo efectúa la asignación teniendo como único parámetro la carga laboral que tienen en ese momento los fiscales competentes para conocer del caso en cuestión.
- Por resolución para asignación directa: Este reparto lo hacen directamente el Fiscal General, o los Directores Nacionales y Seccionales de la Fiscalía mediante una resolución motivada de acuerdo a cuatro criterios como son la connotación extrajudicial del asunto¹²⁸, la dificultad del asunto¹²⁹, la inhabilidad del fiscal en cuestión¹³⁰, y el cambio de competencia¹³¹.

¹²⁸ La connotación extrajudicial del asunto significa que el proceso en cuestión se considera de interés público y por eso puede requerirse una reasignación a un fiscal, que por ejemplo, tenga mayor experiencia.

¹²⁹ La dificultad del asunto: esto se da cuando se está en presencia de un proceso en el cual exista pluralidad de sindicados, o donde el asunto tratado en el mismo sea delicado. No es clara la distinción entre esta definición y la ofrecida por la connotación extrajudicial del asunto.

¹³⁰ La inhabilidad del fiscal se presenta cuando concurre alguna de las causales consagradas en el artículo 150 de la ley Estatutaria de la Administración de justicia. Aunque teóricamente en este punto se debería hablar de

- Por reasignación directa: Se realiza con base en las mismas causales ofrecidas para la resolución directa. La diferencia radica entonces en que ésta es una segunda asignación efectuada por alguna de las causales señaladas.
- Por reasignación automática: Es una segunda asignación automática efectuada por el sistema de información de manera aleatoria.

El segundo y tercer criterio descritos son preocupantes pues estos no cuentan con causales objetivas que permitan justificar el cambio de asignación. De esta manera la discrecionalidad otorgada puede permitir reasignaciones con motivaciones políticas o personales de quienes tienen la facultad legal de realizarlas. Con este tipo de criterios no se respeta la autonomía de los funcionarios respecto de quienes se hacen las variaciones.

b. Criterios de asignación vistos por un funcionario de la Dirección Nacional de Fiscalías

Un segundo esquema de asignación fue recogido en la Dirección Nacional de Fiscalías. Como la ley faculta directamente al Director Nacional de la Fiscalía para la realización de asignaciones, esta dependencia maneja directamente la asignación de procesos, razón por la cual sus criterios son los que se aplican, por lo menos al nivel de los fiscales delegados.

Lo primero que llama la atención es que la estructura de asignación dada por la Dirección Nacional no coincide con la de la división de informática. La Dirección hizo énfasis en que no existen criterios definidos para la reasignación de procesos, ya que estos no son enmarcables en categorías específicas. Por ejemplo, un funcionario manifestó que pueden ser muchos más criterios los que existen y no necesariamente los de connotación judicial, dificultad del asunto, inhabilidad del fiscal y cambio de competencia. El criterio que se usa depende de quien tenga la facultad de reasignar (entiéndase Fiscal General o Director Nacional) y del caso específico; es decir, los criterios de asignación son desde el punto de vista de la Dirección Nacional totalmente subjetivos. Por consiguiente en la División Nacional existe lo que la División de Informática llama asignación automática y reasignación automática, pues esto es simplemente es el reparto automático de procesos según la carga laboral de los fiscales. Lo que no existe en la Dirección Nacional son los criterios de resolución para asignación directa y reasignación directa. Para este funcionario todo lo que no sea asignación automática se llama variación de asignación.

Ante la visible diferencia de esquemas que se manejan en estas dos dependencias, se realiza una tercera entrevista a otro funcionario de la Dirección Nacional para definir si realmente dichas diferencias existen, y así poder establecer si existen criterios objetivos para la realización de asignaciones, o si estas se hacen de manera subjetiva.

c- Criterios de asignación vistos por un asesor de la Dirección Nacional de Fiscalías.

Se solicitó a uno de los asesores de la Dirección Nacional que explicara los criterios de asignación. El asesor señaló que existen dos maneras para la realización de una asignación:

- Reparto automático: Es el efectuado por el sistema de manera aleatoria obedeciendo a la carga laboral de los fiscales que sea competentes para conocer del caso en particular.

incompatibilidades que se derivarían en impedimentos y recusaciones (ver art. 99 C.P.P.actual) esta información fué la suministrada por la Fiscalía.

¹³¹ El cambio de competencia ocurre cuando el fiscal inicialmente asignado no tiene la competencia legal para adelantar la investigación en cuestión. Esta es quizás la única reasignación que tiene unas causales objetivas.

Según él esta manera de realizar el reparto es la regla general de asignación de procesos.

Variación de asignación: Es la que se realiza cuando por hechos sobrevinientes al reparto automático inicial (regla general), se debe variar la asignación por razones de conveniencia. Según el asesor, “el criterio único que se toma en cuenta para la variación de asignación es la correcta administración de justicia, ya sea en aras de procurar eficiencia en el proceso, facilitar el recaudo probatorio, procurar celeridad, etc¹³².” Finalmente señala que esta variación puede hacerse desde y hacia unidades locales, seccionales o nacionales especializadas.

Al preguntarle al funcionario por los demás criterios ofrecidos por el esquema de la división de informática, señaló que la variación de asignación no se diferencia de la reasignación, sino que son sinónimos, y por ello los funcionarios las emplean indistintamente. En su entender los diferentes criterios de otras divisiones son un “problema semántico”.

d- Criterios de asignación de la oficina de reparto de la Fiscalía Seccional de Bogotá.

En la oficina de reparto de la Fiscalía Seccional de Bogotá se utilizan tres criterios de asignación. A pesar de que la terminología varía, los criterios son los mismos que maneja la Dirección Nacional, la Dirección Seccional y la Oficina de reparto de las Seccionales aunque nuevamente existen diferencias semánticas.

- Asignación aleatoria: Es la efectuada por el sistema quien para la asignación de casos tiene en cuenta la especialidad y la carga laboral del fiscal.
- Reasignación automática: Se presenta cuando un fiscal devuelve un proceso porque no es competente. Se consulta entonces el número de radicación, y éste no se le cambia porque el número ya le fue asignado. Por lo tanto, se cambia la calificación del delito y se vuelve a hacer la asignación inicial (asignación aleatoria).
- Asignación manual: Tiene ocurrencia cuando el Director Seccional de Fiscalías ordena mediante resolución motivada que se asigne un proceso a determinado fiscal, con base en los criterios de la pronta y cumplida administración de justicia.

e- Observaciones sobre la opinión de diferentes fiscales en relación con su autonomía.

Quizás lo más interesante de las diferentes entrevistas a fiscales nacionales, seccionales y locales en cuanto a la asignación de procesos en la Fiscalía es la sensación casi generalizada que tienen tanto los fiscales seccionales como los locales de sentirse autónomos en sus decisiones¹³³. Lo contrario en cambio se percibe entre los fiscales delegados quienes aunque no lo aceptan directamente, sugieren al describir sus experiencias, que no son muy autónomos. De hecho tanto de las normas como de los criterios de asignación analizados se desprende claramente que los fiscales seccionales y locales son más autónomos en sus decisiones que los delegados. Así por ejemplo, los

¹³² Entrevista personal, Asesor Dirección Nacional, Diciembre 2001.

¹³³ Entrevistas personales a tres (3) fiscales delegados, tres (3) fiscales seccionales de Bogotá, y cinco (5) fiscales locales de Bogotá, Noviembre y Diciembre 2001.

artículos 113, 115# 2 y 4 y 116 # 3 del C.P.P. actual (existían disposiciones similares en el C.P.P. anterior) facultan expresamente al Fiscal General para variar la asignación de un proceso de un fiscal delegado a otro con motivaciones muy amplias como por ejemplo *"cuando sea necesario para asegurar la eficiencia de la misma,..."*. Los criterios de asignación analizados demuestran lo mismo. Parece haber claridad en cuanto a los criterios de asignación a nivel seccional, mientras lo contrario pasa a nivel nacional en donde no sólo existen diferencias de criterio que denotan una cierta subjetividad en el procedimiento de asignaciones, sino que también detrás de las diferencias semánticas existe una ambigüedad peligrosa que puede comprometer la imparcialidad de la Fiscalía, como ha ocurrido en el pasado cuando procesos penales de relevancia nacional han sido trasladados de un fiscal a otro, o cuando fiscales delegados que llevan casos sonados han sido removidos de sus cargos sin razón (por ejemplo Planiep).

f- Algunas conclusiones sobre los criterios de asignación de procesos y la imparcialidad de la Fiscalía .

- No existe una unidad de criterios al interior de las dependencias de la Fiscalía que están autorizadas por ley para la realización de asignaciones, lo que hace difícil la comprensión y arbitrario el manejo de los mismos por parte de los funcionarios involucrados. Esto demuestra que no existe comunicación entre las diferentes dependencias que de por sí realizan las mismas labores, o que este asunto no causa mayor preocupación, o que deliberadamente no se ha hecho nada por resolver este asunto. Cualquiera de los tres factores preocupa por las connotaciones de arbitrariedad que se generan.
- Como se mostró en el punto IV, la evolución histórica de las reasignaciones de procesos en la Fiscalía tiene un porcentaje muy elevado y constante (30%) y por eso se concluye que la inmensa discrecionalidad con que se realizan dichas reasignaciones debe terminarse pues indiscutiblemente son un síntoma de arbitrariedad.
- Se recomienda entonces que se unifiquen los criterios, para que todos los funcionarios hablen el mismo lenguaje, y así las diferencias de contenido y de tipo semántico desaparezcan. Con el establecimiento de unos criterios claros y objetivos para la reasignación de procesos se puede lograr que la reasignación sea transparente, y así superar cualquier viso de arbitrariedad tanto al interior como la exterior de la Fiscalía. Esta labor se puede cumplir mediante la expedición de una resolución por parte del Fiscal General en la que establezca unos criterios objetivos de reasignación de procesos.

3- Segunda variable: la carrera judicial

La segunda variable que busca medir la autonomía de los fiscales es la garantía de permanencia de que estos gozan al interior de la Fiscalía. En la actualidad sólo tienen garantía de permanencia el 18.6% de los fiscales porque pertenecían a la carrera judicial antes de ingresar a la Fiscalía y este derecho adquirido les fue respetado. Sin embargo a raíz de la acción de cumplimiento del Consejo de Estado la carrera debe implementarse en el 2002 en toda la Fiscalía, salvo para los funcionarios de libre nombramiento y remoción. La carrera determina la permanencia de los fiscales en la Fiscalía, y por ello es importante para la imparcialidad de sus decisiones.

a- Disposiciones legales aplicables al régimen de carrera en la Fiscalía:

La carrera judicial es el sistema que permite acceder, permanecer y ascender a cargos públicos mediante el sistema de méritos. La carrera judicial fue implementada por mandato constitucional en el Acto legislativo de 1945 y ratificada por el plebiscito de 1957. Sin embargo las disposiciones sobre carrera judicial sólo se desarrollaron años más tarde a través del Decreto-ley 250 de 1970, pero la carrera siguió sin implementarse hasta 1991. Los decretos 052 de 1987 (Estatuto de la Carrera Judicial), el Decreto 1888 de 1989 (Estatuto del Régimen disciplinario) y el Decreto 2699 de 1991 le dieron finalmente inicio a la carrera judicial, 46 años después de su creación¹³⁴. No obstante lo anterior en 1994, es decir tres años después de que la carrera estaba en funcionamiento, sólo el 21.9% de los jueces pertenecía a este régimen y como se vió sólo 18.6 % de los fiscales¹³⁵.

El artículo 125 de la Constitución de 1991 señala que los empleos de los órganos y entidades estatales son de carrera, salvo los de elección popular, libre nombramiento y remoción y los trabajadores oficiales. El objetivo de la carrera judicial como lo señaló la Corte Constitucional en sentencia C-195 de 1994 obedece a,

“ la realización de los principios de eficacia y eficiencia en la función pública, así como para procurar la estabilidad en el desempeño de los mismos. Busca que la administración este conformada por personas aptas desde el punto de vista de la capacitación profesional e idoneidad moral, para que la función que cumplan sea acorde a las finalidades y perspectivas que el interés general espera de los empleados que prestan su servicio al Estado¹³⁶. ”

En cuanto al régimen de carrera en la Fiscalía la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en su artículo 159 establece que esta tendrá su propio régimen autónomo de carrera sujeto a los principios del concurso de méritos y calificación de servicios, orientados a garantizar la igualdad de oportunidades para el ingreso, permanencia, y ascenso en el servicio. También señala que los cargos de libre nombramiento y remoción, así como los de carrera, serán los previstos en la ley¹³⁷.

Esta autonomía en el régimen de carrera que posee la Fiscalía tiene su fundamento legal en la Constitución que permite al legislador: *“definir la estructura y funcionamiento de la Fiscalía General de la Nación, al ingreso por carrera y al retiro del servicio, a las inhabilidades e incompatibilidades(...) de los funcionarios y empleados de su dependencia¹³⁸. ”*

La existencia de esta autonomía para el régimen de carrera en la Fiscalía se justifica también por las características de independencia presupuestal y administrativa dadas por el artículo 224 de la Constitución a la Fiscalía. Dado lo anterior, el legislador tiene pleno poder para definir los alcances de la implementación de dicha carrera mediante un régimen especial. Por ello el Congreso revistió al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias (en aplicación del numeral 10 del artículo 150 de la Constitución) mediante la ley 573 de 2000, para que en un término de quince días contados a partir de la

¹³⁴ Lancheros, G. 1994: 46

¹³⁵ Centro Nacional de Consultoría. Mayo y Junio de 1995.

¹³⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-195 de 1994.

¹³⁷ Ley 270 de 1996.

¹³⁸ Artículo 253 C.N.

publicación de esa ley, expidiéndose normas con fuerza de ley para modificar la estructura de la Fiscalía General de la Nación, su régimen de funciones y competencias internas, y el régimen de carrera previsto para los servidores de esta entidad. Es con base en las facultades otorgadas por el Congreso al Presidente que éste expidió el Decreto 261 de 2000 en el cual establece en el título VI el régimen de carrera para los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación¹³⁹.

El artículo 106 del Decreto 261 de 2000 de conformidad con lo dispuesto por el artículo 130 de la Ley Estatutaria de Justicia clasifica según su naturaleza y forma los empleos de la Fiscalía estableciendo como de libre nombramiento y remoción los siguientes cargos:

- Vicefiscal General de la Nación.
- Secretario General.
- Directores Nacionales.
- Directores Seccionales.
- Los empleados del Despacho del Fiscal General, del Vicefiscal, y de la Secretaría General.
- Los Fiscales Delegados ante la Corte Suprema de Justicia.

Los demás cargos como lo señala el numeral 7 del artículo 106 del Decreto 261 son de carrera y deben proveerse mediante el concurso de méritos¹⁴⁰, a través de un proceso de selección¹⁴¹. La provisión de los cargos será efectuada con quien ocupe el primer puesto en la lista de elegibles, y en estricto orden descendente. El aspirante escogido a través del proceso de selección, será nombrado en período de prueba de tres (3) meses; finalizado dicho período, se le calificarán sus servicios para evaluar su eficiencia, adaptación y condiciones para el desempeño del cargo. Obtenida calificación satisfactoria, deberá ser nombrado en propiedad y escalafonado dentro de la carrera.

El artículo 120 del Decreto 261 de 2000 expresa que la calificación de servicios tiene como finalidad verificar que los servidores de la Fiscalía mantengan en el desempeño de sus funciones los niveles de idoneidad, calidad, y eficiencia que justifiquen el ingreso en propiedad, la permanencia, el ascenso, o el retiro del servicio y del escalafón de carrera. Aunque no se dice en ese decreto, la carrera también puede ser una garantía de imparcialidad, pues un fiscal puede ser más autónomo en sus decisiones cuando sabe que

¹³⁹ Es importante destacar que el Decreto 261 de 2001 no fue el primero en establecer la obligación de implementar la carrera, pues el Decreto 2699 de 1991, que era el Estatuto Orgánico de la Fiscalía, establecía en su artículo 65 que los funcionarios y empleados que conformaban los Juzgados de Instrucción Criminal, de la Justicia Ordinaria, Penal Aduanera, Fiscales de los Juzgados Superiores, Penales del Circuito, Superiores de Aduanas y de Orden Público, de las direcciones Seccionales y generales de Instrucción Criminal, el Cuerpo Técnico de Policía Judicial que pasaran a la Fiscalía General de la Nación, serían incorporados con las mismas condiciones con que se encontraban vinculados a sus actuales cargos, mientras el Consejo de la Judicatura realizaba la respectiva homologación del régimen de carrera de la Fiscalía.

¹⁴⁰ El concurso de mérito es la primera fase de selección que introduce un factor objetivo, por medio del cual se garantiza que cualquiera que sea la persona elegida reunirá los requisitos y condiciones que fija la ley para determinar sus méritos y calidades. Guevara Puentes, G. 2001: 84.

¹⁴¹ El artículo 108 del Decreto 261 de 2000 señala que “el proceso de selección comprende la convocatoria, las pruebas y el período de prueba, cuando este último sea necesario. Todo proceso de selección será público y abierto; en consecuencia, podrán participar quienes pertenecen a la carrera ó personas ajenas a ella.”

aunque contradiga posiciones políticas o personales de sus superiores, su permanencia en la Fiscalía no será afectada.

Corresponde al Superior inmediato calificar los servicios de sus subalternos, de conformidad con el sistema e instrumentos establecidos por la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación. La calificación de servicios será la resultante de un control permanente del funcionario y empleado, y comprenderá la calidad del trabajo, la cantidad de la producción, y el comportamiento laboral según el reglamento que expida la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación¹⁴². En este punto se recomienda tener cuidado con el criterio "la cantidad de producción" que en el pasado ha generado arbitrariedades contra algunos funcionarios judiciales, pues el número de procesos resueltos por funcionario no puede ser una determinante aislada de su calidad, ni de la finalidad misma de la Fiscalía. Este criterio además puede sacrificar la resolución de procesos difíciles pues para cumplir con la meta cuantitativa el fiscal preferirá investigar casos "ya resueltos" o delitos de menor impacto social.

b- Empleados de carrera en la Fiscalía

Actualmente la Fiscalía General de la Nación cuenta con 20,115 funcionarios a nivel nacional, de los cuales aproximadamente 3.333 son fiscales¹⁴³. De estos 3.333 fiscales, sólo 626 están en carrera, es decir sólo el 18.7% de los fiscales en la actualidad no son de libre nombramiento y remoción¹⁴⁴. Los funcionarios que actualmente hacen parte de la carrera son aquellos que antes de la creación de la Fiscalía General pertenecían a la Procuraduría o eran jueces de instrucción criminal. Por lo tanto estos funcionarios fueron incorporados a la institución manteniendo su calidad de funcionarios de carrera ya que hasta la fecha la Fiscalía no ha implementado la carrera para los demás funcionarios a pesar de que Decreto 261 de 2000 estableció que la carrera en la Fiscalía regiría a partir del momento en que esta adoptara la planta de personal correspondiente y le otorgó un término de noventa días a partir del 22 de febrero de 2000 (el término de los noventa días otorgados por el Decreto 261 se cumplió el 27 de junio del año 2000), fecha en la que se publicó el decreto, para adoptar las medidas necesarias para implementara la carrera¹⁴⁵.

Dado el incumplimiento de la Fiscalía en la implementación de la carrera, un ciudadano solicitó que la Fiscalía General de la Nación cumpliera con lo señalado por los artículos que integran el título VI del Decreto 261 de 2000 mediante el uso de una acción de cumplimiento. A continuación se señalarán los aspectos más relevantes de la decisión adoptada por el Consejo de Estado mediante la acción de Cumplimiento 0357 del 4 de octubre de 2001.

c- Implicaciones de la decisión del Consejo de Estado en la implementación de la carrera en la Fiscalía.

El señor Carlos Mario Isaza, en ejercicio del derecho de petición solicitó al Fiscal General que diera cumplimiento a las normas de carrera de la Fiscalía señaladas por el Decreto 261

¹⁴² Decreto 261 de 2000, artículos 21 y 23.

¹⁴³ Datos suministrados por la Dirección Nacional De Fiscalías.

¹⁴⁴ Este dato fue proporcionado por funcionarios de la Oficina de Carrera de la Fiscalía General de La Nación. Diciembre de 2001.

¹⁴⁵ Decreto 261 de 2001. Artículo 134.

de 2000. El peticionario recibió un oficio de la Secretaría General de la Fiscalía en el que se le presentaban las razones por las cuales no se le había dado cumplimiento a las normas de carrera¹⁴⁶. Ante las razones dadas por la Secretaría de la Fiscalía el señor Isaza decide acudir a la jurisdicción Contenciosa para obtener el cumplimiento de las normas mencionadas. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las pretensiones argumentando que el término de los noventa días no era un término establecido para la implementación de la carrera como tal, sino para la adopción de las medidas necesarias para su obtención ya que el artículo no fija un límite temporal para la provisión de cargos¹⁴⁷. El actor apeló la providencia y el Consejo de Estado en segunda instancia revocó la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca pues consideró que el término de los noventa días era para la implementación de la estructura interna de la entidad y no para la implementación de la carrera. No obstante el Consejo de Estado señaló que las normas del título VI del Decreto 261 de 2001 eran vinculantes desde el 22 de febrero de 2000, fecha en la que inició su vigencia. Por lo tanto, manifestó que la entidad debía tomar las medidas necesarias para la implementación así no se halla incluido para dicha obligación un término perentorio, pues se está en presencia de un principio constitucional que constituye la regla general para la realización del principio de igualdad de oportunidades y el de eficacia de la función pública¹⁴⁸.

Por todo lo anterior, el Consejo de Estado ordena a la Fiscalía dar cumplimiento inmediato a las normas de carrera de manera que en un término máximo de un año, contado a partir de la ejecutoria de la providencia, es decir, el 9 de octubre de 2002, dicho sistema se encuentre funcionando en su totalidad. Adicionalmente impone la obligación a la Fiscalía de presentar informes bimestrales al Tribunal Administrativo de Cundinamarca sobre las gestiones adelantadas para el cumplimiento de dicho fallo.

d- Impacto de la carrera en la Fiscalía

Para obtener conclusiones sobre el impacto que genera en los funcionarios de la Fiscalía la implementación de la carrera, se realizaron seis entrevistas a funcionarios de diferentes cargos¹⁴⁹. Las preguntas realizadas son las siguientes:

- Qué implicaciones tiene para usted ser funcionario de libre nombramiento y remoción? (Esta pregunta conlleva a las consideraciones de sí el ser funcionario de libre nombramiento y remoción le permite tomar sus decisiones de manera autónoma y libre de presiones de sus superiores jerárquicos o de otros funcionarios)

¹⁴⁶ Una de las razones dadas por de la Secretaría General de la Fiscalía es que la institución se hallaba a la espera de una consulta elevada ante el Consejo de Estado y de un recurso de súplica interpuesto por la administración ante la misma corporación para continuar con los trámites. Posteriormente en la contestación de la demanda la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía adujo que aunque "...la implementación de la carrera ha sido una tarea dispendiosa debido a su planta global tiene 19.940 cargos de carrera, y que la comisión ha celebrado 23 sesiones..." en las cuales adelantado aspectos dirigidos hacia la aprobación del reglamento interno de la Comisión, para clarificar y definir la situación de los servidores, definir los criterios para efectuar los traslados, entre otros. Consejo de Estado. Acción de Cumplimiento 0357 de 2001: 2.

¹⁴⁷ Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sentencia del 6 de septiembre de 2001. Ver en: Acción de Cumplimiento 0357 de 2001: 4 y 5.

¹⁴⁸ Consejo de Estado, ACU 0357 de 2001: 10 y 11.

¹⁴⁹ Se entrevistó a un coordinador de unidad de la Fiscalía Seccional de Bogotá, y a un fiscal de la misma. Esta entrevista también se dirigió a dos fiscales delegados y a dos fiscales locales de Bogotá. Dos de los seis funcionarios entrevistados son de carrera, los demás son de libre nombramiento y remoción.

Tres de los entrevistados señalaron que el hecho de ser funcionarios de libre nombramiento y remoción no les impedía tomar sus decisiones de manera libre e independiente. Otro funcionario (perteneciente a la carrera) manifestó que a su parecer los funcionarios de libre nombramiento y remoción eran más temerosos no sólo para exigir sus derechos sino también para tomar sus decisiones¹⁵⁰. Los dos restantes de manera oblicua sugirieron que si era mejor pertenecer a la carrera para ser más independientes.

- Cuáles son las intervenciones más frecuentes que realiza la Fiscalía en su Despacho/unidad?

Cuatro de los entrevistados manifestaron que la Fiscalía no realiza ningún tipo de intervención en sus unidades o despachos. Que si éstas intervenciones se presentan sólo son de carácter administrativo, para solicitarles informes de desempeño sobre determinados casos de connotación o relevancia social. Aseguran que de ninguna manera intervienen de forma que influyan en la toma de sus decisiones. Dos de ellos dijeron lo contrario.

- Existen otras autoridades que intervengan directa o indirectamente en los efectos de sus decisiones?

Los seis entrevistados señalaron que ni ninguna otra autoridad tienen injerencia directa en las decisiones que toman al interior de un proceso.

- Cuáles son las ventajas y desventajas de la implementación de la carrera para los funcionarios de la Fiscalía?

Todos los funcionarios coinciden en que la principal ventaja de la implementación de la carrera es la estabilidad laboral que esta genera. Sólo un funcionario de los entrevistados (que es uno de los que actualmente se encuentra en la carrera) considera que además de la estabilidad laboral la carrera es garantía de independencia y autonomía para los funcionarios a la hora de tomar sus decisiones pues así estarán libres de toda presión externa. Otra ventaja que un funcionario mencionó es que la carrera garantiza la transparencia respecto de la autonomía en la medida en que por el hecho de pertenecer a ella ya ningún funcionario puede decir que esta siendo presionado para tomar sus decisiones.

- Cuáles son las desventajas de la implementación de la carrera?

Primero la inadecuada implementación de la carrera pues esto impediría la realización de un trabajo serio y honesto. Segundo, la inamovilidad de funcionarios que conlleva a que sea difícil prescindir de ellos cuando no cumplen a cabalidad con su labor. Tercero el hecho de que los criterios de evaluación diseñados para permanecer o ascender a los cargos no sean justos ni bien diseñados para asegurar la imparcialidad en los nombramientos. Finalmente temen que los criterios de evaluación que se implementen sean como los actuales, es decir, que las mediciones se hagan según la cantidad de providencias proferidas y no de su calidad o importancia. Por ejemplo, como en la actualidad se califica según la carga laboral, los fiscales están dictando inhibitorios o suspensiones para bajar su carga.

¹⁵⁰ El funcionario clarificó que sólo podía ofrecernos sus apreciaciones de lo que él consideraba sucedía en las fiscalías seccionales, puesto que en las fiscalías locales el efecto era el contrario, ya que los funcionarios de libre nombramiento y remoción eran más beligerantes, tal vez por ser los más jóvenes.

e- Aspectos positivos de la carrera.

- La consecución de mayor autonomía e independencia en la administración de justicia
- La no injerencia política, ni personal en los nombramientos.
- Estabilidad laboral.
- Eficiencia e imparcialidad por el concurso de méritos puesto que el concurso no sólo garantiza que en el cargo se encuentre la persona idónea para ejercerlo, sino que también permite que en el nombramiento de los mismos medie un procedimiento transparente que permita garantizar, por lo menos objetivamente, que el funcionario en cuestión no tenga compromisos específicos.
- Idoneidad: El carácter público y abierto de los concursos garantiza la preparación de los funcionarios para el cargo¹⁵¹.
- Responsabilidad: Los funcionarios encargados de la administración de la carrera responden no sólo penal y disciplinariamente sino que también patrimonialmente por los abusos que cometan en el ejercicio de sus funciones¹⁵².

f- Aspectos negativos de la carrera

- Las consecuencias negativas se derivarían de la equivocada implementación de criterios para la evaluación de la prestación de servicios, como por ejemplo, que los concursos no midan las capacidades del funcionario, sino más bien su eficiencia. Esto último puede ser arbitrario. También el concurso debe tener en cuenta factores como la especialidad de algunos fiscales en los exámenes respectivos para no cometer injusticias.
- La inamovilidad que genera la carrera puede significar en algunos casos que el funcionario una vez tenga seguridad en su cargo, se torne negligente o ineficiente en el cumplimiento de sus labores.
- Si no se forma adecuadamente a los funcionarios con relación a los valores y principios que deben poseer para ejercer el cargo, se producirá no sólo corrupción sino vacíos en conocimientos básicos exigidos como requisitos mínimos¹⁵³.
- La inexistencia de un sistema de calificación adecuado una vez se ha entrado en la carrera permite que los funcionarios aprovechen su inamovilidad para desentenderse de sus obligaciones. Así, *"si no se implementa un sistema de ascenso o promoción con base en el desempeño, se afectará la motivación para alcanzar la eficacia y eficiencia óptima"*¹⁵⁴.

B- Ordenes de captura

Con este índice se busca medir la imparcialidad de la Fiscalía a través del análisis de la incidencia de sus actuaciones en la libertad de las personas vinculadas a un proceso penal. Con este propósito se discutirán las siguientes variables: primero se analiza el porcentaje de población carcelaria que se encuentra sindicada *versus* la condenada antes y después de la

¹⁵¹ Guevara Puentes, G, 2001: 141.

¹⁵² Ibid, 142.

¹⁵³ Ibid, 143

¹⁵⁴ Ibid, 144.

creación de la Fiscalía. La idea es demostrar si la población sindicada (detenida y no condenada) se ha incrementado con la introducción de la Fiscalía. Una segunda variable consiste en mirar que porcentaje de las detenciones preventivas podría considerarse como arbitraria. Esta variable sólo puede analizarse desde la existencia de la Fiscalía pues no se encontró información disponible al respecto para la década de los ochenta. Una tercera variable consiste en mirar el comportamiento de las órdenes de captura impartidas por la Fiscalía. El objetivo es mirar el manejo que le da la Fiscalía a las órdenes de captura que están vigentes y canceladas. Una cuarta variable es el costo humano que tienen las órdenes de captura injustas. Aunque la Fiscalía no es responsable por la seguridad carcelaria, si es responsable de la suerte de la población reclusa sindicada injustamente. Por problemas de hacinamiento en las cárceles, que se salen del objeto de esta Consultoría, la población reclusa sindicada comparte establecimiento carcelario con la población condenada. La población reclusa detenida corre el peligro de morir, dada la elevada tasa de muertes que se registran en las cárceles nacionales. Finalmente se analiza la última variable que es el costo económico para la Fiscalía por las arbitrariedades relacionadas con órdenes de captura injustas.

1- Condenados y sindicados

Para estas mediciones utilizamos datos del INPEC de 1985 a 2001, estadísticas carcelarias compiladas por Fedesarrollo de 1990 a 1998 y por el Departamento de Planeación Nacional, y la literatura existente para analizar la situación pre- Fiscalía, ya que los datos de Inpec varían mucho en los ochenta.

En la década de los ochenta algunos analistas sostenían que el 60% de la población carcelaria era de detenidos sin condenar¹⁵⁵. Datos del Censo Nacional Penitenciario de 1977, que según el Ministerio de Justicia son similares a la tendencia de la década de los ochenta, muestran que para esa época, el 61.9 % de la población carcelaria eran reclusos y el 38.1% condenados¹⁵⁶. No obstante, en el diagnóstico de la situación carcelaria del Plan de Desarrollo de Economía Social del Presidente Barco, 1987-1990, se presentó el número de presos con cifras de 72.08% de sindicados y sólo 27.92% condenados¹⁵⁷. El cuadro a continuación corrobora los datos del Censo Nacional Penitenciario de 1977.

Cuadro No. 5-2-1
Población carcelaria de 1985-1989

Años	sindicados	% del total de presos	condenados	% del total de presos	Total población carcelaria
1985	17,926	64.6%	9,841	35.4%	27,767
1986	15,254	61.3	9,639	38.7	24,893
1987	16,224	59.5	11,056	40.5	27,280
1988	15,238	55.7	12,120	44.3	27,358
1989	16,705	53.8	14,372	46.2	31,077
Promedio		58.9%		41.01%	

Fuente: Cifras de Inpec citadas por Banco de la República

Nota: Las cifras de Inpec para un mismo año varían según la fuente que se mire. Aunque no parece variar los porcentajes de manera importante denota un desorden peligroso en el manejo estadístico carcelario.

¹⁵⁵ Nemoga, G.E. 1990

¹⁵⁶ Ministerio de Justicia. 1989

¹⁵⁷ Gaitán, O.L. 2000.

Los datos de Inpec citados no se pudieron corroborar directamente con el Ministerio de Justicia. Este último no tiene estadísticas disponibles al respecto, a pesar de que la Dirección Nacional de Prisiones, entidad adscrita al Ministerio de Justicia era la encargada de las prisiones en la década de los ochenta. La explicación por la falta de estadísticas dada por un asesor del Despacho del Ministro de Justicia es que en la década de los ochenta las estadísticas se llevaban a mano y hoy esos archivos "están muertos." En la década de los noventa la mayoría de los analistas están de acuerdo en sugerir que el porcentaje promedio de detenidos y condenados es de aproximadamente un 50% respectivamente¹⁵⁸. Ya en la administración Pastrana, 1998-2002, los datos que maneja su administración hablan de un 47% de detenidos sin condenar, una cifra que según datos del Inpec hace parte del promedio de la década de los noventa. A continuación se construye un cuadro sobre la población reclusa discriminada entre condenados y sindicados para la década de los noventa, utilizando sólo al Inpec como fuente para demostrar si la Fiscalía, como lo indican algunos analistas, ha aumentado el número de sindicados.

Cuadro No. 5-2-2
Población carcelaria de 1990-2001

Año	Sindicados	% del total de presos	Condenados	% del total de presos	Total Presos	Población	Presos por cien mil habitantes
1990	18,519	57.2%	13,519	42.8%	32,387	34,969,651	92.6
1991	15,113	50.9%	14,582	49.1%	29,695	35,686,286	83.2
1992	15,622	57.2%	11,694	42.8%	27,316	36,406,209	75.0
1993	15,975	56.0%	12,575	44.0%	28,550	37,127,293	76.9
1994	15,860	54.1%	13,483	45.9%	29,343	37,849,150	77.5
1995	15,492	48.5%	16,468	51.5%	31,960	38,541,630	82.9
1996	17,817	46.8%	20,245	53.2%	38,062	39,295,797	96.9
1997	19,219	46.4%	22,186	53.6%	41,405	40,064,092	103.3
1998	20,014	46.3%	23,245	53.7%	43,259	40,826,815	106.0
1999	19,731	42.6%	26,591	57.4%	46,322	41,589,018	111.4
2000	20,326	40.8%	29,490	59.2%	49,816	42,321,386	117.7
*2001	22,117	40.5%	32,434	59.5%	54,551	43,070,703	126.7

Fuente población DANE y presos INPEC
*Para el año 2001 los datos van hasta Junio

Como lo muestra el Cuadro No. 5-2-2 en la década de los noventa se pasó de un número total de 32,387 presos en 1990 equivalente al 92.6 presos por cien mil habitantes, que presenta una ligera baja entre los años 1992 a 1995, a un total de 38,062 presos en 1996 equivalente a 96.9 presos por cien mil habitantes, es decir en 6 años no hay un incremento importante en la población carcelaria. Desde 1996 en adelante la población continúa incrementándose gradualmente hasta llegar a 49,816 presos en el 2000. Las proyecciones para el 2001 se acercan a los 60,000 presos. Todo esto indica una tendencia creciente de la

¹⁵⁸ Contraloría General de la República. 1997

población carcelaria equivalente a un 34% de la población carcelaria por cien mil habitantes en un periodo de 10 años.

El cuadro No 5-2-2 también muestra una tendencia decreciente en el porcentaje de sindicatos dentro del total de presos en la década de los noventa, que se hace notoria desde 1995 y que continua descendiendo hasta el 2000 de manera importante. Según el cuadro No 5-2-2 el porcentaje de sindicatos disminuyó su peso en casi 17% en el periodo 1990- 2000, una tendencia decreciente que se hizo notoria a partir de 1995 es decir tres años después de la existencia de la Fiscalía. Esto nos lleva a concluir preliminarmente que desde la introducción de la Fiscalía se ha reducido el porcentaje de sindicatos en un 17%. A primera vista este indicador desvirtuaría creencias generalizadas de que la Fiscalía es más arbitraria que los jueces de instrucción que la antecedieron en sus funciones, pues el hecho de que la proporción de la población sindicada disminuya podría sugerir que la Fiscalía dicta en promedio menos órdenes de captura que los jueces. Sin embargo también podría decirse que los jueces son desde mediados de los noventa más eficientes en la etapa de juicio, ya que a partir de la Fiscalía sus cargas laborales disminuyeron notablemente, y por ello hay mayor celeridad en la definición de la situación jurídica de la población sindicada detenida que pasa a ser condenada o absuelta, disminuyéndose con ello el porcentaje de sindicatos y como muestra el cuadro No. 5-2-2 aumentándose la población condenada. Otra interpretación, que esta de acuerdo con los indicadores analizados más adelante, es que la mayoría de las órdenes de captura dictadas por la Fiscalía no llevan cabo y por eso no inciden en los datos de población carcelaria.

2- Detenciones preventivas arbitrarias

Para el análisis de las detenciones arbitrarias se parte de dos supuestos, primero que el déficit actual de cupos en las cárceles del nivel nacional evidencian la necesidad de limitar el crecimiento de la población carcelaria¹⁵⁹, es decir que se deben disminuir los casos de detenciones arbitrarias o condenas injustas, y segundo, que las actuaciones de la Fiscalía son determinantes tanto en el número de internos como en su permanencia en las cárceles¹⁶⁰.

Una primera variable para analizar el comportamiento de la Fiscalía en cuanto a las órdenes de captura o detenciones preventivas se basa en un diagnóstico del sistema carcelario y penitenciario, donde el Departamento Nacional de Planeación (DNP) demuestra que a pesar de que el tiempo promedio de la etapa de investigación e instrucción de la Fiscalía es de 18 meses, el 38% de la población sindicada nacional permanece detenida por lo menos 5 meses¹⁶¹.

¹⁵⁹ Departamento de Planeación Nacional (2001)

¹⁶⁰ Hay varios organismos que inciden en el Sistema Carcelario y penitenciario además de la Fiscalía, como son el DAS, la Policía Nacional, la Procuraduría, la Defensoría del Pueblo y los jueces. Sin embargo la Fiscalía es quien más peso tiene en la determinación de los sindicatos detenidos.

¹⁶¹ Departamento de Planeación Nacional (2001: 24)

Cuadro No 5-2-3.
Meses transcurridos de detención de los sindicados a nivel nacional a Octubre de 1999.

Región	0-5 meses	6-10 meses	11-15 meses	16-20 meses	21-25 meses	>26 meses	Total meses
Región Central	2.592	812	797	606	577	852	6.236
Porcentajes	42%	13%	13%	10%	9%	14%	100%
Región Occidental	1.866	998	580	387	233	176	4.240
Porcentajes	44%	24%	14%	9%	5%	4%	100%
Región Norte	1.016	363	238	185	152	182	2.136
Porcentajes	48%	17%	11%	9%	7%	9%	100%
Región Oriente	643	390	192	147	103	113	1.588
Porcentajes	40%	25%	12%	9%	6%	7%	100%
Región Noroeste	601	847	685	675	538	811	4.157
Porcentajes	14%	20%	16%	16%	13%	20%	100%
Región Viejo Caldas	991	543	224	154	90	120	2.122
Porcentajes	47%	26%	11%	7%	4%	6%	100%
Total	7.709	3.953	2.716	2.154	1.693	2.254	20.479
Participación	38%	19%	13%	11%	8%	11%	100%

Fuente : Inpec, Cálculos DNP- Dijus

NB: El sistema penitenciario y carcelario nacional se encuentra dividido en seis regionales¹⁶².

Como lo demuestra el Cuadro No. 5-2-3 el procesamiento más lento ocurre en la Región Noroeste donde el 66% de los sindicados detenidos permanecen más de 10 meses en la cárcel antes de que se les resuelva su situación jurídica. El cuadro 5-2-3 también muestra que la población reclusa a nivel nacional presenta una alta tasa de salida en los primeros cinco meses. De un promedio de 5000 personas que entran a las cárceles por mes solo 1000 permanecen reclusas. Esto puede interpretarse de diversas maneras. Una que preocupa es que existe un porcentaje alto de detenciones arbitrarias, es decir detenciones a sindicados a quienes no se les ha comprobado autoría del hecho punible por el cual fueron detenidos, y estos deben ser puestos en libertad por disposiciones procesales, por ejemplo el art. 415 del CPP anterior, Decreto 2700 de 1991, disponía que el sindicado detenido preventivamente tendría derecho a la libertad provisional cuando vencido el término de 120 días de privación de la libertad no se hubiere calificado el mérito de la instrucción. Una segunda interpretación que iría de acuerdo a la tendencia general de disminución de las detenciones preventivas registrada en el Cuadro No 5-2-2, es que la Fiscalía está cumpliendo los términos procesales para dejar en libertad a los sindicados detenidos injustamente. El problema con esta interpretación es que si bien esto puede ser cierto, corrobora la primera interpretación, es decir que existe un porcentaje alto de detenciones preventivas sin motivo.

¹⁶² Las seis regionales del sistema carcelario y penitenciario se dividen así: La regional Noroeste está integrada por los departamentos de Antioquia y Chocó; la Norte por Atlántico, Bolívar, Córdoba, Guajira, Magdalena, San Andrés Y Providencia, Sucre y Cesar -Valledupar; la Oriental por Arauca, Casanare, Cesar- Aguachica, Norte de Santander y Santander; La Central por los departamentos de Amazonas, Boyacá, Cundinamarca, Meta, Tolima, - Melgar,; la Occidental por Cauca, Caquetá, Huila, Nariño, Putumayo y Valle; y la del Viejo Caldas por Caldas, Quindío, Risaralda, Tolima y Valle-Cartago.

Una segunda variable para analizar el comportamiento de la Fiscalía en cuanto a las detenciones preventivas es comparar el porcentaje de órdenes de captura que ha dictado la Fiscalía cada año con el número de sindicados detenidos por año. La mayoría de las órdenes de captura las dicta hoy la Fiscalía como se puede observar en el cuadro No. 5-2-4. Aunque la comparación no arroja datos exactos por la no correlación directa de ambas variables - pues las órdenes de captura no siempre se logran ejecutar, o porque se demoran en el tiempo, es decir una orden de captura dictada en 1993 se cumple en el 1994, o porque la dicta otra autoridad, por ejemplo en casos de flagrancia, o porque se trata de órdenes de captura facultativas, es decir órdenes en que el sindicado no va a la cárcel pues la orden de captura es sólo para garantizar que cumpla con la indagatoria - esta información nos muestra el comportamiento histórico de la Fiscalía en cuanto al número de órdenes de captura dictadas y su posible relación con el número de sindicados detenidos.

Cuadro No 5- 2-4
Crecimiento porcentual de las órdenes de captura y de la población sindicada entre 1992 y 2000.

Año	Total órdenes de captura	Ordenes captura de fiscales	Crec. fiscales	Ordenes captura por jueces	Crec. jueces	Total población sindicados	Crec. sindicados
1990	9,544	304		9,240		18,519	
1991	22,506	.450	48.03%	22,056	138.70%	15,113	-18.39%
1992	27,821	5,707	1168.22%	22,114	0.26%	15,622	3.37%
1993	28,174	15,409	170.00%	12,765	-42.28%	15,975	2.26%
1994	31,399	19,545	26.84%	11,854	-7.14%	15,860	-0.72%
1995	39,259	28,243	44.50%	11,016	-7.07%	15,492	-2.32%
1996	48,269	33,990	20.35%	14,279	29.62%	17,817	15.01%
1997	51,877	38,658	13.73%	13,219	-7.42%	19,219	7.87%
1998	69,184	50,552	30.77%	18,632	40.95%	20,014	4.14%
1999	69,776	54,526	7.86%	15,250	-18.15%	19,731	-1.41%
2000	77,008	62,692	14.98%	14,316	-6.12%	20,326	3.02%
2001*	56,945	44,657	-28.77%	12,288	-14.17%	22,117	8.81%
Crec. Promedio Anual 92-00	13.6%	34.9%		-5.3%		3.3%	
Total Crec. 92-00 después Fiscalía	176.8%		999%		-35%		30%

Fuentes: Cisad (Fiscalía) e Inpec.

*Los datos sobre sindicados del año 2001 van hasta Junio 30, por lo cual el porcentaje negativo de crecimiento que se registra para el 2001 no debe tenerse en cuenta.

El cuadro No 5-2-4 muestra que desde la creación de la Fiscalía el número de órdenes de captura ha crecido a un promedio anual del 34.9% mientras que lo contrario ha ocurrido con el comportamiento de las órdenes de captura en manos de los jueces que han decrecido un promedio de -5.3 por año. El decrecimiento de las órdenes de captura de los jueces es explicable en parte porque estos pierden desde 1991 el manejo de la instrucción del proceso que pasa a manos de la Fiscalía, y por la tendencia inquisitiva que caracteriza el proceso penal actual donde la mayoría de las pruebas (sino todas) se dan en la primera fase del proceso. Sin embargo el hecho de que la instrucción esté a cargo de la Fiscalía no justifica el crecimiento del 13.6% promedio anual en el número de órdenes de captura impartidas, gran parte del cual se debe a la Fiscalía como se ve en el cuadro 5-2-4.

El crecimiento total de las órdenes de captura se ha incrementado en un porcentaje de 176.8% desde 1992 cuando entró en funcionamiento la Fiscalía. A su vez el crecimiento de las órdenes de captura libradas por la Fiscalía desde su creación hasta el 2000 es de 999%. La población sindicada para el período 1992 a 1995 se mantiene relativamente estable con un incremento gradual que llega la 30 % en el año 2000 incremento que no corresponde al 999% en las órdenes de captura impartidas por la Fiscalía en ese mismo año. La falta de correlación entre el porcentaje de las órdenes de captura y la población reclusa sindicada para el periodo 1992- 2000 significa que existe un altísimo porcentaje de órdenes de captura que no se llevan a cabo, cualquiera que sea el motivo, que se sale del objeto de esta Consultoría.

Se concluye preliminarmente que la Fiscalía ha incrementado inmensamente el número de órdenes de captura desde 1992 hasta 2000 (999%) y este incremento ha aumentado la población reclusa sindicada en un 30 %. Esto es preocupante por las siguientes razones:

- Mirando el Cuadro No. 5-2 -3 es claro que la mayoría de los sindicatos detenidos preventivamente (38%) pasan menos de 5 meses en la cárcel. Esto indica que existe un alto porcentaje de órdenes de captura sin fundamento como se dijo antes.
- Preocupa que a pesar del incremento notorio de órdenes de captura la población reclusa sindicada no crezca al mismo ritmo lo cual lleva a concluir que la mayoría de las órdenes de captura no se cumplen.
- Desde un punto de vista teórico, como se sugiere al analizar las normas penales, la tendencia mundial va en contravía de las detenciones preventivas y en general se considera que un porcentaje tan alto de reclusos sindicados (más del 40%) es poco aceptable de acuerdo a los patrones internacionales aceptados¹⁶³.

3- Comportamiento de las órdenes de captura

A continuación se hará un análisis de la problemática relacionada con las órdenes de captura con base en datos estadísticos de CISAD¹⁶⁴ (Centro de Información sobre Actividades Delictivas de la Fiscalía) y de entrevistas personales.

Brevemente se hace un recuento de la normatividad aplicable durante el periodo estudiado. Entre 1992 y Junio de 2001 se aplican las disposiciones del CPP de 1991 en lo relativo a las órdenes de captura. A continuación se analizarán algunas de las disposiciones generales contenidas en dichas normas y los principales problemas que se encontraron en cuanto a su aplicación.

- **Flagrancia:** las personas sorprendidas en flagrancia pueden ser capturadas por cualquier autoridad y conducidas al fiscal competente en el término de la distancia. (artículos. 370 a 373 CPP 1991). Los datos de CISAD no permiten discriminar cuantos casos son de flagrancia. Este dato sería importante pues permitiría ver que porcentaje de detenciones preventivas no son arbitrarias y por ello se recomienda discriminarlo en el futuro.

¹⁶³ Guerrero, J. 2000 en Maier, J.B.J. et al. (coords.)

¹⁶⁴ El CISAD de la Fiscalía se ocupa principalmente de administrar el sistema de información sobre antecedentes y anotaciones (SIAN) que registra la vigencia y cancelación de las órdenes de captura; la vigencia, sustitución y revocatoria de las medidas de aseguramiento; las preclusiones o cesaciones de procedimiento por indemnización integral, y las sentencias condenatorias.

- Captura facultativa: en los procesos donde proceda la detención preventiva el fiscal podrá librar orden de captura escrita para efectos de la indagatoria. (arts. 375 y 376 CPP 1991). Esta disposición es relevante pues en las estadísticas de órdenes de captura de CISAD no se hace distinción entre si la orden de captura es facultativa o definitiva, sino para el año 2001. Esta discriminación es crítica pues podría explicar parte de la discrepancia tan grande entre las órdenes de captura y la población reclusa sindicada. Los datos para el año 2001 sugieren que un 67,3% del total de las órdenes de captura de ese año son facultativas. Entrevistas con funcionarios de CISAD sugieren que aproximadamente la mitad de las órdenes de captura impartidas por la Fiscalía son facultativas. Si esto es constante en el periodo analizado en el cuadro 5-2-4, el porcentaje de órdenes de captura dictadas por la Fiscalía de acercaría más al de la población sindicada.
- Requisitos órdenes de captura: la orden de captura deberá contener los datos exactos para la individualización del imputado y el motivo de la captura. Proferida la orden el fiscal enviará copia a la dirección de la Fiscalía correspondiente (en este caso a los 29 puntos de registro del SIAN que se encuentran en las fiscalías seccionales o en la Sede central de la Fiscalía quienes a su vez enviarán la información a CISAD), y a los organismos de Policía judicial para que registren y almacenen los datos (es decir al CTI, a la Dijin y al DAS).(art. 378 CPP. 1991). Existen dos problemas con la aplicación de esta disposición. Primero, aun cuando existe una regulación que exige que los fiscales envíen la orden de captura al punto de registro y a las tres policías judiciales esto no ocurre en la práctica. Según fiscales entrevistados:

"es tal el cúmulo de trabajo y la cantidad de formularios que tienen que llenar para propósitos de estadísticas tales como SIAN, SIJUF, estadísticas de delitos, estadísticas de diligencias y el formulario Único de Expedientes, que es como una sábana, que no tenemos tiempo de hacer todo y a veces cometemos errores...además la mayoría de los formularios piden la misma información y el fiscal tiene que llenar lo mismo en formularios diferentes a veces hasta tres veces. Esto sumado a la carga laboral de cada fiscal hace que las labores de registro estadístico se releguen y muchas veces se hagan de manera imperfecta o incompleta"¹⁶⁵.

Un segundo problema es que por razones también prácticas, muchas veces los fiscales sólo envían las órdenes de captura a una de las tres policías judiciales, a saber DAS, Dijin o CTI. En términos de registro estadísticos este genera problemas, muchas veces un fiscal cancela una orden de captura y por las razones antes anotadas esta no llega al conocimiento de las otras policías judiciales, quienes en muchos casos capturan a un individuo cuya orden ya está cancelada.

- Cancelación de órdenes de captura en la Fiscalía: el fiscal que haya impartido la orden de captura está en la obligación de cancelarla inmediatamente cesen los motivos, so pena de sanción disciplinaria y penal. De la cancelación de las órdenes de captura se dará aviso inmediato a la Fiscalía General, quien a su vez informará a los organismos de policía judicial que lleven registros de las mismas. (Art. 384 CPP1991). En la práctica la cancelación de las órdenes de captura es uno de los puntos más problemáticos según se pudo constatar. El constante incumplimiento de esta obligación

¹⁶⁵ Entrevista Personal , Fiscal Seccional Bogotá, 15 Enero 2002.

de cancelar las órdenes de captura que se ejemplifica en el Cuadro No 5-2-5 en el nivel central de la Fiscalía es sólo una muestra de la dimensión del problema.

A continuación se analizarán tres indicadores que sugieren el nivel de arbitrariedad con que la Fiscalía maneja las órdenes de captura. Desafortunadamente los dos primeros indicadores están incompletos pues no existe más información estadística que permita un mejor análisis al respecto. La inexistencia de un registro sistemático de la situación de las órdenes de captura en la Fiscalía, una vez impartidas indica la negligencia con la cual se ha tratado el tema de las capturas a nivel Fiscalía, por lo menos hasta el año 2001.

El primer indicador corresponde a la situación que se ha presentado para personas que han figurado con orden de captura vigente al momento de ingresar a las instalaciones de la Fiscalía en la Sede Ciudad Salitre, desde 1999 hasta Octubre de 2001. Los resultados como lo muestra el siguiente cuadro son desalentadores, si se tiene en cuenta que esta es la sede principal de la Fiscalía donde uno esperaría que se tenga al día la información sobre órdenes de captura vigentes. Como se ve en el siguiente cuadro 5-2-5, el 83% de las órdenes de captura "vigentes" en el 2001 eran erradas.

Cuadro No. 5- 2-5
Cantidad de personas registradas con orden de captura vigente al entrar
a la Sede principal de la Fiscalía- Bogotá

Ordenes de captura	1999	%	2000	%	2001	%
Vigentes	22	10%	65	18%	70	17%
Canceladas	159	74	231	63	230	55
Homónimos	23	11	52	14	98	23
Coincidencias por cédula	11	5	16	4	23	5
TOTAL	215		364		421	

Fuente: CISAD

Aunque la situación ha mejorado de 1999 a 2001, pues de 74% de órdenes registradas como vigentes que estaban canceladas en 1999 se pasó a 55% en el 2001, el porcentaje de órdenes canceladas es muy elevado. Por ser una información parcial de la situación a nivel Fiscalía General en la Sede de Ciudad Salitre en Bogotá y sólo para aquellas personas que ingresaron a esta sede de la Fiscalía, esta información sólo tiene el valor de muestra aleatoria. No obstante sus limitaciones, es preocupante que una muestra como esta arroje resultados que podrían sugerir una situación muy grave para la libertad y dignidad de las personas que han tenido antecedentes judiciales, así se trate de órdenes de captura facultativas. La preocupación que surge es que es si esto ocurre en la mayoría de los casos de personas que entran a la Sede de la Fiscalía en Bogotá, el porcentaje de personas con orden de captura "vigente" que son detenidas arbitrariamente o privadas de su derecho al trabajo, o a su movilidad a nivel nacional debe ser preocupante. Esto por sí mismo indica que la Fiscalía está siendo arbitraria con aquellas personas que han tenido alguna vez una orden de captura¹⁶⁶.

¹⁶⁶ Como se dijo anteriormente la Fiscalía imparte la mayoría de las órdenes de captura, todo lo cual hace más gravosa esta situación.

Un segundo indicador relacionado con el comportamiento de las órdenes de captura se logra midiendo el tiempo que se demora la cancelación de las mismas. Desafortunadamente no existe información sobre la duración sino para el año 2001 y para los primeros 16 días del 2002, como se puede observar en el cuadro 5-2-6.

Cuadro No. 5-2-6
Cancelaciones de órdenes de captura en 2001 y parte 2002
independientemente del año en que esta fueron proferidas

Año en el que se registro la cancelación	Total De Cancelaciones	Días promedio para registro	Días Máximo para registro	Días Mínimo para registro
2001	51,236	85	5,529	0
2002	777	27	366	0

Fuente: CISAD

Nota: El total de órdenes canceladas toma como base la fecha de registro de la cancelación en el sistema y no la fecha de la decisión. El promedio de días que pasa entre la fecha de la decisión y la fecha de registro es la división entre la suma de días que pasan y el total de cancelaciones registradas en el año

El cuadro 5-2-6 muestra que en el año 2001 el promedio de días para que se registre la cancelación de una orden de captura impartida por un fiscal es de 85 días, esto sin descontar el hecho aberrante de que en ese año la cancelación de una orden de captura se puede demorar hasta 15 años (5,529 días). El comportamiento de la primera quincena del 2002 sigue siendo preocupante pues aunque el promedio de cancelación es de 37 días, ya se ve en esa quincena un retardo de un año en algunos casos para registrar la cancelación de las órdenes de captura.

Un tercer indicador consiste en mirar el comportamiento histórico de las órdenes de captura a nivel nacional desde antes y después de la creación de la Fiscalía, discriminando que porcentaje de cancelaciones realiza la Fiscalía en comparación con los jueces.

Cuadro No 5 -2-7
Total de órdenes de captura registradas en el sistema
SIAN de 1988 a 15 Enero 2002

Año	Total de órdenes prof.	Ordenes canceladas					Ordenes vigentes				
		Total	Fiscales	%	Jueces	%	Total	Fiscales	%	Jueces	%
1988	302	60			60	100%	242			242	100%
1989	4,874	1,647			1,687	100%	3,227			3,227	100%
1990	9,544	3,133			3,133	100%	6,411			6,411	100%
1991	22,506	8,525			8,505	100%	13,981			13,981	100%
1992	27,821	11,528	1,693	10.4%	9,835	85.3%	16,293	4,014	24.6%	12,279	75.4%
1993	28,174	12,564	5,732	36.7%	6,832	54.4%	15,610	9,677	62.0%	5,933	38.0%
1994	31,399	15,455	8,866	57.4%	6,589	42.6%	15,944	10,679	67.0%	5,265	33.0%
1995	39,259	22,541	16,033	71.1%	6,508	28.9%	16,718	12,210	73.0%	4,508	27.0%
1996	48,269	30,178	21,123	70.0%	9,055	30.0%	18,091	12,867	71.1%	5,224	28.9%
1997	51,877	35,585	26,297	73.9%	9,288	26.1%	16,292	12,361	75.9%	3,931	24.1%
1998	69,184	49,727	35,822	72.0%	13,905	28.0%	19,457	14,730	75.7%	4,727	24.3%
1999	69,776	46,841	36,771	78.5%	10,070	21.5%	22,935	17,755	77.4%	5,180	22.6%
2000	77,008	51,093	42,911	84.0%	8,182	16.0%	25,915	19,781	76.3%	6,134	23.7%
2001	56,945	32,071	26,084	81.3%	5,987	18.7%	24,874	18,573	74.7%	6,301	25.3%
2002	455	272	151	55.5%	121	44.5%	183	131	71.6%	52	28.4%
Total	537,393	321,220	221,764	69.0%	99,456		216,173	133,392		82,781	

Fuente : CISAD.

Nota: Para los años 1988 a 1991 no había fiscales por eso los espacios correspondientes se encuentran en blanco.

En el periodo correspondiente a 1988 –1991 la información sobre órdenes de captura canceladas se registraba en el sistema SIMOC que operaba bajo la dirección de los Juzgados de Instrucción criminal. Esta información la recogió CISAD de la Fiscalía. Para el periodo 1992 a 2002 toda la información sobre órdenes de captura se registra en el SIAN que a su vez alimenta el sistema central CISAD.

Los datos del cuadro 5-2-7 muestran que el total de las órdenes de captura que figuran como vigentes en el sistema central de la Fiscalía a 15 Enero de 2002 es de 216,173. Ejercicios como el del cuadro 5-2-5 sugieren que un elevado porcentaje de las órdenes que figuran como vigentes en el sistema ya no existen, 90% en 1999, 82% en el 2000 y 83% en el 2001. Otros ejercicios como el realizado recientemente por la Seccional CTI de Bogotá en Diciembre de 2001 demuestran la gravedad del problema. De 82 capturas realizadas en Bogotá - porque las personas figuraban con órdenes de captura vigentes en el registro del CTI Bogotá- sólo había 43 órdenes vigentes en el sistema central de CISAD. De esas 43 órdenes vigentes en CISAD sólo 4 resultaron realmente vigentes. Las 39 restantes habían sido canceladas y por lo tanto el CTI procedió a liberar a estas personas luego de haberlas capturado injustamente¹⁶⁷. Si este ejercicio aleatorio arroja datos de arbitrariedad del orden de 95.2% a nivel seccional Bogotá (de 82 órdenes “vigentes” sólo 4.8% estaban realmente vigentes), o de 89.8% a nivel CISAD (de 39 órdenes vigentes en CISAD sólo 4 estaban realmente vigentes) la situación a nivel regional debe ser gravísima. No obstante lo

¹⁶⁷ Entrevista Personal, Dirección Seccional de CTI Bogotá, 12 Febrero de 2002.

anterior, es muy importante que la iniciativa de muestreo se haya llevado a cabo por iniciativa misma de la Fiscalía pues eso demuestra que se tiene conciencia del problema.

Si a estos muestreos se les agregan los resultados del cuadro 5-2-6 donde se demuestra que para el año 2001 el procedimiento de cancelación de órdenes de captura al interior de la Fiscalía se toma un promedio de casi tres meses (85 días) y en algunos casos se encontraron órdenes “vigentes”, que estaban realmente canceladas hace 15 años, se llega a la conclusión de que el manejo de la cancelación de las órdenes de captura es bastante indiscriminado y arbitrario, y que muchas de esas 216, 173 órdenes que figuran como “vigentes” en el 2001 pueden estar canceladas. Eso sumado al exceso de órdenes que se imparten y no se cumplen, lleva al peligro de que cualquier individuo que alguna vez haya tenido una orden de captura (así sea facultativa) corre el peligro de ser detenido injustamente.

También se observa que el porcentaje de cancelaciones de órdenes de captura ordenadas por los fiscales crece dramáticamente en el tiempo, situación que explica el alto porcentaje de salidas de reclusos del cuadro 5-2-3. Igualmente existe un altísimo porcentaje de expedición de órdenes vigentes por parte de los fiscales. Este movimiento tanto las cancelaciones como la expedición de órdenes de captura corrobora el análisis anterior. La Fiscalía expide y cancela órdenes de captura de manera exagerada, muchas de las cuales como se ha demostrado ni siquiera se cumplen. Este uso indiscriminado de la orden de captura es peligroso pues genera arbitrariedades y viola uno de los principios fundamentales de derecho penal consagrado en la Constitución como es la presunción de inocencia. Los costos humanos y económicos del uso exagerado de la orden de captura como mecanismo de asegurar pruebas en la investigación penal se analizan a continuación.

4-Costos humanos de las detenciones arbitrarias

Según una auditoría de la Contraloría de 1997 hay un promedio de 75 muertes por año en las cárceles. En 1998, según la Policía Nacional hubo sólo en las cárceles de Bogotá 118 muertes de las cuales 110 se reconocieron como homicidios¹⁶⁸. De las 118 muertes, 92 (78%) se cometieron en la Cárcel Modelo y 26 (22%) en la Picota. La Alta Comisionada de las Naciones Unidas en Colombia denunció 169 muertes en prisiones en 1999, de las cuales 76 o sea el 44.9% ocurrieron en la Cárcel Modelo de Bogotá. Estas cifras demuestran el altísimo riesgo que corren los presos en particular en al Cárcel Modelo de Bogotá, donde se encuentran la mayoría de los sindicados. Como las cifras de la Defensoría y de las Naciones Unidas no discriminan entre si los muertos son sindicados o condenados, es muy posible, dada la altísima rotación de personal en los centros de reclusión, en particular en la cárcel Modelo de Bogotá, que personas inocentes mueran en las cárceles. Por eso es imperativo disminuir el porcentaje tan elevado de sindicados que permanece injustamente en las cárceles. Así según datos de CISAD (Fiscalía) desde 1995 los fiscales dictan un porcentaje de órdenes de captura por año que oscila entre el 70 y el 80 % del total de las órdenes de captura dictadas. Teniendo en cuenta que la Fiscalía se ocupa de las dos primeras fases del proceso penal es casi imperativo concluir que la mayoría de las órdenes de captura a los sindicados provienen de esta entidad. Esto significaría que la Fiscalía es responsable de casi la totalidad de la población sindicada que se encuentra en las cárceles y por ello que los costos humanos de los sindicados presos son en parte su responsabilidad.

¹⁶⁸ Policía Nacional. Revista Criminalidad :1998.

5- Costos económicos de la arbitrariedad de la Fiscalía

Los costos en que incurre el Estado por las detenciones arbitrarias de los fiscales son inmensos y hasta la fecha ningún fiscal se ha hecho responsable de sus acciones, razón por la cual se siguen impartiendo órdenes de captura injustas que simplemente corren a cargo del patrimonio del Estado y de la Fiscalía.

a- Fundamentos legales de la responsabilidad del Estado

La responsabilidad del Estado *“es la obligación que nace para él de reparar o indemnizar los perjuicios causados a los ciudadanos o a la sociedad, cuando incumple total o parcialmente o defectuosamente con los deberes que le imponen la constitución y la ley”*¹⁶⁹

La Constitución Nacional en su artículo 90 establece que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputados por la acción u omisión de las autoridades públicas. Dentro de este supuesto se entiende que el fundamento de la responsabilidad del Estado no se da siempre por la existencia de una conducta dolosa que deba ser sancionada sino por el menoscabo patrimonial que hay que reparar, por lo que el artículo 90 tiene como objetivo reparar el daño causado antes que castigar la acción u omisión administrativa haciendo que recaiga en el patrimonio de la administración el menoscabo sufrido por el particular. Por lo tanto, la responsabilidad del Estado en Colombia es objetiva pues no se necesita que haya culpa del agente estatal para que opere la indemnización¹⁷⁰.

La condición necesaria para que se desencadene la reparación es que el daño sea antijurídico. El Consejo de Estado, citando al profesor García Enterría, define el daño antijurídico como,

*“el detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia causado a alguien, ...en su persona, bienes, libertad, honor, afectos, creencias, pero adicionalmente se debe constatar que el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportar dicho daño, es decir, que el daño carezca de causales de justificación. La causal de justificación ha de ser expresa y concreta y consistirá siempre en un título que legitime el perjuicio contemplado: por ejemplo la exacción de un impuesto, el cumplimiento de un contrato, una ejecución administrativa o procesal. Fuera de esta hipótesis, todo perjuicio o detrimento patrimonial imputable a un sujeto será una lesión o un perjuicio injusto”*¹⁷¹.

Una vez definido el fundamento de la responsabilidad del Estado y la necesidad de la presencia de un daño antijurídico como requisito para la indemnización, se analizará si las detenciones injustas son o no un daño antijurídico. El Consejo de Estado ha señalado que,

“la retención como ejercicio legítimo del poder punitivo del Estado que afecta algunos derechos de las personas, en sí misma no es una actividad que genere responsabilidad patrimonial derivada de los perjuicios consustanciales a la retención misma, dado que esta es una carga que los ciudadanos deben soportar, salvo, claro está, cuando el ejercicio de dicho poder se desborda, v.gr. en los

¹⁶⁹ Consejo de Estado, Sentencia de Diciembre 7 de 1977.

¹⁷⁰ Consejo de Estado, Sentencia Noviembre 22 de 1991.

¹⁷¹ Consejo de Estado, Sentencia de 30 Marzo de 2000.

supuestos de retención injusta (arts. 68 ley 270 de 1996 y 414 del C.P.P.). Pero así como el ciudadano debe asumir la carga derivada de la restricción de sus derechos, en la medida en que esa retención es una actividad que redunde en beneficio de la comunidad, el Estado se obliga a garantizarle una eficaz protección y seguridad, para lo cual éste goza de posibilidades reales, pues posee también el monopolio de la fuerza y los poderes de coerción que le permiten afrontar tales riesgos¹⁷²."

De acuerdo al Consejo de Estado la detención preventiva es una actividad lícita siempre y cuando esta no sea arbitraria. Cuando la detención es arbitraria las personas injustamente detenidas pueden iniciar una acción de reparación directa contra el Estado. La acción de reparación directa es aquella que permite que la persona interesada demande directamente la reparación de un daño cuando la causa de la petición sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o por la ocupación temporal¹⁷³.

Es importante resaltar que aunque el artículo 90 de la Constitución dispone que es el Estado quien responde patrimonialmente por los daños ocasionados, este tiene la facultad de repetir contra el funcionario que con su conducta dolosa o gravemente culposa hayan originado el daño. La Ley 678 de 2001, reglamenta la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través de la acción de repetición consagrada en el artículo 90 de la Constitución y 77 del Código Contencioso Administrativo.

El artículo primero de la ley 678 de 2000 regula la responsabilidad patrimonial tanto de los servidores y ex servidores públicos y de los particulares que desempeñen funciones públicas, contra quienes se repetirá a través de la acción de restablecimiento del derecho o llamamiento en garantía, en virtud de lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Nacional.

La acción de repetición se puede ejercer en contra del servido o ex- servidor público que con su conducta dolosa o gravemente culposa haya generado que el Estado tenga que indemnizar los perjuicios ocasionados ya sea mediante el pago de sentencias condenatorias, condenas, conciliaciones u otras formas de terminación del conflicto. En la práctica la Fiscalía las acciones de repetición son relativamente nuevas y según entrevistas con funcionarios de la Oficina Jurídica de la Fiscalía, sólo en los últimos seis meses se están adelantando las primeras 6 acciones de repetición¹⁷⁴.

La acción de repetición se intenta directamente por la persona jurídica (en este caso la Fiscalía) que se ve afectada por el pago de la sentencia condenatoria o de la conciliación, contra los funcionarios que dieron origen a la injusticia en un plazo no mayor a los seis meses siguientes al pago total o último pago de la cuota efectuado por la entidad pública. La acción de repetición caduca al vencimiento del plazo de dos años contados a partir del día siguiente al de la fecha del pago total efectuado por la entidad pública. Es importante destacar que ninguna entidad legitimada para hacer uso de la acción de repetición esta facultada para desistir de ella.

¹⁷² Ibid.

¹⁷³ Artículo 86 del Código Contencioso Administrativo.

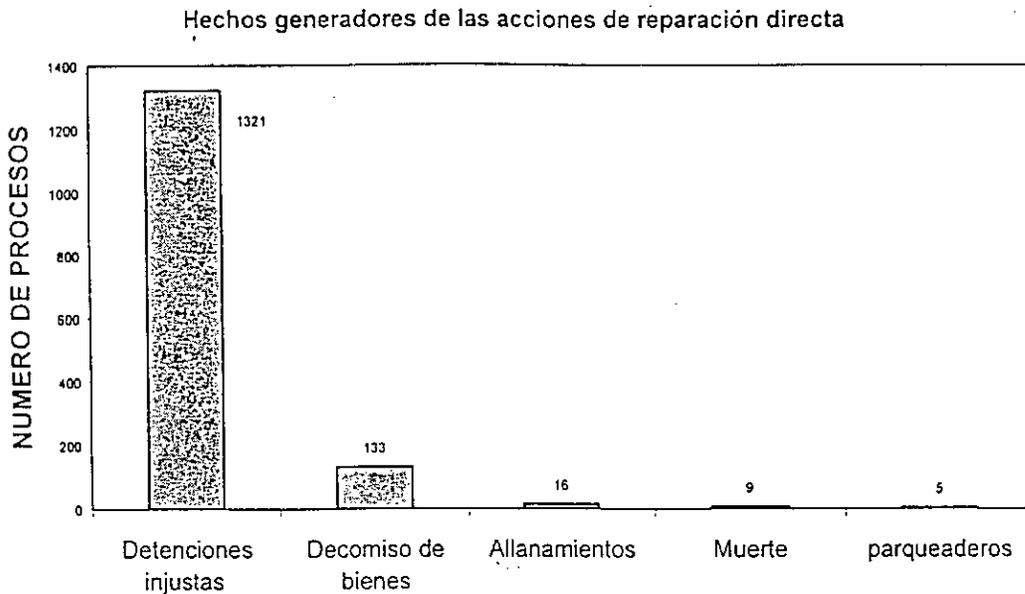
¹⁷⁴ Entrevista Personal, Funcionario Oficina Jurídica, Fiscalía General, 31 Enero de 2002.

b- Hechos generadores de las acciones de reparación directa

La información que se muestra a continuación fue suministrada por la oficina jurídica de la Fiscalía General, que es el departamento encargado de adelantar todos los procesos que se inician contra la Fiscalía a nivel nacional. La información analizada comprende todos los procesos activos de reparación directa que existen hasta la fecha, desafortunadamente estos no se discriminan por años.

El gráfico 5-2-1 muestra que el mayor número de acciones de reparación directa a causa de las detenciones arbitrarias impartidas por los fiscales representa el 75.8% (1,321 procesos) de la totalidad de las acciones contra la Fiscalía. Luego están los decomisos de bienes que son un 7.63% (113 procesos), y finalmente están las acciones por reparación directa por causa de allanamientos injustos que representan un 0.92% (16 procesos). El enorme número de acciones de reparación directa correspondiente a las detenciones injustas es un reflejo claro de la severidad del problema de las órdenes de captura arbitrarias que además de atentar contra los derechos fundamentales de los procesados están desangrando el patrimonio del Estado y por ende el de la Fiscalía.

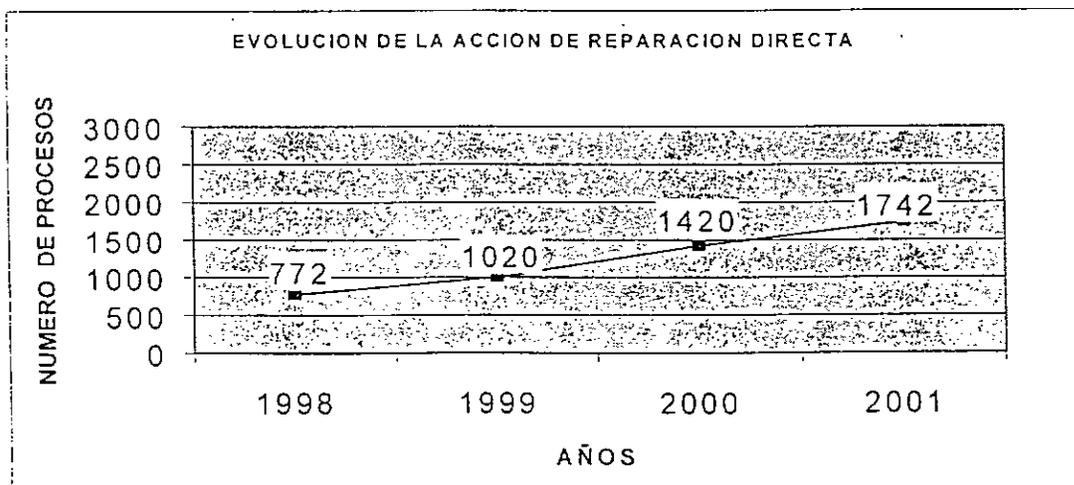
Gráfico 5-2-1



Fuente: Oficina Jurídica Fiscalía General de la Nación.

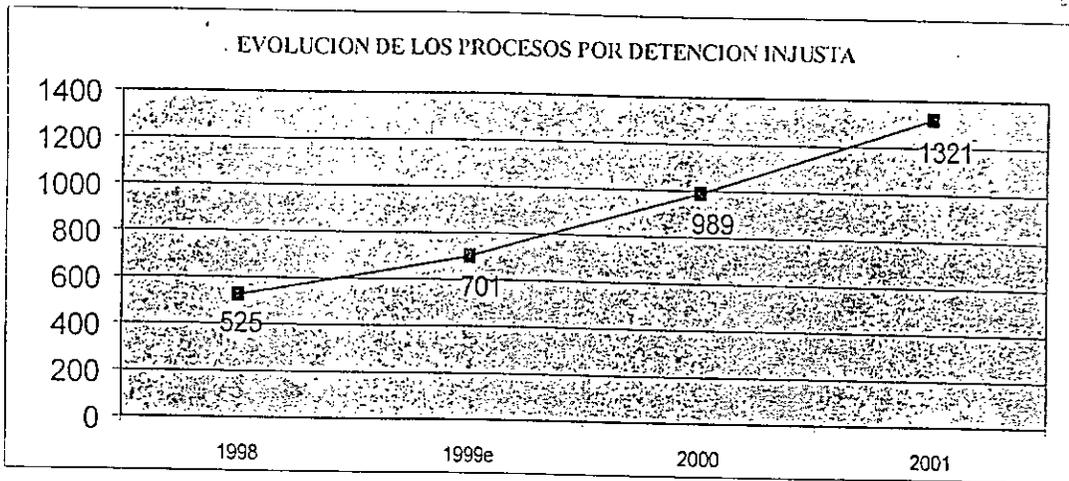
El gráfico 5-2-2 que se presenta a continuación demuestra la evolución que en los últimos años ha tenido la acción de reparación directa. Se puede observar un aumento de 32% en diciembre de 1999 con respecto al 1998, y un aumento del 39% en 2000 con respecto al mes de diciembre de 1999. Finalmente el año 2001 muestra un incremento del 23% con respecto al 2000. El aumento considerable de acciones de reparación directa permite corroborar la arbitrariedad con que la Fiscalía esta manejando el tema de las órdenes de captura.

Gráfico 5-2-2



Fuente: Oficina Jurídica Fiscalía General de la Nación.

Gráfico 5-2-3



Fuente: Oficina Jurídica Fiscalía General de la Nación.

El gráfico 5-2-3 muestra la tendencia de aumento del número de demandas por reparaciones directas a causa de detenciones injustas desde 1998. La oficina jurídica de la Fiscalía no proporcionó datos de demandas iniciadas por detenciones injustas para el año de 1999. Sin embargo teniendo en cuenta el número de casos presentados para el año de 1998 y el número de casos presentados para el año 2000 y 2001, se realizó una proyección con estos datos, de un número estimado de acciones que probablemente se pudieron realizar para ese año.

c- Costos de los procesos que se adelantan contra la Fiscalía General de la Nación.

A continuación se presentarán los cuadros en los que se relaciona el valor de las pretensiones invocadas en las demandas contra la Fiscalía, los pagos que tiene proyectados la Oficina Jurídica de la Fiscalía por concepto de pagos de sentencias condenatorias y acuerdos conciliatorios contra esta entidad, y la estimación de las cuantías de los procesos por reparación directa que se pagan cuando las pretensiones del procesado son favorables.

Cuadro 5-2-8
Valor de las pretensiones invocadas en las demandas contra la Fiscalía y pagos realizados.

	Valor de las pretensiones	Valor pagado	Valor dejado de pagar.
Conciliación Prejudicial	1.815.564.528.00	246.418.614.19	1.569.145.913.81
Conciliación judicial	1.630.361.540.32	455.352.360.08	1.175.009.180.24
Sentencias	9.722.161.323.84	3.721.170.872.41	6.000.990.451.43
TOTAL	13.168.087.392.16	4.422.941.846.68	8.745.145.545.48

Fuente: Oficina Jurídica Fiscalía General de la Nación.

Este cuadro muestra que aunque las pretensiones de los demandantes son bastante altas, existe una posibilidad de que la oficina jurídica logre reducirlas, por ejemplo mediante una conciliación. La conciliación es importante pues disminuye las sumas demandadas en beneficio no sólo del presupuesto de la Fiscalía, sino que logra una pronta resolución del

conflicto. Los elevados valores que alcanzan las indemnizaciones aunque sean considerablemente inferiores a los solicitados en las demandas, son preocupantes y llevan a corroborar otros argumentos expuestos en esta consultoría sobre la importancia de quitarle las funciones judiciales a la Fiscalía, en particular la de dictar órdenes de captura.

Cuadro 5-2-9

Sentencias con condena y conciliaciones con acuerdo de pago

Total de decisiones	Capital	Intereses adeudados	Valor estimado a pagar
68*	2,449,995,595.97	1,315,177,356.48	3,765,172,952.45

Fuente: Oficina Jurídica Fiscalía General de la Nación.

*De estas 68 decisiones 51 son por procesos de reparación directa, 11 por nulidad y restablecimiento del derecho, 5 por acción contractual y 1 por acción popular.

Como lo muestra el cuadro 5-2-9 hasta la fecha se debe una suma de \$3.765.172.952.45 por concepto de sentencias con condena y conciliaciones con acuerdo de pago. Si se miran las cifras del Presupuesto de la Fiscalía esta suma representa aproximadamente una cuarta parte de los gastos de inversión de la Fiscalía para el año 2000 que es de \$ 15, 395,000,000 millones de pesos (cuadro 4-7).

Cuadro 5-2-10

Cuantía en acciones de reparación directa ante Tribunal Contencioso (Primera instancia)

Número de Procesos	Cuantías (en millones de pesos)
1088	Menos de 100.000.000
360	Hasta 250.000.000
106	Hasta 500.000.000
52	Hasta 1000.000.000
61	Hasta 1000.000.000
102	Cuantías indeterminadas

Fuente: Oficina Jurídica Fiscalía General de la Nación.

*La cuantías indeterminadas son aquellas cuya pretensión esta sujeta al dictamen pericial que pide el actor al Tribunal.

Este cuadro revela un dato preocupante y es el hecho de que existan 102 procesos con cuantías indeterminadas. Si se tiene en cuenta que las estimaciones para los otros procesos son elevadas, el monto por determinar puede ser inmenso.

Cuadro 5-2-11

Total de procesos que se adelantan los Tribunales en contra la Fiscalía General de la Nación

Demandas Notificadas	Acciones de reparación directa	Acciones de nulidad y restablecimiento del derecho	Acciones contractuales	Ejecutivos	Conciliación Prejudicial	Otras acciones
2439	1742	635	12	4	35	11

Fuente: Oficina Jurídica Fiscalía General de la Nación.

6- Conclusiones

A pesar de la gravedad de la situación de las órdenes de captura, y de los costos humanos y económicos que esta arbitrariedad genera es importante destacar que por lo menos a nivel Bogotá, tanto en el CISAD, la Dra Oliva Torres, como en la Seccional de CTI, la Dra Juana Sánchez, y en la Oficina Jurídica de la Fiscalía General, la Dra Clara Ivy González, hay conciencia del problema. De hecho son las dos directoras de estas dos dependencias quienes por su propia iniciativa han decidido medir la magnitud del problema. No obstante lo anterior la solución de este problema no está solamente en manos de quienes dirigen las oficinas de sistemas, sino además en los fiscales y los jueces quienes dictan números excesivos de ordenes de captura y no notifican a las oficinas de registro sobre la cancelación de las mismas.

Los fiscales, en particular, se quejan del exceso de trabajo que tienen, no sólo por su carga laboral sino por el número de formularios que deben llenar para cumplir con la información estadística requerida por los diferentes sistemas existentes. Este que es un problema que indudablemente debe resolverse, no puede ser una excusa para atentar contra la libertad de aquellos individuos que alguna vez han tenido una orden de captura. El procedimiento de cancelación es sencillo, consiste en llenar un a casilla de unos formularios únicos de capturas, y enviarlos a las tres policías judiciales y a los centros de información SIAN que alimentan el CISAD. Esto le ahorraría a la Fiscalía y al patrimonio del Estado los costos económicos analizados por detenciones injustas, y a los capturados injustamente, los costos humanos y personales que puede generar una detención arbitraria. Al fiscal recurrente en la no cancelación de órdenes de captura, se le debe poner en evidencia y a todos los que no cancelen a tiempo sin justa causa se debe repetir fiscalmente contra ellos lo que paga el Estado.

Eventualmente se debe pensar seriamente en la posibilidad de quitarle a los fiscales las funciones judiciales, en particular las de detener a los procesados. Las detenciones injustas están desangrando económicamente el patrimonio público y afectando por ello el presupuesto de la Fiscalía. Esta razón económica de peso junto con los costos humanos y el pésimo manejo que se da a las órdenes de captura justifican pensar en trasladar esta facultad a los jueces, acercándose a un sistema más acusatorio. Como se discutió en el punto 2 de esta consultoría un sistema acusatorio es más garantista que uno de tendencia inquisitiva. El indicador de detenciones preventivas aquí analizado es una prueba contundente de las carencias de la Fiscalía actual en cuanto a las garantías de los procesados.

C- Pruebas técnicas

Este índice busca demostrar el impacto de la prueba técnica desde la creación de la Fiscalía. El incremento porcentual o la predominancia de la prueba técnica en los procesos penales puede incidir positivamente en la imparcialidad de la investigación penal ya que no se condenaría únicamente con base a pruebas testimoniales como ocurría en la mayoría de los casos antes de la existencia de la Fiscalía. Con esto no se esta asumiendo que la prueba testimonial no sea importante, lo que se quiere destacar es que las pruebas técnicas le pueden imprimir un grado importante imparcialidad a la investigación ya que en muchos casos son un complemento indispensable para llegar a la verdad.

La reconstrucción de los acontecimientos que hace el fiscal depende de sus fuentes de conocimiento para adquirir la convicción final sobre el tema de prueba correspondiente en cada proceso. Es por eso que dicho conocimiento se adquiere mediante el testimonio de los sujetos que conocieron directamente de los hechos, y de las demás pruebas que le permitan producir una decisión determinada¹⁷⁵. Los medios de prueba con los que cuenta el fiscal para tener una idea de lo que realmente sucedió son el testimonio, la confesión, la inspección judicial, los indicios, y las pruebas técnicas (que pueden ser necropsias, psiquiatría, grafología, balística, DNA, y química entre otras). En las pruebas técnicas los expertos aportan sus conocimientos científicos, técnicos, y artísticos. En algunos procesos el uso de pruebas técnicas es imperativo pues existen situaciones en las que el objeto de estudio no puede ser conocido sino por personas que tengan capacidades específicas en determinadas áreas de la ciencia¹⁷⁶.

La importancia del aumento de las pruebas técnicas como mecanismos de prueba al interior de un proceso penal, se deriva precisamente del sustento científico que estas poseen, frente al margen de error que se puede derivar si en una decisión de fondo, el fiscal hace uso únicamente de la prueba testimonial. Al ser el testimonio un medio de prueba que consiste en el relato que hace un tercero sobre el conocimiento que tiene sobre los hechos en general éste puede contener apreciaciones personales de quien ofrece su versión, en la medida en que el testigo puede precisar o aclarar las afirmaciones por él realizadas¹⁷⁷. Sin embargo la prueba testimonial mantiene como las demás pruebas una presunción de veracidad y credibilidad que puede ser desvirtuada con el conjunto de pruebas existentes en el proceso al momento en que sean valoradas por el funcionario que la recibe (fiscal o juez) para tomar decisiones de fondo en el proceso. Aunque se cumplan con los requisitos de eficiencia y validez para recepcionar el testimonio¹⁷⁸, éste puede ser ineficaz por carecer de fuerza probatoria ya sea por que no resulta pertinente, conducente o útil para demostrar el hecho, o por que contiene circunstancias subjetivas u objetivas que alteren la fidelidad de las percepciones o la memoria del testigo, o por la existencia de intereses personales o familiares del testigo en el litigio, entre otras.

En aquellas circunstancias en que el testimonio pueda tener características de percepciones subjetivas que puedan determinar el curso del proceso, es que es necesario recurrir a la prueba técnica ya que,

“Si al experto se recurre en demanda de un dictamen, consultando sus conocimientos especializados y útiles para el esclarecimiento de un determinado y esencial aspecto que trascienda a los hechos debatidos, la finalidad de esa prueba no se satisface con criterios o pareceres subjetivos propios de una opinión, sino mediante la invocación de los principios que rigen la científicidad o las reglas técnicas debidamente comprobadas y racionalmente aceptadas, que cotejadas frente al caso de duda, sustentan una satisfactoria, objetiva y comprobada respuesta, que se individualiza como solución¹⁷⁹.”

¹⁷⁵ Arenas, J.: 1996, p.40.

¹⁷⁶ Ibid.,145

¹⁷⁷ Parra, J. 1994: 3.

¹⁷⁸ Artículos 219, 220. C.P.C.

¹⁷⁹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Septiembre 30 de 1992

El incremento de la prueba pericial en el proceso penal es importante en la medida en que la pericia como medio de prueba, ofrece mayor credibilidad al ser un aporte de elementos técnicos y científicos que una persona versada en la materia realiza para dilucidar un asunto¹⁸⁰. Una prueba técnica puede impedir decisiones de fondo como resoluciones de acusación o sentencias condenatorias que pueden ser injustas por estar basadas únicamente en testimonios con supuestos equivocados sobre la ocurrencia de los hechos. Además, la prueba técnica desplaza el uso de presiones o torturas utilizadas en el pasado para obtener falsos testimonios. No obstante lo anterior es importante resaltar que la prueba técnica no es *per se* una garantía de imparcialidad, no sólo porque los peritos también se equivocan, o porque el fiscal puede darle un manejo equivocado a una prueba técnica, sino por que en muchos casos una prueba técnica puede llevar a convicciones erróneas, piénsese por ejemplo, en el publicitado juicio de O.J. Simpson en los Estados Unidos. Otro caso de la realidad Colombiana es el de una señora que en un corto periodo perdió a todas su familia cercana. Por sospechas entre la conexidad de las muertes y el vínculo de la única sobreviviente se exhumaron los cadáveres que se encontraban todos en el mismo cementerio. Al examinarlos todos presentaban rastros de cianuro. Se condenó a la señora y luego después de muchos años se encontró que en ese cementerio donde se hallaban sus parientes habían rastros de cianuro en las tierras del cementerio.

Una vez resaltada la importancia de la realización de la prueba técnica en el proceso penal, se mostrará el incremento que han tenido dichas pruebas desde la creación de la Fiscalía. En principio sólo se analizará el número y tipo de prueba técnica que realizan Medicina Legal y el CTI pues estas dos dependen de la Fiscalía, le primera porque esta adscrita a la Fiscalía desde 1991, y el CTI porque hace parte de la Fiscalía desde su creación.

1- Pruebas técnicas realizadas por Medicina Legal

El cuadro 5-3-1 a continuación muestra el aumento que ha tenido la prueba técnica desde 1992 hasta el 2000. Aunque el Instituto de Medicina Legal¹⁸¹ fue creado en 1915 no se cuenta con los datos estadísticos para los años 80, ya que sólo a partir de 1991 se creó el departamento de estadística¹⁸².

El objetivo del cuadro 5-2-1 es mostrar el aumento de la prueba técnica desde que se creó la Fiscalía. Como se puede observar la mayoría de las pruebas técnicas a nivel de Medicina Legal aumentan en la década de los noventa, en particular química y balística casi se duplican, los reconocimientos médicos, la biología, documentología, topografía y dibujo se duplican, toxicología y fotografía se triplican, y física se quintuplica. Desde 1999 se introducen otras pruebas técnicas como el DNA que aunque son todavía pocas en términos

¹⁸⁰ Parra, J. 1996: 4

¹⁸¹ El Instituto Nacional de Medicina Legal pasa a ser una entidad adscrita a la Fiscalía General de la Nación desde 1991 por disposición del artículo 27 transitorio de la Constitución Nacional. A pesar de lo anterior sólo en el año 2000 se verifica la presencia real de esta institución como parte integrante de la Fiscalía.

¹⁸² Entrevista personal con funcionario del Departamento de estadística del CNRV. Enero 28 de 2002.

numéricos en comparación con las otras pruebas técnicas, su participación e importancia no es insignificante.

Cuadro No 5-3-1- Pruebas Técnicas según
Medicina Legal a nivel nacional: 1991-2000

AÑO	Necropsias	Tasa de crecimiento Médicos	Tasa de crecimiento Psiquiátricos	Tasa de crecimiento Reconocimientos Médicos	Tasa de crecimiento	Balística	Tasa de crecimiento Toxicología	Tasa de crecimiento Estupefacientes	Tasa de crecimiento Biología	Tasa de crecimiento Dactiloscopia	Tasa de crecimiento Física	Tasa de crecimiento Documentología	Tasa de crecimiento Radiología	Tasa de crecimiento Topografía y Dibujo	Tasa de crecimiento Fotografía	Tasa de crecimiento Química	Tasa de crecimiento DNA	Tasa de crecimiento																	
1991	27,301	168,232																																	
1992	28,848	6%	171,249	2%																															
1993	34,184	18%	215,031	26%								20,323			11,210																				
1994	40,524	19%	271,789	26%	8,269	25,799	30,107	48,105	49,406	22,839	226	3,018	-85%	4,382	1,655	3,971	-65%	1,624																	
1995	38,853	-4%	312,189	15%	8,408	2%	25,616	-1%	63,995	113%	41,099	-15%	51,051	3%	22,839	226	3,018	-85%	4,382	1,655	3,971	-65%	1,624	363%											
1996	38,541	-1%	334,727	7%	8,601	2%	28,071	10%	38,974	-39%	48,386	18%	74,334	46%	21,556	-6%	448	98%	103,041	3314%	4,269	-3%	3,446	108%	11,344	186%	7,519	363%							
1997	37,764	-2%	359,654	7%	8,013	-7%	85,499	205%	78,157	101%	24,591	-49%	84,709	14%	20,049	-7%	606	35%	61,643	-40%	4,138	-3%	2,018	-41%	8,414	-26%	5,545	-26%							
1998	36,871	-2%	386,126	7%	8,677	8%	33,332	-61%	82,424	5%	27,588	12%	91,116	8%	25,696	28%	756	25%	43,481	-29%	3,865	-7%	1,822	-10%	3,212	-62%	2,293	-59%							
1999	37,639	2%	396,447	3%	8,548	-1%	53,162	59%	89,671	9%	23,347	-15%	93,327	2%	28,172	10%	777	3%	34,092	-22%	4,116	6%	3,348	84%	45,704	1323%	2,728	19%	406						
2000	37,795	0.4%	396,212	-0.1%	8,561	0.2%	54,965	3%	73,899	-18%	22,777	-2%	83,723	-10%	29,624	5%	1,153	48%	51,739	52%	3,671	-11%	3,235	-3%	37,477	-18%	2,432	-11%	235	-42%					
2001						48,956	81,289	20,441	85,591	22,023	1,144	50,731		2,798		39,882																			

Fuente: Medicina Legal.

Notas al cuadro No 5-3-1-:

*Los datos de 2001 son preliminares por eso no se calcula el crecimiento.

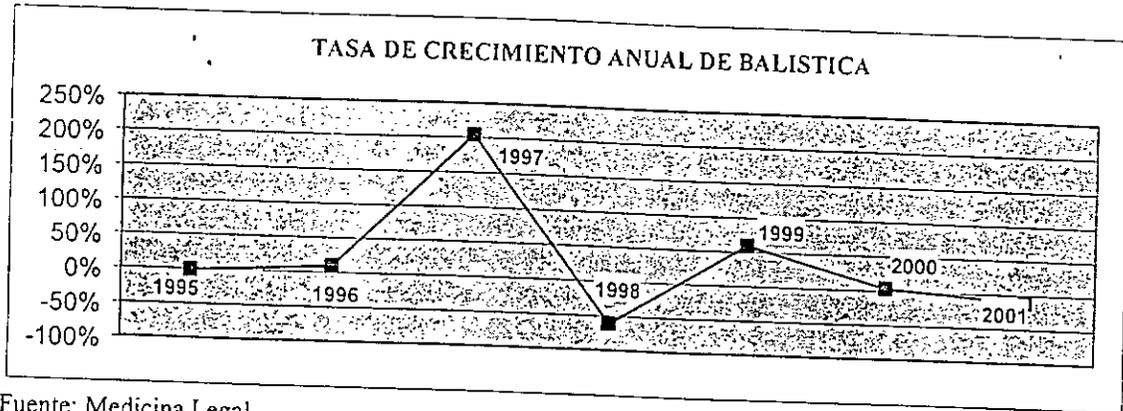
*El laboratorio de química en el año 2001 no realizó análisis de residuos de disparo, lo cual explica la forma de crecimiento negativo.

*Algunos de los porcentajes de crecimiento negativo se explican por el incremento inmenso de la práctica de algunas pruebas en un año determinado. La reducción en algunas pruebas también puede explicarse en la medida en que el CTI practica en la actualidad algunas de estas pruebas como se verá más adelante.

*El incremento en balística para el año de 1997 tiene que ver con la unidad de medida empleada para su estudio, pues aunque dicha unidad de medida es el análisis, para el año de 1995 y 1996 se empleo la unidad de estudio de casos, que resulta menor cuantitativamente a la de análisis.

A continuación se discriminan algunas pruebas técnicas realizadas por Medicina Legal para mayor claridad, y en algunos casos para explicar las desviaciones importantes que tiene la práctica de algunas pruebas.

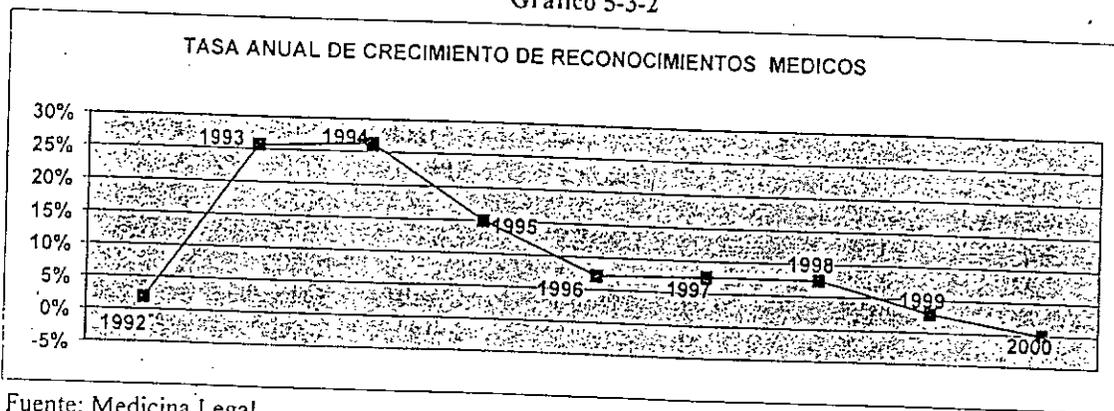
Gráfico 5-3-1



Fuente: Medicina Legal.

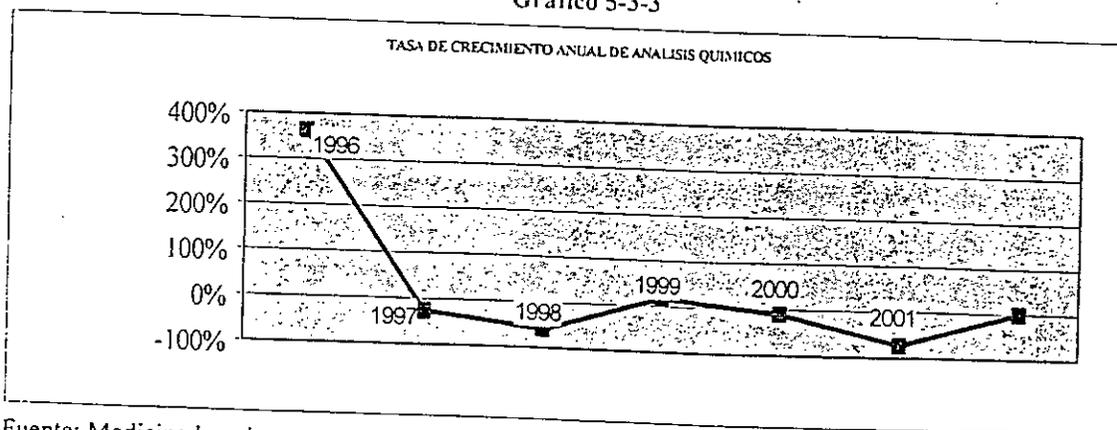
*El incremento en el crecimiento para el área de balística para el año de 1997 tiene que ver con la unidad de medida empleada para su estudio, pues aunque dicha unidad de medida es el análisis, para los años 1995 y 1996 se empleó la unidad de estudio de casos, que resulta menor cuantitativamente a la de análisis.

Gráfico 5-3-2



Fuente: Medicina Legal.

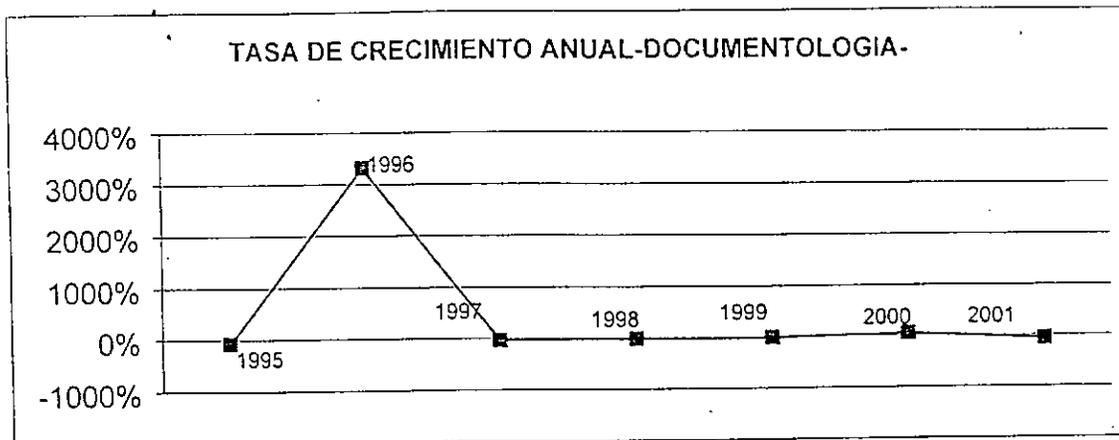
Gráfico 5-3-3



Fuente: Medicina Legal.

*El aumento de 1996 en el área de química se explica por el cambio de unidad de medida que hubo para 1995, año en el que dichas pruebas se tomaron como "casos estudiados". A partir de 1996 la unidad de medida es el "análisis", que es cuantitativamente mayor en relación con el número de casos estudiados.

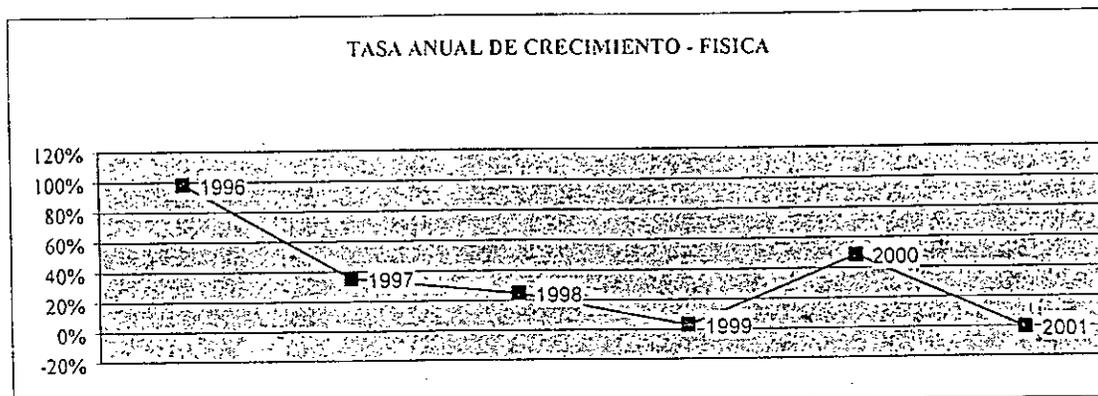
Gráfico 5-3-4



Fuente: Medicina Legal.

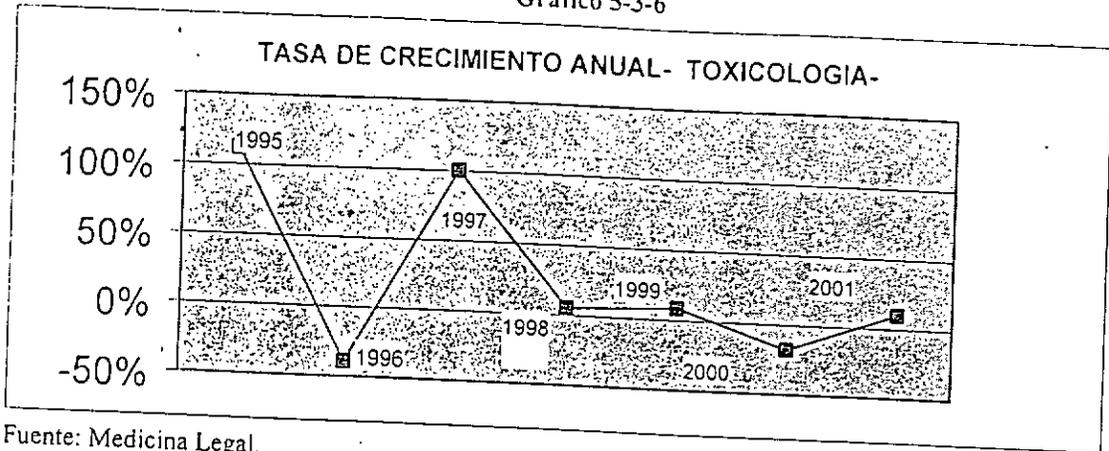
*El aumento para el año de 1996 se explica por que para el año de 1995 la unidad de medida fueron casos estudiados y a partir de 1996 se empleó la unidad de análisis.

Gráfico 5-3-5



Fuente: Medicina Legal.

Gráfico 5-3-6



Fuente: Medicina Legal.

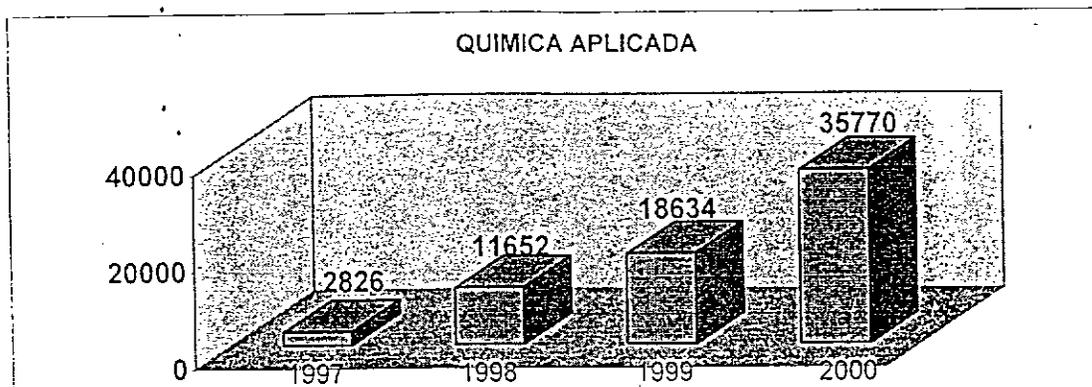
*El incremento para el año de 1997 en esta área probablemente se explica por la introducción de los nuevos formularios en los que se incluyeron nuevas variables de estudio.

2- Pruebas técnicas realizadas por el CTI

El CTI es el organismo de la Fiscalía General encargado de la averiguación, indagación, y en general de la búsqueda de los presuntos autores o partícipes de un hecho punible, ofreciendo soporte técnico- científico e investigativo. El CTI consta de la división criminalística y de la división de investigación. La división criminalística que es la que realiza las pruebas técnicas cuenta en todo el territorio nacional con 3 secciones nacionales, 5 laboratorios de investigación científica (LABICI), un laboratorio de investigación y especialización científica (LABIESCI), un laboratorio de referencia nacional y uno de genética forense. En los laboratorios especializados se practican pruebas tendientes a esclarecer los hechos materia de investigación que se encuentren a su cargo. El CTI realiza labores independientes o conjuntas con los demás miembros de la policía judicial y con el Instituto de Medicina Legal. Así el CTI tiene la posibilidad de practicar sus propias pruebas derivadas de la competencia que les ofrece el participar como cuerpo de apoyo del fiscal para la investigación en un proceso determinado. En otros casos, por ejemplo, el CTI puede realizar diligencias de levantamiento de cadáveres, pero sólo Medicina Legal tiene la competencia para realizar las respectivas necropsias.

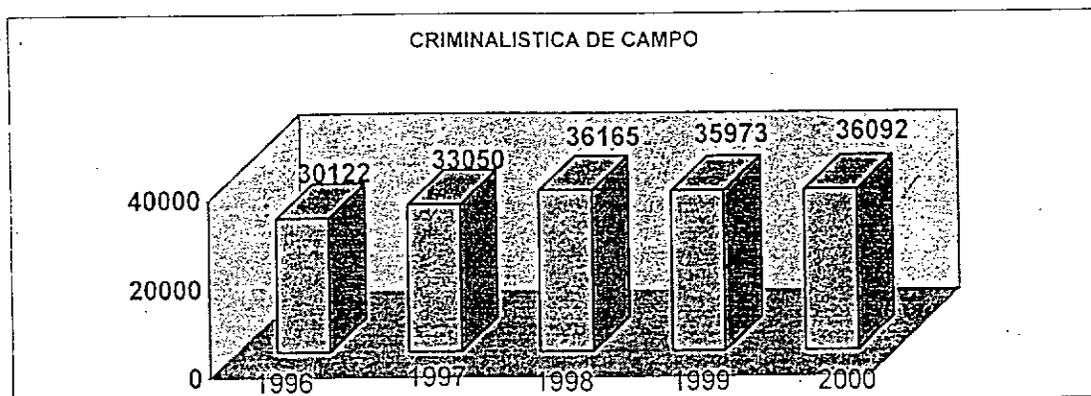
A continuación se presentan los gráficos en los que se muestra el número de pruebas practicadas por la división de criminalística del CTI a nivel nacional entre 1997 y 2000.

Gráfico 5-3-7



Fuente: División de Criminalística del CTI

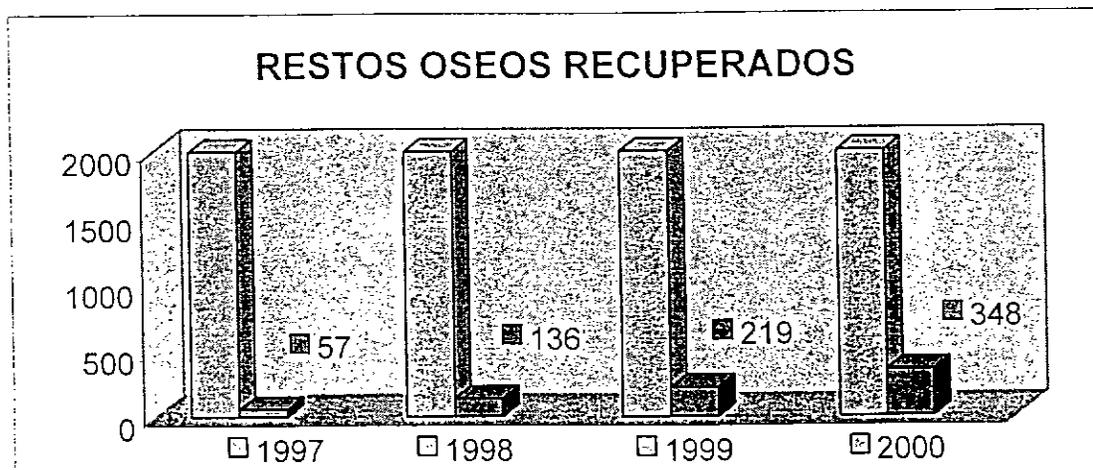
Gráfico 5-3-8.



Fuente: División de Criminalística del CTI

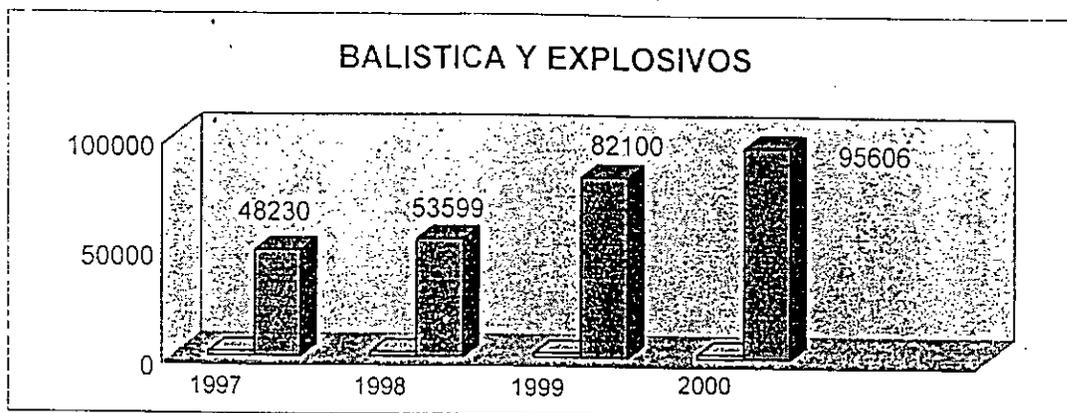
*La criminalística de campo es el levantamiento de cadáveres que realiza el CTI.

Gráfico 5-3-9



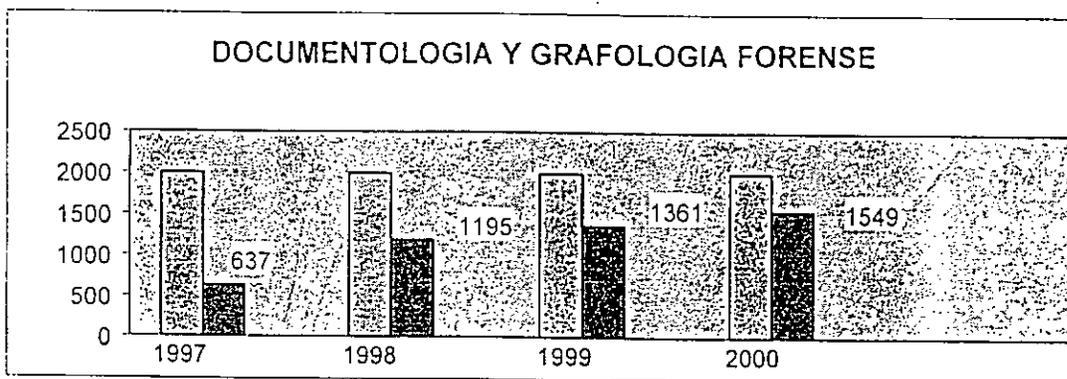
Fuente: División de Criminalística del CTI

Gráfico 5-3-10



Fuente: División de Criminalística del CTI

Gráfico 5-3-11



Fuente: División de Criminalística del CTI

Estos gráficos demuestran la manera como ha evolucionado la práctica de la prueba técnica por parte de la División de Criminalística del CTI. Si se comparan con las pruebas técnicas realizadas por Medicina Legal es claro que el CTI ha tomado la iniciativa en la práctica de ciertas pruebas técnicas sobrepasando a Medicina Legal como en balística (ver gráficos 5-3-1 y 5-3-10) y química (ver gráficos 5-3-3 y 5-3-7). También la División del CTI se ha especializado en áreas de la criminalística que no cubre Medicina Legal como son el área de restos óseos y explosivos.

3- Algunas conclusiones

- El aumento de la prueba técnica en la década de los noventa permite sugerir que existen mejores condiciones en la actualidad para practicar las pruebas técnicas que a principios de los noventa.
- La prueba técnica presenta un crecimiento importante desde la creación de la Fiscalía, independientemente de que dicho crecimiento se deba a esfuerzos propios de la Fiscalía, pues como se explicó, Medicina Legal sólo se integra realmente a esta entidad en el año 2000.

- Finalmente la prueba técnica puede ser en muchos casos garantía de imparcialidad en la investigación penal, no sólo porque es verificable por métodos objetivos, sino porque en contraste con la prueba testimonial, en este tipo de pruebas se disminuyen sustancialmente las posibilidades de manipulación.

D- Derechos fundamentales y Fiscalía

1- Tutelas contra la Fiscalía

Este índice busca mostrar si la Fiscalía afecta los derechos fundamentales de los procesados y por lo tanto si es arbitraria. Como primer índice de medida se usa la tutela ya que éste es el mecanismo judicial más eficaz, y hoy por hoy más popular, con el que cuentan los ciudadanos para proteger sus derechos.

La acción de tutela ha tenido gran impacto en el funcionamiento del aparato judicial pues desde su creación en la Constitución de 1991 se han interpuesto en el país más de 200.000 tutelas, logrando así que la protección de los derechos fundamentales halla adquirido mayor vigencia en Colombia¹⁸³.

Según un estudio realizado por García-Villegas y Rodríguez de 631 casos de tutela juzgados desde la creación de la Corte Constitucional, más del 21% de los hechos que dan origen a la acción de tutela tienen origen en la falta de respuesta a derechos de petición¹⁸⁴. En un segundo lugar se encuentran las tutelas en el área laboral con un 6,18% de personas que requerían el pago de salarios y un 3,33 % que invocó la tutela ante la declaración de insubsistencia y por despidos de sus puestos de trabajo.

En cuanto a los derechos solicitados, el 23,93% recurre a la tutela por vulneración al derecho de petición, el 16,32% por el derecho al trabajo, y un 12,84% de las tutelas se interpone por violación al debido proceso. Este porcentaje es significativo si se tiene en cuenta que el debido proceso es la principal garantía de que los procedimientos se efectuarán de acuerdo al principio de legalidad, no sólo en materia judicial, sino también en los procedimientos administrativos y disciplinarios.

El estudio también concluye que dentro de los diez principales tipos de personas que acuden a la acción de tutela están en primer lugar los trabajadores que alcanzan el 21.71%, en segundo lugar los representantes de menores de edad, y en tercer lugar las personas privadas de la libertad con un 4,75%. Las personas privadas de la libertad hacen uso de este mecanismo para recuperarla, exigir respeto por el debido proceso, y para obtener respuesta sobre los recursos que interponen ante fiscales y jueces¹⁸⁵.

En cuanto a los demandados más frecuentes se encuentran en primer lugar las alcaldías municipales con un 11,25%, los particulares en segundo lugar con un 8,24%, Cajanal con un 7,45% y en décimo segundo lugar se encuentran los jueces penales. Aunque la Fiscalía General no aparece dentro de las veinte entidades más demandadas, ello no implica que el porcentaje existente de tutelas presentadas en su contra no sea significativo, máxime si se

¹⁸³ Corporación Excelencia en la Justicia, 2001:55

¹⁸⁴ García Villegas 2001 y CIJUS 1995 en Corporación Excelencia en la Justicia, 2001: 56

¹⁸⁵ CIJUS 1995, en Corporación Excelencia en la Justicia, 2001: 57

tiene en cuenta que la Fiscalía es el organismo que se encarga de adelantar la fase de investigación y de acusar ante los jueces si existe mérito para ello, y por ello es inmensamente responsable del curso que tome el proceso penal.

Dada la responsabilidad que tiene la Fiscalía en el curso del proceso penal, a continuación se hará un muestreo sobre algunas de las sentencias de tutela interpuestas en contra de la Fiscalía General de la Nación que han sido revisadas por la Corte Constitucional. Se realiza una muestra de estos casos ante la imposibilidad de conocer el número total de tutelas impetradas en contra de la Fiscalía, pues aunque todas las decisiones de tutela llegan a la Corte Constitucional ésta sólo revisa las que considera más importantes, que representan aproximadamente el 1% del total de sentencias proferidas¹⁸⁶.

El cuadro 5-4-1 demuestra que los derechos más invocados por los procesados en las tutelas contra la Fiscalía son el debido proceso y el acceso a la administración de justicia. Vale la pena destacar que un número significativo de las tutelas estudiadas en revisión, son negadas, no por que la violación del derecho no se haya dado, sino por la existencia de otros mecanismos judiciales de defensa, que por ley deben agotarse antes de acudir a la tutela¹⁸⁷.

Las tutelas en las que se invoca el respeto por el debido proceso pueden ser negadas por la posibilidad de recurrir a otros mecanismos ordinarios de impugnación. Por ello es importante destacar que la negación de la tutela no implica necesariamente que los derechos invocados no hayan sido vulnerados sino que en muchos casos el derecho violado puede protegerse por la vía ordinaria que debe agotarse antes de recurrir al mecanismo de la tutela, a no ser que el actor sufra un perjuicio irremediable¹⁸⁸.

¹⁸⁶ Corporación Excelencia en la Justicia, 2001:56

¹⁸⁷ Decreto 2591 de 1991, artículo 6.

¹⁸⁸ Defensoría del Pueblo, 2000: 80.

Cuadro 5-4-1 Tutelas interpuestas contra la
Fiscalía General de la Nación por violación
a los derechos fundamentales de los
procesos, 1993-2000.

NUMERO	TUTELA CONTRA	DERECHO INVOCADO	DECISION PRIMERA INSTANCIA	DECISION DE SEGUNDA INSTANCIA	DECISION DE LA CORTE:
T-399/93	Fiscalía General de la Nación	Acceso a la administración de justicia	Concede la tutela		Confirma fallo de primera instancia.
T-494/93	Fiscalía Regional de Cali	Derecho a la vida, a un trato humano y no degradante y al debido proceso	Niega la tutela		Confirma el fallo de única instancia pero no por las razones expuestas en dicha providencia, sino por cuanto han cesado los hechos que motivaron al actor para impetrar la acción de tutela.
T-118/93	Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia	Debido proceso.	Niega la tutela	Confirma	Confirma, pero por otras motivaciones expuestas en la sentencia.
T-578A/93	Fiscalía Séptima Especializada de Parícutio	Debido proceso	Concede la tutela parcialmente	Confirma en cuanto a tutelar el debido proceso, pero revoca la decisión del a quo y ordena entregar el bien.	Confirma la decisión de la segunda instancia en cuanto tutela el derecho al debido proceso, pero revoca la orden de entrega del bien objeto de demanda.
T-512/95	Fiscalía General de la Nación	Derecho a la vida e integridad personal	Concede tutela		Confirma el fallo de primera instancia
T-324/95	Fiscalía Regional de Orden Público de Medellín	Debido proceso	Niega la tutela	Niega la tutela por ser presentada la impugnación de manera extemporánea.	Confirma la decisión de primera y segunda instancia.
T-194/97	Fiscal seccional delegado ante los jueces penales del circuito	Libertad y debido proceso	Niega la tutela		confirma la decisión del juez de primera instancia.
T-073/97	Fiscal delegado ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva.	Debido proceso y acceso a la justicia	Niega la tutela	Confirma	Confirma, pero por otras motivaciones expuestas en la sentencia
T-204/97	Fiscalía Cuarta Delegada ante el Tribunal Superior de Buga.	Derecho al debido proceso y a la doble instancia	Concede la tutela.	Revoca la decisión de primera instancia	Confirma la decisión de la primera instancia que concede la tutela.
T-132/97	Fiscalía Regional de Santa Fe de Bogotá D.C.	Debido proceso	Niega la tutela		Revoca la sentencia del fallador de primera instancia y tutela los derechos al actor.
T-504/99	Fiscalía General de la Nación	Debido proceso	Niega la tutela	Confirma la decisión de la primera instancia	Revoca las sentencias de primera y segunda instancia y tutela los derechos del procesado.
T-589/99	Fiscalía 63 delegada de la unidad quinta de vida y violencia intrafamiliar de Bogotá.	Derecho de defensa, debido proceso	Concede la tutela	Confirma parcialmente	Revoca la decisión de primera instancia y declara improcedente la tutela
T-553/2000	Fiscal 2ª. de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública	Debido proceso y defensa	Concede la tutela	Revoca la decisión de primera instancia	Revoca la decisión de segunda instancia, y concede la tutela.

Fuente: Sentencias de la Corte Constitucional.

*Las decisiones de tutela pueden o no tener dos instancias, dependiendo de si las partes apelan la decisión ante el juez superior, antes de ser enviada a la Corte Constitucional para que realice la revisión.

*La diferenciación realizada entre demandados contra fiscales o contra la Fiscalía General depende de contra quien dirige el actor la tutela.

*En los casos en los que se invoca el derecho a la vida se trata de testigos o de reclusos que pierden este derecho o lo consideran vulnerado por condiciones de seguridad o salud.

*Se revisaron casi la totalidad de las sentencias existentes en contra de la Fiscalía que llegaron a revisión de la Corte Constitucional.

2- Quejas contra la Fiscalía

Las tutelas ejercidas en contra de la fiscalía no son la única fuente que permite señalar a esta entidad como vulneradora de los derechos fundamentales de los procesados. Existe evidencia de un elevado número de quejas presentadas ante la Dirección Nacional de atención de trámites y quejas de la Defensoría del Pueblo.

Según el octavo informe del Defensor del Pueblo al Congreso para el año 2000, los diez derechos que registran mayor frecuencia de vulneración son el derecho a la salud en 2.625 oportunidades; el derecho de petición con 2041 casos y en noveno lugar se encuentra el debido proceso, la defensa y las garantías judiciales, con una frecuencia de 568 quejas para el año 2000. En el año 2000 también se recibieron 11 quejas por violación al derecho de acceso a la justicia, frente a sólo 4 quejas en el año de 1999¹⁸⁹. A pesar de que no se encontró un punto de comparación, el número de quejas recibidas no es insignificante: 568 quejas es una cifra preocupante de casos que no respetan las garantías judiciales de los procesados, si se tiene en cuenta que en Colombia la gente denuncia poco. Vale la pena analizar por qué se ha incrementado el número de quejas en contra de los fiscales y establecer responsabilidades al interior de la Fiscalía para sancionar a los responsables.

3- Conclusiones

Como en la mayoría de las variables analizadas en el punto 5 de esta consultoría vale la pena destacar que por lo incompleta de la información analizada, se trata sólo de definir un indicador y no de dar un dato estadístico. No obstante lo anterior, la muestra realizada permite concluir que aunque el porcentaje existente de tutelas que llegan anualmente a la Corte Constitucional contra la Fiscalía no es elevado en sí, en promedio de 2 a 4 casos por año, estas representan el 1% de las tutelas, es decir que aproximadamente entre 200 a 400 tutelas al año prosperarían contra la Fiscalía. El hecho de que existan tantas tutelas y quejas contra la Fiscalía resulta preocupante pues no es deseable que se presenten problemas de arbitrariedad en el ente encargado de efectuar la investigación y posterior acusación de los sindicados ante los jueces. Este tipo de actuaciones deslegitima el sistema en la medida en que no respeta los derechos de los procesados que ya de por sí se encuentran en una posición desventajosa frente a la Fiscalía.

¹⁸⁹ Defensoría del Pueblo, 2000: 71.

VI- RECOMENDACIONES PUNTUALES PARA ALCANZAR LA EXCELENCIA INSTITUCIONAL

La Fiscalía Colombiana es un híbrido de los dos modelos penales que operan en Occidente. Por ello tiene elementos de los sistemas acusatorios como la separación de la instrucción y el juicio desde la reforma constitucional de 1991 y conserva rasgos inquisitivos del sistema anterior a la reforma. Dada la opinión generalizada entre el público y algunos expertos sobre los problemas que ha generado este híbrido, el tema de quitarle las funciones judiciales a la Fiscalía se está planteando en diferentes foros desde que se creó la Fiscalía con la Constitución de 1991. Es más, académicos de reconocida trayectoria han tratado de demandar la inexecutable de las normas que regulan las funciones judiciales de la Fiscalía ante la Corte Constitucional, hasta ahora sin éxito¹⁹⁰. Aunque existen diferentes tipos de intereses en la reforma de la Fiscalía, en particular intereses políticos, como sucedió en el proyecto de reforma de la Fiscalía archivado en Octubre de 2001 en el Congreso, entre los reformadores hay muchos sin otros intereses particulares que mejorar la administración de justicia penal y darle mayores garantías a los procesados. La importancia del debate a nivel académico o profesional sobre la reforma de la Fiscalía es que de alguna manera este ha permeado el debate político, como se observa en la descripción de las motivaciones de los proyectos del Congreso.

El nivel de impunidad, la poca eficiencia y la arbitrariedad de la Fiscalía son las críticas centrales que le hacen los reformadores a la Fiscalía. Por ello estos temas constituyen el punto de partida de esta Consultoría en el análisis tanto teórico como empírico de la Fiscalía. A continuación se harán unas recomendaciones puntuales para alcanzar la excelencia judicial en la Fiscalía:

A- Consideraciones teóricas sobre las bondades de un sistema acusatorio más ortodoxo

- Desde un punto de vista teórico acercarse a un sistema acusatorio más ortodoxo trae inudables ventajas para superar algunos de los problemas prácticos de arbitrariedad ocasionados particularmente por el manejo indiscriminado y peligroso que le están dando hoy en día los fiscales a las órdenes de captura. La literatura nacional y comparada demuestra ampliamente que algunas características de los sistemas acusatorios, como la separación de las facultades jurisdiccionales e investigativas entre los jueces y los fiscales garantizan mayor imparcialidad. Esto de por sí ayudaría a legitimar la Fiscalía, que dejaría de ser percibida como un ente todopoderoso y autoritario. El argumento de que el juez puede también abusar de sus poderes judiciales, que esgrimen quienes no ven las bondades de la separación de funciones, desaparecería no por que los jueces sean por naturaleza más imparciales que los fiscales sino porque la concentración de funciones genera incentivos perversos para el abuso que deben ser eliminados, y esto se logra al separarlos.
- Existe temor entre muchos fiscales y funcionarios de la Fiscalía en el sentido de que al quitarles las funciones judiciales a los fiscales la investigación penal se estancaría ya

¹⁹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C- 609de 1996.

que los jueces serían intimidados o sobornados y ninguno sería capaz de dictar medidas de aseguramiento contra la criminalidad organizada. Si bien esto puede ser cierto, la solución no consiste en eliminar la garantía judicial de libertad, sino más bien de mejorar la seguridad de los jueces. Como lo expone Uprimny, si la tesis es que ningún juez es capaz de dictar una medida de aseguramiento porque lo pueden asesinar, entonces tampoco podría dictar una sentencia condenatoria porque lo asesinarían dos veces.

- Otra de las bondades de los sistemas acusatorios es que entre estos existen diversas modalidades (ver por ejemplo, las diferencias entre los sistemas acusatorios de Italia y Estados Unidos), lo cual permite adoptar en Colombia aquellos principios acusatorios que mejoren la problemática particular de Colombia. Esto significa que se debe preservar la autonomía e independencia adquirida y por ello la Fiscalía debe mantenerse en la rama judicial. Se puede pensar también en que conservar entre los fiscales la facultad de dictar órdenes de captura u ordenar allanamientos excepcionalmente, con control posterior de un juez, en casos en que las circunstancias extraordinarias del país así lo requiera, piénsese por ejemplo en una zona de conflicto en donde el nivel de intimidación contra un juez sea insuperable. Adicionalmente se puede prescindir de los jurados de conciencia que en un país en guerra como Colombia podrían ser fácilmente amedrentados o sobornados, y esto tampoco desnaturalizaría la esencia del sistema acusatorio.
- Aun cuando en el tema de la eficiencia existen algunas dudas sobre las bondades de los sistemas de tendencia acusatoria, es bastante probable que al eliminar las funciones judiciales de los fiscales se mejore la eficiencia investigativa. De un lado, la concesión de facultades judiciales a los fiscales comporta una judicialización de la fase sumarial del proceso penal que obstaculiza las investigaciones. Esto significa que se le da demasiado peso a la fase investigativa donde se establecen por escrito las responsabilidades sacrificando la etapa oral del juicio donde en principio se deben producir y controvertir las pruebas de manera pública y concentrada. Darle mayor peso a la audiencia pública y al juicio oral no sólo agilizaría el proceso penal en términos de tiempo, sino que generaría mayor transparencia y participación ciudadana, dos condiciones esenciales para que el proceso penal defina su curso más rápidamente. De otro lado, está el argumento que sostiene que la concentración de funciones investigativas y judiciales desnaturaliza la labor de la Fiscalía pues las funciones y destrezas para ser un buen investigador (la eficiencia) son incompatibles con aquellas propias de quien ejerce el control judicial (la imparcialidad). El buen juez es difícilmente un buen investigador y viceversa. Finalmente, un último argumento ligado al anterior, es que la concentración de funciones que tienen los fiscales evita que se especialicen en su función investigativa, y se generan entonces dos tipos de fiscales: fiscales audaces y eficientistas que pueden abusar de sus poderes para llegar a la verdad, y fiscales garantistas que se inhiben en sus investigaciones por temor a afectar su imparcialidad. La especialización ayudaría a resolver estos problemas.
- En cuanto al proceso de reforma de la Fiscalía actual, dado que los principios constitucionales de la Constitución de 1991 son lo suficientemente flexibles para avanzar hacia un sistema más acusatorio, no se requeriría necesariamente de una reforma constitucional. Además en el ordenamiento penal actual ya existen algunos

elementos de los sistemas acusatorios, por ejemplo el juicio oral. Sólo bastaría volverlo la regla general. Un proceso de reforma no constitucional tiene la ventaja de que en el debate no se articulen otros intereses y se desnaturalice el objeto de la reforma. De todas maneras se recomienda que cualquier reforma que se lleve a cabo sea gradual. Además para que la reforma genere efectos positivos debe ir acompañada de una verdadera política criminal de Estado y de la reestructuración de la Defensoría Pública para lograr un equilibrio entre la acusación (a cargo de la Fiscalía) y la defensa en el proceso penal (a cargo de la Defensoría). Al “quitarle¹⁹¹” al fiscal la obligación actual de investigar lo favorable al procesado debe necesariamente fortalecerse la Defensoría.

B- Reformas a los Códigos Penales actuales

- Los nuevos Códigos Penal y de Procedimiento Penal (C.P. y C.P.P. 2000) que entraron en vigencia en Julio de 2001 no cambiaron mucho la legislación penal existente pues en general mantuvieron los lineamientos inquisitivos de los códigos derogados. En consecuencia una primera recomendación, en caso de que se reforme la Fiscalía, es reformar nuevamente estos códigos para introducir disposiciones tendientes a implementar un sistema más acusatorio.
- No obstante lo anterior, si no se reforma la Fiscalía, deben hacerse algunas modificaciones a los nuevos códigos. Entre los cambios en las conductas punibles introducidos por estos códigos hay uno que afecta directamente la eficiencia de la Fiscalía y es el hecho de que las contravenciones hayan vuelto a ser competencia de la Fiscalía. Dado que las contravenciones representan el 80% de la totalidad de los procesos que ingresan a los juzgados penales en la actualidad, esta situación congestiona enormemente la Fiscalía. Se sugiere que la Fiscalía proponga una contra reforma para devolver las contravenciones a entidades administrativas o policiales. La idea es que estas agencias tengan competencia, según su especialización, de los diversos tipos de contravenciones de manera que puedan resolver estos asuntos con mejor conocimiento de causa y mayor prontitud. Otra razón de peso para trasladar la competencia de las contravenciones a agencias administrativas o policiales es que no debe desgastarse el aparato de la Fiscalía en la investigación de delitos menores. En derecho comparado la tendencia penal moderna es contraria a la judicialización de delitos de menor impacto (o contravenciones) por las razones expuestas.
- En cuanto a aspectos positivos introducidos por los nuevos códigos que deben aprovecharse está la posibilidad de inadmitir denuncias sin fundamento. Esta opción, que constituye una tímida introducción del principio de oportunidad, debe utilizarse para no desgastar el aparato de la Fiscalía en hechos infundados o temerarios. Si este mecanismo de inadmisión no se usa arbitrariamente puede contribuir a la eficiencia penal. Por ello se sugiere que internamente la Fiscalía diseñe mecanismos claros y objetivos para el proceso de inadmisión de denuncias.
- Para mejorar la imparcialidad de la Fiscalía se introdujo en el nuevo Código una disposición que exige que las medidas de aseguramiento sólo proceden cuando existan dos (2) indicios graves. Si lo que se quiere es mayor imparcialidad se recomienda en este punto introducir una reforma que exija una prueba de responsabilidad para que

¹⁹¹ Se dice “quitarle” entre comillas por que en realidad este supuesto raramente se cumple.

proceda cualquier medida de aseguramiento, independientemente de si esta función se radica en los jueces.

C- En cuanto a la eficiencia

- Desde un punto de vista práctico la ineficiencia y el nivel de impunidad de la Fiscalía son discutibles como se analizó en detalle en el punto 5 de esta Consultoría. Por un lado, los datos de productividad existentes difieren, no solo porque algunos son susceptibles de interpretarse subjetivamente como toda estadística - por ejemplo, casos de preclusión por falta de pruebas pueden o no ser reactivados, y por ende pueden interpretarse de dos maneras (como generadores de impunidad o como decisiones de fondo del proceso)- sino por que la información está incompleta. Esto explica porque existen análisis tan disímiles sobre el grado de impunidad existente para los mismos periodos, por ejemplo, los datos de Cider (2000) difieren ampliamente de las mediciones realizadas tres años antes por la Comisión de Racionalización del Gasto y las Finanzas Públicas (1997). (Ver cuadro 4-1 p. 39).
- Dada la diferencia enorme entre las cifras existentes en cuanto a eficiencia e impunidad en la Fiscalía y dadas las implicaciones tan perversas que mediciones erradas pueden generar en el funcionamiento de la justicia penal (por ejemplo, en cuanto a la credibilidad y a la participación del público en el proceso penal y en el diseño de la política criminal) se recomienda como primer punto de partida que la Fiscalía lidere, a partir de la fecha, un proceso de mejoramiento interno que parta del manejo que le da a la información del proceso penal, y que luego se extienda este proceso a los juzgados penales para completar la información y poder tener cifras reales y confiables sobre el nivel de impunidad existente.
- La propuesta que hace esta consultoría para lograr este proceso es delimitar las definiciones de impunidad y establecer una metodología para calcularla, y de esta forma empezar a partir de la fecha, a consolidar unas estadísticas confiables sobre un tema tan controvertido. Se sugiere primero, definir las posibles actuaciones (es decir, las decisiones de los fiscales y los movimientos de los procesos) de la Fiscalía en el proceso penal en las dos etapas que le conciernen, investigación previa e instrucción. Para mayor claridad, se hizo un esquema de las posibles decisiones que se dan en el proceso en las fases mencionadas (en gris en el Gráfico 4-1, p. 39). A partir de estas decisiones, se sugiere definir cuáles de éstas dan lugar a impunidad según criterios que también establece esta consultoría. Finalmente, se recomienda establecer un sistema de verificación de la fuente interna que provee la información a ese sistema, por ejemplo que haya un a persona dentro de cada unidad de la Fiscalía encargada de alimentar este sistema diariamente con los movimientos de los procesos de su competencia. Esto sería posible pues hoy en día existe un alto porcentaje de unidades sistematizadas y también un tiempo ya determinado en que el Fiscal tiene la labor de llenar toda la información sobre sus procesos pero en formatos en papel. Sería importante crear un incentivo para que esta red de información se mantenga al día, con cobertura y confiabilidad total.
- Criterios para definir los diferentes tipos de impunidad: Con estos se busca llegar a un acuerdo sobre como definir la impunidad. Esta consultoría propone un esquema como punto de partida para la discusión inicial. Se parte del supuesto de que aunque la impunidad tiene varias acepciones, como la impunidad social o cifra negra que en Colombia oscila entre el 70 y 80%, la que realmente depende del comportamiento de la

Fiscalía es aquella que se judicializa o se debería judicializar porque llegó a su conocimiento y procede la acción penal. Esta impunidad judicial se examina de las siguientes tres maneras: En primer lugar, está la impunidad pre-judicial. Esta se da cuando un hecho denunciado o conocido por la Fiscalía no se judicializa cuando en verdad se trataba de un delito y existe un posible responsable. Este tipo de impunidad es muy difícil de medir pues no existe en la actualidad un registro sistemático en la Fiscalía de todas las denuncias que llegan a su conocimiento.

En segundo lugar, está la impunidad relativa que es aquel movimiento del proceso penal que se da sin que se haya realizado una investigación de fondo por parte de la Fiscalía, pero el proceso sale de la competencia del fiscal o de la Fiscalía. Como se puede observar en el gráfico 4-1, existen tres tipos de terminación atípica en las etapas de investigación preliminar y de instrucción a cargo de la Fiscalía, la suspensión por no identificación del responsable (esta figura fue derogada por el C.P.P. 2000), la reasignación dentro de la Fiscalía y el desistimiento, que se clasifican como impunidad relativa. Aún cuando en algunos casos estas terminaciones atípicas no generan impunidad, por ejemplo, cuando en una reasignación de competencia el proceso pasa a manos de otro fiscal y este lo resuelve dentro de los términos legales, o en un desistimiento acordado libremente por las partes, en otros casos sí se genera impunidad, por ejemplo, un cambio de competencia que dilata los términos y el proceso acaba prescribiendo, o en el caso de un desistimiento acordado por presiones de represalias contra la víctima que desiste. Por esta razón, en este tipo de terminaciones se habla de impunidad relativa, ya que no siempre la terminación atípica es responsabilidad de la Fiscalía.

En tercer lugar, está la impunidad absoluta. Esta se da principalmente cuando los delitos que se judicializaron se quedan sin resolver por que prescriben por vencimiento de los términos legales establecidos.

Dada la carencia de metodología para medir la impunidad se han dado estudios con resultados tan diversos como los que se muestran en el cuadro 4-1 (p.42). En este sentido, se sugiere dividir las decisiones de la Fiscalía en cuatro salidas: primero, las **salidas con decisión de fondo**, que son pronunciamientos donde el fiscal resuelve el asunto investigado y el proceso sale efectivamente de la Fiscalía. No hay lugar a impunidad y las terminaciones de procesos son: apertura de instrucción, autos inhibitorios, conciliación, cambio de competencia fuera de la Fiscalía, indemnización, resolución de acusación, preclusión por falta de mérito o antes de calificación, sentencia anticipada, audiencia especial y mixta ejecutoriada. Segundo, las **otras salidas** son aquellas que no implican decisiones de fondo por parte del fiscal. Algunas pueden clasificarse simplemente como salidas administrativas: el desplazamiento a segunda instancia y los impedimentos y recusaciones. Otros como la revocatoria de apertura de instrucción son movimientos de un proceso que ni son salidas administrativas, ni decisiones de fondo. Tercero, la **impunidad relativa** se daría en el caso del desistimiento por los efectos de cosa juzgada – se renuncia definitivamente a la iniciación de una acción penal y civil futura- y de la reasignación de procesos dentro de la Fiscalía. Finalmente, la **impunidad absoluta** se daría por la prescripción de los tiempos procesales.

- Por último, se propone establecer un registro sistemático de todas las denuncias que llegan a la Fiscalía, y de los procesos que esta conozca de oficio. Esto se puede hacer creando un sistema para centralizar la información sobre denuncias a nivel nacional similar a CISAAD. Las bondades de este registro para la Fiscalía son muchas. En primer lugar su credibilidad y por consiguiente, su legitimidad aumentaría, ya que el público sabría porque no se investigan denuncias hechas ante la Fiscalía (se sabe que existen denuncias temerarias, infundadas o simplemente imposibles de investigar). Si estas particularidades se registran, la Fiscalía puede dar explicaciones sobre lo que entra y nunca sale, porcentaje que algunos estudiosos del tema califican como del orden del 90%, es decir, que hoy en día se percibe que sólo una de cada diez denuncias que llegan a la Fiscalía se investigan. En segundo lugar, el registro y el análisis de denuncias genera transparencia. Finalmente, y en el mismo nivel de importancia, mediciones confiables llevan a poder implementar políticas eficientes y justas. Todo esto es beneficioso para la Fiscalía.

D- En cuanto a los Sistemas

- El análisis de la problemática de la eficiencia de la Fiscalía presentado en esta Consultoría refleja las dificultades propias de las estadísticas judiciales en Colombia, es decir, la falta de cobertura, problemas en las fases de recolección y acopio de información, deficiencia en la comunicación con las fuentes primarias, falta de personal dedicado a la administración y mantenimiento de los sistemas de información, carencia de recursos tecnológicos, problemas de licenciamiento de software, falta de recursos para la compra de hardware, y sobretodo, una falta de cultura estadística en los funcionarios de la rama judicial¹⁹². Esta falta de cultura estadística, que quizás no es responsabilidad única de los funcionarios judiciales, proviene del entendimiento errado de que estadística es sinónimo a medición del desempeño del funcionario. Se dice que no es responsabilidad única de los funcionarios porque parte de las políticas que se han adoptado para mejorar la justicia en Colombia han sido enfocadas a medir el rendimiento o producción cuantitativa de cada funcionario, y no de la calidad de sus decisiones, ni del funcionamiento global de la investigación en el caso de la justicia penal. Estos incentivos han resultado perversos pues se han sacrificado investigaciones difíciles por unas de fácil resolución, y esto ha aumentado la impunidad en delitos que realmente requieren investigación penal, y con ello los niveles de violencia existentes.
- La Fiscalía no es ajena a esta problemática como lo han analizado algunos expertos y como se pudo detectar en el trabajo de campo realizado por esta Consultoría. Esta cita resume en parte las dificultades existentes en la Fiscalía:

"La relación entre la informática y la gestión organizacional surge de observar que la información oportuna, aunque necesaria, no es suficiente para una efectiva administración. Es primordial, y de hecho un pre-requisito, que la estructura de los procesos que constituyan el quehacer organizacional sea la adecuada. Muchas de las fallas presentadas por los sistemas de información desarrollados en diversas organizaciones, incluyendo las judiciales, se han debido que el sistema de información se diseña, desarrolla e instala sobre una organización disfuncional. En

¹⁹² Corporación Excelencia en la Justicia. (2001) Informe de Resultados

estos casos lo que se logra es una efectiva sistematización de la disfuncionalidad de la organización¹⁹³.”

- En la Fiscalía existen en la actualidad 14 sistemas de información que además de las falencias antes mencionadas no se retroalimentan entre ellos, y algunos de los cuales ni siquiera son sistemas, sino más bien cuadros aislados que no permiten ni el análisis de la situación actual, ni el diseño de políticas para corregir los problemas y mejorar la investigación penal (por ejemplo la Oficina de Protección de Testigos). Además según se pudo detectar no existe claridad entre muchos fiscales y algunos directores acerca del papel que pueden jugar los sistemas de información en la toma de decisiones y en el mejoramiento de la investigación penal, y por lo tanto hay un descuido generalizado en esta materia. A pesar de que se sale del ámbito de esta consultoría y de mi área de experticia, una sugerencia esencial para lograr la excelencia institucional de la Fiscalía consiste en la necesidad de conformar un sistema integrado de estadísticas en la Fiscalía compatible con los sistemas de la rama judicial, en particular con los jueces a través del Consejo Superior de la Judicatura, y en general con todas las agencias que tienen relación con la justicia penal, como serían Medicina Legal, DAS, INPEC, ICBF, Policía Nacional, los organismos de control, las dependencias del Ministerio de Defensa que se relacionan con este tema, etc.
- En lo relativo a esta Consultoría, el alcance de los objetivos inicialmente propuestos, tuvo que transformarse para adaptarse a las falencias en la obtención de la data. Esto por sí mismo, es muy interesante, pues llevó a “desenmascarar” una problemática que todos conocen, y a muchos les preocupa, pero sobre la cual nadie ejerce el liderazgo: el diseño de un sistema único e integrado de información. Sobre este tema la Corporación Excelencia en La Justicia ha realizado ejercicios valiosos que vale la pena examinar para ayudar a su implementación¹⁹⁴. Valdría la pena que la Fiscalía ayude a liderar estos procesos de integración o por lo menos que no dejara que se entierren. Un funcionario de la Fiscalía que pidió no ser identificado resume muy bien la situación actual: “En la Fiscalía no hay políticas, ni procedimientos, ni seguimiento, ni control. Existen datos pero no información¹⁹⁵.”

E- En cuanto a la imparcialidad

El grado de imparcialidad de la Fiscalía, como la ineficiencia, también es discutible. No obstante, en tres de los cuatro indicadores analizados se encontraron signos preocupantes que comprometen la imparcialidad de la Fiscalía.

1-Autonomía de los fiscales

- La carencia de autonomía e independencia jurisdiccional y administrativa de los fiscales delegados afecta su imparcialidad. Aun cuando la Constitución y la jurisprudencia consagran la autonomía total de los fiscales en sus decisiones, la ley penal trae unas disposiciones que permiten interferencias directas y discrecionales sobre los procesos que llevan los fiscales por parte de sus superiores jerárquicos a través del proceso de

¹⁹³ Reyes Alvarado, A y E. Ramirez: 1998.

¹⁹⁴ Corporación Excelencia en la Justicia. Taller de Estadística, 11 Diciembre 2001.

¹⁹⁵ Entrevista personal, Diciembre 2001.

reasignación. Esta situación puede generar arbitrariedades y en cuanto a percepción pública le hace mucho daño a la Fiscalía (por ejemplo el caso de Planiep). Dado el porcentaje tan elevado de reasignaciones de procesos en la Fiscalía (entre el 23 y el 26% en las dos etapas del proceso en la Fiscalía en el 2000) y dada la inexistencia de criterios claros de reasignación al interior de la Fiscalía, se recomienda establecer unos criterios objetivos para la reasignación de procesos en la Fiscalía sea transparente. Esto permitiría superar cualquier viso de arbitrariedad tanto al interior como la exterior de la Fiscalía. Esta labor se puede cumplir mediante la expedición de una resolución por parte del Fiscal General en la que establezca unos criterios objetivos de reasignación de procesos.

- Otra variable que interfiere en la autonomía de los fiscales es la carrera judicial en la Fiscalía. Dadas las bondades de la carrera en cuanto a la imparcialidad de los fiscales es muy importante que se implemente la carrera en la Fiscalía. No obstante, en el decreto que implementa la carrera se habla de que se calificará a los funcionarios de acuerdo a su desempeño y se mencionan criterios como la cantidad de producción por fiscal. En este punto se recomienda tener cuidado con el criterio “la cantidad de producción” que en el pasado ha generado arbitrariedades contra algunos funcionarios judiciales, pues el número de procesos resueltos por funcionario no puede ser una determinante aislada de su calidad, ni de la finalidad misma de la carrera en la Fiscalía. Este criterio además puede sacrificar la resolución de procesos difíciles pues para cumplir con la meta cuantitativa el fiscal preferirá investigar casos “ya resueltos” o delitos de menor impacto social. También puede ocurrir que este incentivo conlleve a que se dicten más autos inhibitorios para bajar la carga laboral. Por ello se recomienda revisar este criterio y establecer más claramente incentivos basados en criterios de calidad para el ingreso y permanencia en la carrera.
- Otro punto relacionado con la carrera es que aun cuando esta puede presentar ventajas para la estabilidad laboral de los fiscales y por el tipo de incentivos que se generan, y la no injerencia personal o política en sus nombramientos, para mejorar la calidad de sus decisiones, los criterios diseñados para ingresar, permanecer o ascender a los cargos de carrera deben ser públicos, abiertos, justos, transparentes y objetivamente diseñados. Además debe implementarse conjuntamente un sistema de formación continua adecuada para que los funcionarios se sigan capacitando una vez ingresan a la carrera. Sin esto último la carrera se puede convertir en un lastre para la Fiscalía.

2-Ordenes de captura

Los indicadores de imparcialidad analizados, en particular, el de las órdenes de captura, sugieren claramente que por lo menos esa función judicial de los fiscales debe limitarse en el corto plazo, pues no solo es cierto que el mejor investigador (el fiscal) no es necesariamente el mejor garante de los derechos fundamentales del sindicado, sino que en la práctica, como se demostró ampliamente en el punto 5, los fiscales están siendo arbitrarios en lo que se refiere a las órdenes de captura. La mayoría de las órdenes de captura las dicta hoy la Fiscalía como se puede observar en el cuadro No. 5-2-4 (p. 92). El crecimiento total de las órdenes de captura se ha incrementado en un porcentaje de 176.8% desde 1992 cuando entró en funcionamiento la Fiscalía, y existe un porcentaje alto de

detenciones arbitrarias, es decir detenciones a sindicatos a quienes no se les ha comprobado autoría del hecho punible realizadas por los fiscales.

- Se sugiere para no causar traumatismos que la remoción de la función judicial de dictar órdenes de captura se haga de manera gradual. También se recomienda que dadas las condiciones de guerra en el país se conserve para algunos casos excepcionales previamente definidos, la capacidad de que la Fiscalía dicte órdenes de captura e incluso medidas de aseguramiento, con control judicial posterior.
- Otro de los problemas de las órdenes de captura es la falta de registro de su cancelación. Este surge de dos situaciones: primero del hecho de que los fiscales que impartieron la orden de captura inicial no cumplen con la obligación de notificar su cancelación al sistema de registro cuando cesan los motivos de la misma. Esta obligación esta sujeta a sanciones disciplinarias, penales, y económicas (acción de repetición) según la ley, pero estas no se cumplen. En términos de registro estadístico, el incumplimiento de esta simple obligación está generando que un altísimo porcentaje de órdenes canceladas sigan "vigentes" en el sistema. En dos ejercicios distintos que se llevaron a cabo en Bogotá, más del 83% de las órdenes que figuran como vigentes en el sistema central CISAD estaban realmente canceladas y por consiguiente se están capturando individuos arbitrariamente. Los fiscales, en particular, se quejan del exceso de trabajo que tienen, no sólo por su carga laboral sino por el número de formularios que deben llenar para cumplir con la información estadística requerida por los diferentes sistemas existentes. Este que es un problema que indudablemente debe resolverse, no puede ser una excusa para atentar contra la libertad de aquellos individuos que alguna vez han tenido una orden de captura. El procedimiento de cancelación es sencillo, consiste en llenar una casilla de unos formularios únicos de capturas, y enviarlos a los centros de información SIAN que alimentan el CISAD. Esto le ahorraría a la Fiscalía y al patrimonio del Estado los costos económicos analizados por detenciones injustas, y a los capturados injustamente, los costos humanos y personales que puede generar una detención arbitraria. Al fiscal recurrente en la no cancelación de órdenes de captura, se le debe poner en evidencia y contra aquellos fiscales recurrentes que no cancelen a tiempo sin justa causa se debe repetir fiscalmente lo que paga el Estado (hasta la fecha sólo existen 6 casos de acciones de repetición que no han sido resueltos definitivamente según la Oficina Jurídica de la Fiscalía).
- El segundo problema de la cancelación de las órdenes de captura tiene que ver con el sistema de registro propiamente dicho. Aun cuando hay conciencia a nivel de CISAD sobre la magnitud del problema, no parece ocurrir lo mismo a nivel de las seccionales donde el sistema SIAN en sus 28 puntos recoge la información que alimenta el sistema central CISAD. En este punto se recomienda tomar unos correctivos inmediatos. Por un lado establecer incentivos para que los 28 puntos de SIAN estén al día (sólo la Seccional Bogotá parece estarlo). También se sugiere elaborar un análisis más detallado a nivel regional para saber cual es el origen del problema. Finalmente se deben implementar sanciones a los responsables del mal registro o del no registro.
- Las sugerencias generales para mejorar el sistema de registro son similares a las elaboradas para el tema de la eficiencia y de sistemas en los puntos 3 y 4 de estas recomendaciones, es decir, definir las variables que se miden, establecer una

metodología clara, e identificar los problemas que se buscan solucionar para saber que tipo de información se necesita. Como recomendaciones más puntuales en cuanto a las órdenes de captura se sugiere que se discrimine a partir de la fecha el tipo de órdenes de captura que se registran, por ejemplo si es por flagrancia, si es facultativa pues esto permitiría entender que porcentaje de estas no son injustas. También se debe establecer claramente en el sistema quien dicta las órdenes de captura (juez o fiscal determinado) y registrar toda la información completa sobre cada capturado y sobre los detalles de la orden de captura en cuestión.

- Las detenciones injustas están desangrando económicamente el patrimonio público y afectando por ello el presupuesto de la Fiscalía como se examinó en el punto 5 de la consultoría. Esta razón económica de peso junto con los costos humanos y el pésimo manejo que se da a las órdenes de captura justifican pensar en trasladar esta facultad a los jueces, acercándose a un sistema más acusatorio. Como se discutió en el punto 2 de esta consultoría un sistema acusatorio es más garantista que uno de tendencia inquisitiva. El indicador de órdenes de captura aquí analizado es una prueba contundente de las carencias de la Fiscalía actual en cuanto a la garantía más preciada de que tienen los procesados.

2- Pruebas técnicas

- Es indispensable realizar una medición del uso de la prueba técnica por parte de los fiscales tanto desde de un punto de vista cuantitativo como cualitativo. Lo primero para ver que porcentaje de las pruebas técnicas realizadas por Medicina Legal y la División de Criminalística del CTI son utilizadas en la investigación penal, y lo segundo, para determinar como se usan dichas pruebas y qué impacto tienen en los procesos. Esto se puede hacer con un seguimiento de expedientes como le propuesto en los términos de referencia para la segunda fase de esta consultoría
- A pesar del aumento de la prueba técnica en la década de los noventa, no es eficiente, ni económicamente viable que existan varios organismos (Medicina Legal, CTI, DAS, Dijn, Contraloría y Procuraduría entre otros) que realicen las mismas labores de manera independiente y sin coordinación. Se sugiere que cada entidad realizadora de pruebas técnicas se especialice en diferentes áreas de la criminalística de acuerdo a sus recursos y capacidades.
- El hecho de que Medicina Legal este adscrito a la Fiscalía que es el ente acusador, puede generar problemas de parcialidad en la investigación penal. El caso del CTI es aún más preocupante pues no sólo hace parte de la Fiscalía sino que de alguna manera existe un especie de jerarquía de los fiscales, como directores de la investigación penal, sobre los investigadores del CTI según se pudo constatar en varias entrevistas personales con miembros del CTI Bogotá. En los sistemas acusatorios más ortodoxos los cuerpos de Policía judicial no hacen parte de la Fiscalía, y no tienen ningún tipo de dependencia con esta. Se recomienda pensar en una posible reforma para que Medicina Legal y el CTI sean más independientes de la Fiscalía aunque no hasta el punto de volver a la situación pre Constitución de 1991 en la cual eran antes des- coordinados entre sí.

- Aunque la prueba técnica ofrezca el conocimiento de un especialista versado en la materia, el valor de la prueba puede verse limitado ante los escasos conocimientos del fiscal que la utiliza. Sería importante establecer un canal formal de comunicación entre los expertos técnicos y científicos y los fiscales que valoran la prueba técnica en cuestión para que estos la interpreten correctamente. Este canal se crearía naturalmente de implementarse un sistema acusatorio pues se controvertirían públicamente las pruebas y el fiscal y el defensor se confrontarían directamente con el perito. Esto a su vez mejoraría las relaciones entre auxiliares y fiscales que hoy por hoy es distante y a veces conflictiva. De las entrevistas realizadas se pudo constatar que los investigadores del CTI no tienen ningún contacto con el fiscal que pide la prueba y esto puede desacreditar el valor de la prueba o llevar a interpretaciones erróneas de la misma (por ejemplo el caso del cianuro en p. 107).

3- Derechos fundamentales

- El índice de imparcialidad sobre los derechos fundamentales y al Fiscalía sugiere que la Fiscalía viola derechos fundamentales de los procesados. Aunque por las razones expuestas, es difícil saber en que porcentaje de casos ocurren estas violaciones, la existencia de tutelas a nivel de la Corte Constitucional lleva a pensar que este porcentaje no es despreciable. Por otro lado, el número de quejas que se presentan en la Defensoría contra los fiscales no es insignificante tampoco. Se sugiere profundizar en este tema y analizar su verdadera dimensión, ya que este indicador junto con el de las órdenes de captura y el problema de las reasignaciones, muestran brotes de arbitrariedad de la Fiscalía que no deben pasarse por alto.

F- Otros

- A raíz de todos los problemas de información expuestos se propone hacer un seguimiento de una muestra significativa de expedientes que se explica en detalle en los términos de referencia para contratar la segunda fase de esta Consultoría.

VII. BIBLIOGRAFÍA

I. Documentos y publicaciones oficiales.

-Comisión de Racionalización del Gasto y las Finanzas Públicas (1997). Informe Final, Tema V, Justicia y derechos civiles. Bogotá 1997.

-Conpes, "Ampliación de la Infraestructura Penitenciaria y Carcelaria", Documento 3086, Bogotá, Julio de 2000.

-Consejo Superior de la Judicatura (1998a). "Indicadores de la Justicia". Sala Administrativa, Unidad de Desarrollo y Análisis estadístico. Bogotá, agosto de 1998.

----- (1998b). "Tiempos procesales y Opinión, sobre el servicio de la justicia". Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico. Bogotá, diciembre de 1998.

----- (1999). "Diagnóstico de las finanzas de la Rama Judicial". Unidad de Desarrollo y Análisis estadístico. Bogotá, agosto de 1999.

----- "Modelo probabilístico para cuantificar la impunidad". Sala Administrativa, Unidad de Desarrollo y Análisis estadístico. Bogotá, enero de 2000.

-Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE (1995). "La justicia en cifras 1937-1993". Boletín de estadística No. 503, febrero de 1995.

----- (1999). "Primera Encuesta Nacional de Justicia, 1997". Boletín de Estadística No. 559, octubre de 1999.

-Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE y Consejo Superior de la Judicatura.(1997). "Primera Encuesta Nacional de Justicia, Derecho de acceso al servicio de justicia.

-Departamento de Planeación Nacional (2001) "Diagnóstico y Propuestas para superar la Crisis del Sistema Penitenciario y Carcelario Colombiano", Imprenta Nacional.

-Fiscalía General de la Nación (2001). "Informe de Gestión 1997-2001".

----- "Censo Nacional de Expedientes Activos", Informe de Gestión 1997-2001 presentado a la Honorable Corte Suprema de Justicia por el Fiscal General de al Nación, Alfonso Gómez Méndez, Mayo 2001.

-Ministerio de Justicia (1989) Plan de Desarrollo y Rehabilitación del Sistema Penitenciario Nacional, Bogotá.

-Ministerio de Hacienda y Crédito Público (1999). "Aspectos Generales del proceso presupuestal colombiano". Dirección General del Presupuesto Nacional. Bogotá, 1999.

2. Publicaciones.

- Acosta O.L., Faiboin I., Rodríguez C.J. (1999). "Desempeño del sector justicia en Colombia en la década de los noventa". Estudio hecho por Fedesarrollo para el BID. Bogotá, julio de 1999.
- Cáceres Pablo. "Impunidad y Fiscalía" en El Tiempo. 20 de octubre de 1996.
- CIDER, Universidad de los Andes, Fiscalía General de la Nación (2000). "La congestión en las Unidades de Fiscalía a partir del Censo Nacional de Expedientes activos, Análisis descriptivo y multivariado". Bogotá, julio de 2000.
- CIJUS (2000) Universidad De Los Andes. Análisis de la Situación carcelaria en Colombia: un enfoque cualitativo. Ediciones Uniandes.
- Corporación Excelencia en la Justicia (CEJ) (1997). "Justicia y desarrollo, debates" No. 1. Agosto de 1997.
- (1999) Garantismo, eficiencia y reforma procesal penal en Colombia. Tercer Mundo Editores.
- (1999a). "Justicia de Paz en Colombia". Justicia y desarrollo, debates. Año II No. 8, Junio de 1999.
- (1999b). "Tiempos promedio del proceso penal en los despachos judiciales del circuito de Santafé de Bogotá. Resumen Ejecutivo, en Garantismo, Eficiencia y Reforma Procesal penal. Corporación Excelencia en la Justicia, Bogotá, Agosto de 1999.
- (2000). "Informe Anual de la Justicia 2000, Edición Especial". Justicia y desarrollo, debates. Año III No. 14, noviembre 2000.
- (2001a). "Un sistema acusatorio para Colombia, balance y perspectivas de la Fiscalía General de la Nación". Justicia y desarrollo, debates. Año IV, No. 16. Junio 2001.
- (2001b). "Justicia y desarrollo, debates Informe Anual de la Justicia 2001, Edición Especial". Año IV No. 18, noviembre 2001.
- Cuellar, M.M. (2000) Colombia: Un proyecto Inconcluso. Valores, Instituciones y capital social. Tomos I y II. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Defensoría del Pueblo (2000) Octavo Informe del Defensor del Pueblo.
- Díaz Granados Jaime (1999). "La propuesta de un Nuevo Código de Procedimiento Penal" en VV.AA Garantismo, eficiencia y reforma procesal penal en Colombia. Bogotá, Excelencia en la justicia.
- (2001). "¿Se necesita una reforma a la Fiscalía General de la Nación" en Justicia y Desarrollo, No 16. Bogotá, Corporación Excelencia en la Justicia.
- Fedesarrollo, Instituto Ser de Investigación (1989). "Indicadores Sociales", en Revista: Coyuntura Social No.1, diciembre de 1989
- (1994)"Indicadores Sociales", en Revista: Coyuntura Social No. 11, noviembre de 1994.

----- (1996) "Indicadores Sociales", en Revista: Coyuntura Social No. 15. Bogotá, noviembre de 1996.

- Gaitán, O.L. "Análisis de la Situación Carcelaria en Colombia: un enfoque cualitativo". Estudios Ocasionales Cijus, Junio 2000. Ediciones Uniandes.

- Giraldo J., Reyes A., Acevedo J. (1987). "Reforma de la justicia en Colombia". Instituto Ser de Investigaciones, enero de 1987.

- Gómez M. A. (2001). "¿Reformar para qué? La frágil memoria de un país ciclótico" en Justicia y Desarrollo. No 16, Bogotá, Corporación Excelencia en la Justicia.

----- Legislación y Excarcelaciones. Tomado de: Periódico El Tiempo, Lunes 31 de diciembre de 2001. Sección 1-15.

- González Trujillo Rómulo (2001) "¿Desjudicialización de la Fiscalía?" en Justicia y Desarrollo. No 16, Bogotá, Corporación Excelencia en la Justicia.

- Instituto Ser de Investigación (1978) Fundamentos empíricos para una reforma de la justicia penal, Bogotá.

----- (1994). "Estudio sobre el rendimiento de la justicia en el país". Bogotá.

- Instituto Ser de Investigación. Justicia penal, juicio y reforma. Bogotá, Fedesarrollo y CGN. (1983).

- Lancheros L.G.(1994).La Carrera Judicial. Tomado de: Revista Judicatura y Sociedad. Colegio de Jueces y Fiscales de Cundinamarca. Bogotá.

- Maya Villazón Edgardo (2001). "La reforma a la Fiscalía General de la Nación: Hacia la conformación de un verdadero sistema acusatorio" en Justicia y Desarrollo, No 16. Bogotá, Corporación Excelencia en la Justicia.

- Memorias Foro Nacional "Reforma a las Funciones Judiciales de la Fiscalía General de la Nación" (2001), Universidad de los Andes y Corporación Excelencia en la Justicia.

- Policía Nacional (1999) Criminalidad, No 42

- Procuraduría General de la Nación (1999). "Comentarios de la Procuraduría General de la Nación al Proyecto de Código de Procedimiento Penal" en VV.AA Garantismo, eficiencia y reforma procesal penal en Colombia. Bogotá, Excelencia en la justicia.

- Silva G, G. "Balance de la Justicia Penal, o Cambiar Todo Para que siga Igual Todo". Ponencia presentada para el Informe Anual de la Justicia 2001. Corporación Excelencia en la Justicia. Publicación N° 18.

- Sánchez, F. (2001) Investigación "Atraco callejero, Robo de automotores, Hurto a Residencias y a Establecimientos comerciales en Bogotá", CEDE, Universidad de los Andes.

- Uprimny Rodrigo (1995) "Fiscal General o General Fiscal?" en Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle, No 29.

----- (1997) "Impunidad, fiscalía y garantías procesales en Colombia" en VV.AA. Crisis política, impunidad y pobreza en Colombia. Bogotá: Viva la Ciudadanía

------(1999) "El desafío de la reforma al procedimiento penal: ¿ajustes puntuales o reestructuración integral de la Fiscalía y de la investigación criminal en Colombia" en VV.AA Garantismo, eficiencia y reforma procesal penal en Colombia. Bogotá, Excelencia en la justicia

------(2001). "Principio acusatorio y reforma al proceso penal: ¿Hacia dónde debemos avanzar?", Bogotá, mimeo.

- Walker, S. (1998). Sense and Non-sense about Crime and Drugs, West and Wadsworth Publishing Co.

3. Libros

- Guevara Puentes, G. La Carrera Judicial en Colombia, 2001

- Hart, H. L. A. (1994) The Concept of Law, Oxford, Clarendon Press.

- Maier, J.B.J., Ambos, K., y Woischnik, J. (2000) Las Reformas Procesales Penales en América Latina. Argentina, Ad -Hoc.

- Nemogá, G. E. (1990) Estado y Administración de Justicia en Colombia, Bogotá, Ediciones Ciencia y Derecho.

----- (1996) Justicia sin rostro. Estudio sobre la Justicia Regional. Bogotá, Unijus, Universidad Nacional.

- Parra, Q. J.(1994) Tratado de la Prueba Judicial, Bogotá Ediciones Librería del profesional. Tomos I y V.

- Restrepo, E.M. Criminal Justice in Crisis.(to be published 2002). Fear and Distrust. UK, Palgrave.

- Reyes Alvarado, A. y E. Ramírez (1998) Evaluación del Sistema de Información S.I. Mimeo.

- Rodríguez, L. (1999). "Estructura del poder público en Colombia". Séptima edición, editorial Temis. Bogotá.

- Zaffaroni, E (1986) Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina Informe Final, Argentina, Ediciones de Palma.

4. Proyectos de Ley.

- Fiscalía General de la Nación. Proyecto de Ley por el cual se Expide el Código de Procedimiento Penal. Imprenta Nacional de Colombia. Bogotá agosto de 1998a.

----- Proyecto de Ley por el cual se Expide el Código Penal. Imprenta Nacional de Colombia. Bogotá agosto de 1998b.

- Informe de Ponencia para Segundo Debate al Proyecto de Acto Legislativo No 19 de 2001 Senado, 151 de 2001 Cámara. Gaceta del Congreso Año X- No. 297, 13 Junio de 2001.

- Proyecto de Acto Legislativo No. 168 de 2001 Cámara, por medio del cual se modifican los artículos 116, 249 y 250 de la Constitución Política de Colombia. Gaceta del Congreso Año X.- No 107, Bogotá, 5 de Abril de 2001.
- Proyecto de Acto Legislativo No 181 de 2001 Cámara por medio del cual se modifican los artículos 116 y 250 de la Constitución Política de Colombia. Gaceta del Congreso Año IX.- No 140, Bogotá 20 Abril de 2001.
- Proyecto de Acto Legislativo No. 151 de 2001 Cámara por medio del cual se modifica el artículo 250 de la Constitución Política de Colombia. Gaceta del Congreso Año X- No 159, Bogotá.
- Texto al Proyecto de Acto Legislativo No 151 de 2001 Cámara aprobado el 26 de Abril, según Acta número 24. Gaceta del Congreso, Año X- No 159, 2 Mayo de 2001.

5. Leyes y decretos

- Decreto- ley 100 de 1980. Código Penal Colombiano anterior.
- Decreto 2700 de 1991 - Código de Procedimiento Penal anterior.
- Decreto 2699 de 1991. Diario oficial año. CXXVII N.40190. noviembre 30 de 1991.
- Decreto 261 de 2000 (Por le cual se modifica la estructura de la Fiscalía General de la Nación)
- Ley 65 de 1993 (Marco regulatorio del sistema nacional penitenciario y carcelario)
- Leyes 599 y 600 de 2000 (Códigos penal y de procedimiento penal actuales)
- Ley 573 de 2000. Diario Oficial. Año CXXXV. N. 43885. 8, febrero de 2000
- Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270 de 1996)

6. Monografías, cartas y documentos sin publicar.

- Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – Inpec- Carta de Brigadier General Víctor Manuel Páez, 27 de Diciembre de 2001.
- Uprimny, R. Principio acusatorio y reforma al proceso penal: ¿hacia donde debemos avanzar? Ponencia presentada en la Universidad Nacional.(sin publicar)

7. Sentencias

Corte Constitucional

- Sentencia C-543/ 1992
- Sentencia T-399/ 1993

- Sentencia T-494/ 1993
- Sentencia C-558/ 1994
- Sentencia C-195/ 1994
- Sentencia C-558/ 1994
- Sentencia C-195/ 1994
- Sentencia T-492/ 1995
- Sentencia T-348/ 1995
- Sentencia T-578 /1995
- Sentencia T-532/ 1995
- Sentencia T-324/ 1995
- Sentencia T-492/ 1995
- Sentencia C-609/ 1996
- Sentencia T-194/ 1997
- Sentencia T-073/ 1997
- Sentencia T-204/ 1997
- Sentencia T-432/ 1997
- Sentencia C-191/ 1998
- Sentencia T-504/ 1999
- Sentencia T-589/ 1999
- Sentencia C-620/ 2000
- Sentencia T-553/ 2000

Consejo de Estado

- Acción de Cumplimiento 0357 de octubre 4 de 2001 Sección Tercera).
- Sentencia Diciembre 7/ 1977.
- Sentencia Noviembre 22/ 1991.(Sección Tercera)
- Sentencia Enero 27/ 2000 (Sección Tercera)

Corte Suprema de Justicia.

- Sentencia Marzo 24/ 1998 (Sala de Casación Penal)

- Sentencia Septiembre 30/ 1992 (Sala de Casación Penal).

8. Entrevistas Personales

- Director Oficina de Planeación, Fiscalía Noviembre 2001
- 5 Funcionarios Oficina de Planeación, Noviembre 2001
- Director CTI Bogotá, Noviembre 2001
- Directora de Investigaciones, CTI Noviembre 2001
- Director División de Informática y varios ingenieros de la División, Noviembre 2001.
- Funcionario de CISAD, Bogotá, Diciembre de 2001
- 3 funcionarios, Oficina de Protección de Testigos, Noviembre 2001
- Funcionarios de la División Criminalística, CTI, Diciembre 2001
- Funcionario de Sistemas CTI, Diciembre 2001.
- Funcionario de la Dirección Nacional de Fiscalías, Diciembre 2001.
- Asesor de Dirección Nacional de Fiscalías, Diciembre 2001
- 3 fiscales delegados de Bogotá, Noviembre y Diciembre 2001.
- 3 fiscales seccionales de Bogotá, Noviembre y Diciembre 2001.
- 5 fiscales locales de Bogotá. Noviembre y Diciembre 2001.
- Asesor de la Dirección Nacional de Fiscalías, Enero 2002.
- Funcionario del Juzgado 2 de Ejecución de Penas, Enero 2002.
- Funcionario de la CNRV de Medicina Legal, Enero 2002.
- Directora Oficina Jurídica, Fiscalía General de la Nación, Enero 2002.
- Directora CTI Seccional Bogotá, Enero 2002
- División Capturas, Seccional Bogotá, Enero 2002
- Funcionarios que operan el sistema SIAN en Seccional Bogotá, Enero 2002.
- 2 fiscales, Seccional Bogotá, Enero 2002.
- Directora Seccional CTI Bogotá, Febrero 2002.

ANEXOS.

-Anexo 1. Acto legislativo Número 181 de 2001 Cámara. Por el cual se modifican los artículos 116 y 250 de la Constitución Política.

-Anexo 2. Proyecto de Acto Legislativo número 168 de 2001 Cámara.

-Anexo 3. Texto al proyecto de Acto legislativo número 151 de 2001 Cámara. Por medio del cual se modifica el artículo 250 de la Constitución Política

- Anexo 4. Informe de ponencia para segundo debate al proyecto de Acto legislativo Número 19 de 2001 Senado, 151 de 2001 Cámara.



GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CÁMARA

(Artículo 36, Ley 5a. de 1992)

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA - IVSTITIA ET LITTERAE

ISSN 0123-9066

AÑO IX - Nº 140

Bogotá, D. C., viernes 20 de abril de 2001

EDICION DE 12 PAGINAS

DIRECTORES:

MANUEL ENRIQUEZ ROSERO
SECRETARIO GENERAL DEL SENADOANGELINO LIZCANO RIVERA
SECRETARIO GENERAL DE LA CAMARA

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PUBLICO

CAMARA DE REPRESENTANTES

ACTOS LEGISLATIVOS

ACTO LEGISLATIVO NUMERO 181 DE 2001 CAMARA
por el cual se modifican los artículos 116 y 250
de la Constitución Política de Colombia.

Artículo 1°. El artículo 116 de la Constitución Política de Colombia quedará así:

"Artículo 116. La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, los tribunales y los jueces, administran justicia. También lo hace la justicia penal militar.

El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales.

Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley".

Artículo 2°. El artículo 250 de la Constitución Política de Colombia, quedará así:

"Artículo 250. Corresponde a la Fiscalía General de la Nación, de oficio o mediante denuncia o querrela, investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes. Se exceptúan los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio. Para tal efecto, la Fiscalía General de la Nación deberá:

Solicitar ante el juez competente, aportando las pruebas y motivando las circunstancias que lo justifiquen, las órdenes de arresto y las medidas de aseguramiento contra los presuntos infractores, las órdenes de registro y allanamiento, de interceptación de comunicaciones, y, en general, la realización de actividades vinculantes que afecten derechos del procesado. Con los mismos requisitos solicitará al juez competente, cuando fuere el caso, proferir las medidas

necesarias para hacer efectivos el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito.

Dirigir y coordinar las funciones de policía judicial que en forma permanente cumplen la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley.

Velar por la protección de las víctimas, testigos e intervinientes en la investigación.

Cumplir las demás funciones que establezca la ley.

El Fiscal General de la Nación y sus delegados tienen competencia en todo el territorio nacional.

La Fiscalía General de la Nación está obligada a investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado, a respetar sus derechos fundamentales y las garantías que le asisten, y a suministrar al juez la totalidad de las pruebas recaudadas."

Artículo transitorio. El honorable Congreso de la República tramitará la ley que realice los ajustes procedimentales concordantes con este acto legislativo, o el Código de Procedimiento Penal respectivo, según el caso, dentro de los seis (6) meses siguientes a su promulgación. Dicha ley tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Fiscalía General de la Nación dedicada exclusivamente a la investigación, sin facultades jurisdiccionales, que serán exclusivas de los jueces.

Preponderancia del juicio sobre la investigación.

Juicio oral, público, sin dilaciones injustificadas, y con aplicación de los principios de inmediación, contradicción, oportunidad, concentración y presunción de inocencia.

Artículo 3° El presente acto legislativo rige a partir de su promulgación.

Luis Humberto Gómez Gallo, Guillermo Chaves C., Gustavo Ramos A., Jairo Coral R., Germán Navas,

Senadores de la República.

(*Siguen firmas ilegibles.*)

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Honorables Senadores:

El presente Proyecto de Acto Legislativo pretende hacer eco de lo que ya, más que una simple discusión de corte jurídico-académico, se ha convertido en uno de los más sentidos clamores nacionales. La experiencia acumulada durante la última década en materia criminal presenta una evidente disfunción en la administración de justicia penal, en la que claramente se advierte que la disyuntiva garantismo-eficientismo, manejada bajo una orientación político-criminal resueltamente favorable al último objetivo, no ha podido, sin embargo, reducir los índices delictivos ni disminuir de manera efectiva las altas tasas de impunidad. En cambio, se ha convertido en factor de grave deterioro de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales.

Es preciso, sin embargo, resaltar que estos resultados son propios de la búsqueda institucional de las soluciones a los males que en estas materias nos aquejan. No se trata pues, de un juicio de desvalor contra quienes han defendido el modelo vigente, ni contra quienes han tenido sobre sus hombros la obligación de aplicarlo. Se trata simplemente de que ha llegado el momento de corregir sobre la marcha lo que en virtud de la evidencia debe ser corregido.

La Constitución de 1991 consagró en sus artículos 28 a 34 el sistema judicial que debe orientar nuestra institucionalidad en materia criminal. Por el artículo 28 es imperativa la regla general de que toda persona es libre, y no puede ser reducida a prisión o arresto, ni detenida, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente. La misma disposición ordena que la persona detenida preventivamente debe ser puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes para que este adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.

El artículo 29 consagra las demás garantías fundamentales como los principios de legalidad, juez natural, debido proceso, presunción de inocencia; y los derechos de defensa, juicio público y sin dilaciones, contradicción, impugnación y a no ser procesado dos veces por el mismo hecho.

La simple lectura de estos mandatos da nítida imagen de la orientación acusatoria y garantista del sistema penal previsto en la parte dogmática de la Carta. Lo que, además, no podía ser de otra manera. La consagración constitucional de las garantías fundamentales, lejos de constituir una innovación de nuestros constituyentes, no es otra cosa que el acatamiento de disposiciones obligatorias contenidas de vieja data en los instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU (artículos 10 y 11); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Parte III, artículos 9º, 10, 14 y 15); la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José (artículos 7º, 8º y 9º), todos ellos aceptados por Colombia.

¿Dónde estaba entonces la disfunción? Si nos atenemos a los diferentes proyectos y propuestas que se presentaron al seno de la Asamblea Nacional Constituyente, y a las diversas posturas que allí se suscitaron, se hace presente la necesaria controversia que nuestros altos niveles de delincuencia común y organizada tenía que generar en esa suprema corporación.

De un lado, la urgente necesidad de crear un sistema capaz de enfrentar poderosas organizaciones al margen de la ley; y del otro, bajo el mismo criterio de necesidad, el imperativo de consagrar un sistema garantista a tono con la deuda judicial contraída con los organismos e instrumentos internacionales. De ahí, la evidente dicotomía garantismo-eficientismo que caracteriza nuestro "sistema acusatorio a la colombiana".

Así mediatizada la discusión, se optó por el sistema actual. Y para evadir la obligación de separar las funciones de investigación y juzgamiento, prevista de manera insoslayable en los instrumentos internacionales ya mencionados, se acudió al recurso simplista de denominar a los miembros de la fiscalía, encargados de la investigación, como "funcionarios judiciales".

Pero el sistema acusatorio no es una simple construcción semántica, sino un sistema pacientemente elaborado por la humanidad en la búsqueda de instituciones democráticas, que permitan equilibrar la vigencia de las garantías fundamentales con la eficiencia funcional en el combate contra la delincuencia y la impunidad.

Al asignar constitucionalmente a la Fiscalía las facultades de proferir medidas de aseguramiento, calificar el mérito de la instrucción y decretar preclusiones, decretar y practicar medidas sobre bienes, se pretendió dotarla de herramientas suficientes de cara a la eficiencia. Pero el choque de estos propósitos con la carta de garantías fundamentales resultó inevitable. En la práctica, la pretendida búsqueda de la eficiencia se ha quedado en propósito, mientras el quebranto de las garantías es ostensible.

Es posible que al concebir las funciones de la Fiscalía, se hubiera creído que al conferirle facultades jurisdiccionales se le estaba fortaleciendo, dotándola para afrontar eficientemente el reto que plantea el grado de organización de la delincuencia, especialmente en puntos como la reducción de la criminalidad e impunidad. De hecho, así piensa aún un importante aunque minoritario sector de la opinión. Lo cierto, sin embargo, es que la reducción de esos dos medulares indicadores no ocurrió, fundamentalmente porque la Fiscalía debió distraer los esfuerzos en la atención de aquellas facultades jurisdiccionales, con perjuicio de la actividad que le es inherente, cual es el adelantamiento integral de la investigación.

Dicho en otras palabras, se incurrió en una evidente contradicción: Para lograr eficiencia, se le dotó de facultades jurisdiccionales, sacrificando las garantías esenciales de los vinculados a la investigación. Pero la atención misma de aquellas funciones judiciales restó eficiencia a las labores investigativas, dando al traste con las pretensiones de eficiencia. Paradójica y correlativamente, esa invasión de esferas judiciales ajenas produjo un evidente deterioro de las garantías fundamentales. Todo lo cual nos permite asegurar que la elección inicial fue equivocada. Y que ha llegado el momento de que, con responsabilidad, apliquemos los correctivos del caso.

Sobre la base de la experiencia, es indudable que lo que debe buscarse es el mayor punto de equilibrio entre garantías y eficiencia. Tenemos la convicción de que ese punto de equilibrio se logra si cada cual asume las funciones que le son propias. Es decir, si la Fiscalía se dedica de manera exclusiva a la investigación, y los jueces al ejercicio de las facultades jurisdiccionales. Sólo así la actividad estatal logrará, respetando las garantías de los procesados, ser eficiente.

El articulado que proponemos es simple:

Se hace una nueva redacción al artículo 116, en el que la Fiscalía General de la Nación desaparece como organismo que administra justicia. Ello, por cuanto las funciones que le son propias a dicho organismo son las de dirigir la investigación, recaudar las pruebas, solicitar sustentadamente las decisiones al juez competente; funciones estas que son de naturaleza administrativa. Lo cual no varía por el hecho de que en tales actividades esté obligado a respetar las garantías fundamentales, pues dicha obligación en nada se diferencia de la obligación general que tenemos todos, servidores públicos y particulares, en el mismo sentido.

Se propone una nueva redacción de las facultades de la Fiscalía, contenidas en el artículo 250, suprimiendo las facultades judiciales

**PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO NUMERO 168
DE 2001 CAMARA**

por medio del cual se modifican los artículos 116, 249 y 250 de la Constitución Política de Colombia.

El Congreso de Colombia

DÉCRETA:

Artículo 1°. El artículo 116 de la Constitución Política quedará así:

La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, los Tribunales y los Jueces administran justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar.

El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales.

Con el debido control judicial y de forma excepcional, las autoridades administrativas y los particulares podrán ejercer función jurisdiccional en los casos, las condiciones y las formalidades que determine la ley. Sin embargo, no le será permitido adelantar la instrucción de sumario ni juzgar delitos.

En todo caso, quienes administran justicia, son independientes en el ejercicio de su función jurisdiccional y están sometidos al imperio de la Constitución y la ley.

Artículo 2°. El artículo 249 de la C. N. quedará así:

La Fiscalía General de la Nación estará integrada por el Fiscal General, los fiscales delegados y los demás funcionarios que determine la ley.

El Fiscal General de la Nación será elegido para un período de cuatro años por:

La mayoría de los votos que, de forma secreta y directa, depositen los ciudadanos en la fecha y con las formalidades que determine la ley, y no podrá ser reelegido.

El Fiscal General de la Nación, debe reunir las mismas calidades exigidas para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

La Fiscalía General de la Nación forma parte de la Rama Judicial y tendrá autonomía administrativa y presupuestal.

En caso de falta absoluta del Fiscal, antes de la terminación del período para el cual fue elegido, quien sea designado en suemplazo lo será para terminar el período del anterior.

Artículo 3°. El artículo 250 de la C. N. Quedará, así:

Corresponde a la Fiscalía General de la Nación, por sí o por intermedio de sus agentes, de oficio o mediante denuncia o querrela, por petición del Procurador General de la Nación, del Defensor del Pueblo o por informe de funcionario público, investigar los delitos y sustentar la acusación ante los tribunales y juzgados competentes. Se exceptúan los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en estricta relación con el mismo servicio. Para tal efecto, la Fiscalía General de la Nación deberá:

1. Asegurar las comparecencias de los presuntos infractores de la Ley Penal, solicitando ante el juez competente las medidas de aseguramiento del caso. Además, vigilar su juzgamiento y solicitar las medidas necesarias para hacer efectivos el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito.

2. Solicitar al juez competente declarar precluidas las investigaciones realizadas.

3. Rendir las pruebas de la existencia de los delitos y la responsabilidad de los inculcados, en lo desfavorable o favorable.

4. Velar por la protección de las víctimas, testigos e intervinientes en el proceso.

5. Dirigir y coordinar las funciones de policía judicial que en forma permanente cumpla la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley.

6. Cumplir las demás funciones que establezca la ley.

El Fiscal General de la Nación y sus delegados tienen competencia en todo el territorio nacional.

La Fiscalía General de la Nación está obligada a investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado y a respetar sus derechos fundamentales y las garantías procesales que le asisten.

En tratándose de diligencias de allanamientos, intersección de llamadas telefónicas o correspondencia, la captura, la detención preventiva, la privación de la libertad de las personas, y el decreto y práctica de embargos y secuestros serán facultades exclusivas del Juez del conocimiento competente.

Artículo 4°. El presente acto legislativo rige a partir de la fecha de su publicación.

Publiquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D. C., a los 16 días del mes de marzo del 2001.

Los honorables Representantes,

Charles Schultz Navarro, Manuel de Jesús Berrío Torres.

EXPOSICION DE MOTIVOS

Doctor

BASILIO VILLAMIZAR

Presidente Cámara de Representantes

Congreso de Colombia.

Por su conducto sometemos a consideración de la honorable Cámara de Representantes el proyecto de acto legislativo que apunta a reformar los artículos 116, 249 y 250 de la Constitución Política de Colombia, para sustraer a la Fiscalía General de la Nación de la órbita constitucional de administrar justicia. Así mismo, en el proyecto se hacen algunos ajustes a las funciones de este ente, toda vez que debe ser un organismo eminentemente investigador, a efectos de que como consecuencia de esta finalidad esencial, cumpla igualmente la función de acusador en la persecución del delito.

ANTECEDENTES

Según los artículos 116 y 249 de la Constitución Política la Fiscalía General de la Nación forma parte de la Rama Judicial, como un organismo administrador de justicia. En desarrollo de lo anterior tiene, por lo tanto, la facultad de investigar las conductas punibles, calificar la instrucción que ella misma adelanta y acusar a los presuntos autores ante juez o tribunal competente cuando exista mérito probatorio para ello, y como consecuencia, de haber iniciado investigación de oficio y mediante denuncia o querrela.

A partir de la ejecutoria de la Resolución de acusación adquieren competencia los jueces encargados del juzgamiento y desde este momento, la Fiscalía adquiere la calidad de parte procesal y pierde la dirección de la investigación.

En desarrollo de su teleología esencial, la Fiscalía General de Nación realiza actos administrativos en virtud de los cuales dirige y coordina las funciones de policía judicial, que en forma permanente cumplen la Policía Nacional y los demás organismos: señala la ley (núm. 3 *ibidem*).

Por lo anterior, se erradicaron de forma uniforme las funciones de investigación y acusación, lo que se traduce a que nos encontramos frente a un sistema acusatorio, en el que la Fiscalía tiene la condición de parte interesada en la aplicación de la ley en el proceso penal y por lo tanto, al ser un órgano administrador de justicia presenta como contrasentido el ser, al mismo tiempo, juez y parte.

Concebir la Fiscalía como un órgano administrador de justicia es incompatible con lo que se quiere llamar *Sistema Acusatorio*, pues estamos frente a un sistema bastante complicado de atender y administrar, ya que en los países donde existe la figura de la Fiscalía son coherentes al señalar que esta se erige como una entidad independiente investigativa con funciones acusatorias y no de administración de justicia que debe corresponder al juzgamiento: sólo ser competencia de los administradores de la justicia, o, a los que tienen la calidad de jueces de la República. De esta manera la Fiscalía como órgano investigador se concretaría a conducir y recoger las pruebas, analizarlas y valorarlas, con lo que se estructura en esencia el Sistema Acusatorio.

Así las cosas, resulta claro que la Fiscalía no puede seguir teniendo ese doble papel de ser un ente acusador, parte procesal y administrador de justicia en el proceso penal, en razón de los principios que integran la administración y que son esenciales del sistema acusatorio, tal como se demuestra a continuación.

PRINCIPIOS PROPIOS DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Independencia. Este principio se refiere exclusivamente al ejercicio de la función jurisdiccional, por cuanto el titular de ella puede ser interferido ni aun por el superior jerárquico para decidir los asuntos de su competencia.

Gratuidad. Este principio constituye el fundamento de la responsabilidad pública, del amparo de pobreza, y de todo subsidio que implique la no discriminación económica en el acceso de la justicia.

Este principio es contradictorio con la institución de la Fiscalía, cuando ella como organismo acusador y parte en la etapa del juzgamiento, no tendría la deferencia para solicitarle al juez del juzgamiento que aplique por lo menos un amparo de pobreza al acusado, para mantener el principio de igualdad de las partes en proceso.

Imparcialidad. Significa que la función jurisdiccional se debe ejercer sin ningún interés de las partes en el desarrollo del proceso.

Constituye un absurdo el que la Fiscalía pueda actuar como ente administrador de justicia bajo este principio por cuanto su calidad

acusatoria conduce inequívocamente a promover el juzgamiento ante las autoridades jurisdiccionales de los presuntos infractores de la ley penal como parte en el juicio y por lo tanto tiene interés en el desarrollo de esa instancia procesal.

4. *Presunción de inocencia.* De conformidad con este principio a toda persona a la que bajo cualquier circunstancia se le impute la comisión de un hecho punible, se le presume inocente mientras el Estado a través del órgano jurisdiccional no lo declare responsable, mediante sentencia condenatoria debidamente ejecutoriada.

Si la Fiscalía investiga y acusa ante el juez o tribunal competente, carece de relevancia la presunción de inocencia frente a esta institución, por cuanto está declarando la responsabilidad del procesado, y es precisamente a los órganos administradores de justicia a quienes le compete establecer la responsabilidad o la inocencia del presunto infractor de la ley penal.

LA FISCALIA Y LAS GARANTIAS CONSTITUCIONALES

Sistema Acusatorio.

1. Si el delito es ofensa privada, solo puede iniciarse el proceso en virtud de querrela o educación formulada por la persona ofendida o su familia.

2. Pero para formular esa acusación, el ofendido y el ofensor tienen que escoger un juez o árbitro absolutamente imparcial y ampliamente recusable.

3. La acusación y las pruebas se formulan públicamente y de manera oral. "En esta forma de justicia privada las partes acuden a reclamar y discutir sus derechos de viva voz" (Aldanza Rozo, *Proceso Acusatorio, inquisitivo y mixto*, VII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Septiembre de 1985, Pág. 3.)

4. Frente a las pruebas y argumentos de la acusación, responderá con sus pruebas y argumentos la defensa, en forma tal, que los cargos y los descargos podrán ser debatidos y controvertidos por cada una de las partes, de donde resulta que el proceso acusatorio es contradictorio y, por ende, el derecho de defensa está ampliamente garantizado.

5. Teniendo en cuenta la aportación de las pruebas y su valoración, el fallo tiene que ser en conciencia, es decir, "el principio que regula la apreciación de la prueba descansa en la máxima de que esta misma apreciación no es sino una operación al alcance de todo ciudadano dotado de sana razón" (C.J.A. Mittermaier. *Tratado de la prueba en materia criminal*, Madrid, editorial Reus, 1929, Pág. 33).

6. Concentración de los actos y procedimiento sintético. Como el proceso es oral y público, "allí uno y otro antagonista vienen a establecer un conjunto de afirmaciones precisas y adoptar sus pruebas justificativas... será un acto de cortas escenas, en el que aparecerán ambas partes aduciendo cada una sus respectivos medios de prueba y dirigiéndose a la conciencia del Juez, y este... dirá de qué parte está la justicia" (Mittermaier, *Op. Cit.* Pág. 32 y 33 Aldana, *Op. Cit.* Pág. 3).

7. Pasividad del juez, cuya Misión se reduce a dirigir el debate entre el acusado y acusador, sin que pueda ir en busca de la verdad (Orjuela, *op. cit.* pág. 19), esto es, el material probatorio procede de las partes.

8. Al ser el proceso contradictorio, hay absoluta igualdad de las partes, es decir, hay igualdad de oportunidades y de medios para hacer valer sus pretensiones. "Non debet licere actore, quod reo non permittitur"

9. Libertad del acusado, hasta la sentencia definitiva.

10. No se puede provocar la confesión del procesado, simplemente se le formula públicamente la acusación para que presente sus descargos, estando prohibida la tortura y cualquier otro medio de coacción en su contra.

11. La nota distintiva más importante, como lo sostiene Sergio García Ramírez, estriba en la separación de funciones: acusación, defensa y decisión, las cuales son desempeñadas por personas diferentes en una relación triangular en la cual en los vértices de la figura aparecen, acusador-juez-acusado. "Actus trium personarum"

"Si cada una de estas se encomienda a un órgano propio e independiente, el sistema será Acusatorio, al paso que si las tres funciones están concentradas en manos de un mismo órgano, será inquisitivo. La primera forma ocasiona un proceso de partes, la segunda, un proceso unilateral donde el juez cumple actividad multiforme" (García op. cit. Pág. 86)

JUEZ

ACUSADOR
FISCALIA

ACUSADO

Como está redactado nuestro ordenamiento Constitucional y procesal penal, la Fiscalía General y sus delegados, se instituye el llamado sistema Inquisitivo, proscrito en la mayoría de las legislaciones del mundo, por cuanto estos investigan, acusan y califican (la calificación equivale a una pequeña sentencia), es decir el mismo funcionario hace de Juez y de parte. Este es un esquema propio de los regímenes autoritarios, absolutistas, que menosprecian de manera total los derechos del procesado frente al interés colectivo de la defensa social.

Si en realidad en nuestro Sistema Penal se quiere instituir un sistema acusatorio, basta con dejar bien claro a lo largo del proceso las siguientes funciones:

1. Una función requirente o investigadora.
2. Una función jurisdicente, judicial o decisoria.

Los Fiscales en muchos países son parte acusadora, como se explicó anteriormente y por lo mismo solo pueden tener función requirente o investigativa, pues la función Judicial es exclusiva del Juez, y por lo tanto el único facultado para decidir. Sólo él puede librar órdenes de captura, decretar medidas de aseguramiento sobre personas y bienes, declarar precluidas las investigaciones y ordenar allanamientos.

Por lo tanto, darle al fiscal función Jurisdicente, es como autorizar al demandante del derecho civil a tomar medidas de aseguramiento sobre los bienes del demandado, pues no se pueden producir las pruebas y decidir las.

LA FISCALIA Y LAS GARANTIAS

1. El nombramiento del Fiscal corresponde a la C.S.J, elegido de una terna enviada por el Presidente de la República (artículo 249, inc. 2 de la Carta Constitucional).

2. La Fiscalía es un órgano que forma parte de la Rama Judicial del Poder Público, con autonomía administrativa y presupuestal (artículo 249 inc. 3 *ibidem*). La norma constitucional no le ha otorgado independencia funcional en cuanto es dependiente de la Rama Judicial, lo cual resulta de gran importancia para el debate, puesto que su actividad está supeditada al Juez.

3. La Fiscalía investiga los delitos y acusa a los infractores ante los respectivos jueces o tribunales.

4. La Fiscalía adopta las medidas de aseguramiento para procurar la comparecencia de los imputados al proceso.

5. La Fiscalía toma las medidas necesarias para lograr el restablecimiento de los derechos conculcados y lograr las indemnizaciones a que haya lugar.

6. La Fiscalía califica las investigaciones y las declara precluidas.

7. La Fiscalía dirige las funciones de la policía judicial que en forma permanente cumplen el C.T.P.J., la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley.

8. La Fiscalía protege a los testigos, víctimas y partes intervinientes.

9. Para el desarrollo de sus funciones el fiscal delegado tiene competencia en todo el territorio nacional.

10. Las investigaciones tienen que llevarse a cabo buscando la verdad real y formal (tanto lo favorable como lo desfavorable al reo).

Por su parte, la Constitución Nacional ha otorgado a los ciudadanos una serie de derechos que tienen que observarse frente a las funciones antes mencionadas, como quiera que esos derechos y los consagrados en los tratados internacionales de derechos humanos, en buena parte inciden sobre el centro del procedimiento penal y fundamentalmente sobre el sistema acusatorio.

Sobresalen los siguientes:

1. Derecho a la igualdad sustancial y procesal ante la ley (artículo 13 C. N).
2. Derecho a la libertad (como derecho primario, dándose por supuesto el derecho a la vida), que implica:
 - A no ser condenado a pena de muerte.
 - Al libre desarrollo de su personalidad (limitada únicamente por el interés colectivo y el orden público) (artículo 16 C. N).
 - A no ser tratado como esclavo, ni sometido a servidumbre o ser sometido a trata de seres humanos (sic), o a tratos crueles e inhumanos.

De conformidad con el artículo 28 de la Constitución Nacional, la libertad es una regla general. El ciudadano solamente puede ser objeto de registro domiciliario, o molestado en su persona o familia, coartada su libertad mediante *Orden de Autoridad Competente*, previo el cumplimiento de ciertas formalidades legales por los motivos previamente definidos en la ley.

El inciso 2 de este artículo, por su parte, señala que la persona detenida preventivamente será puesta a disposición del *Juez Competente* dentro de las treinta y seis horas siguientes, *Para que este adopte la decisión correspondiente*, en el término que establezca la ley.

Del mismo modo el inciso 2 del artículo 29 de la C. N prescribe: nadie será juzgado (en sentido obvio debe entenderse instrucción y juzgamiento), sino conforme a las leyes preexistentes respecto de que se le imputa, ante *Juez o Tribunal Competente* y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. Por último, el artículo 32 de la misma Carta Fundamental señala: la persona que sea sorprendida *In flagranti* podrá ser aprehendida y llevada ante el Juez por cualquier persona.

Esta normatividad, es la que nos permite proponer para poder caracterizar un sistema acusatorio penal en Colombia- desaparición de la función de la Fiscalía General de la Nación en cuanto a administración de justicia, pues en Colombia se hace crítica la separación de la actividad requiriente de la Fiscalía, a naturaleza propias de la magistraturas juzgadora ya que esa actividad funcional es abiertamente equivocada y perjudicial: los fiscales no pueden seguir oficiando como jueces y parte al mismo tiempo.

Los excesos autoritarios y la deformación de la actividad instructiva, son aspectos muy graves dentro de la función judicial. Hay que definir el estado-administración del Poder Judicial, hay que diferenciar con *Binding*, el poder de emitir del poder de decidir. Solo los jueces detentan y ejercen uno de los poderes característicos del Estado moderno: La jurisdicción propia para "decidir el derecho".

Necesaria y urgente es la reforma de este organismo nacido de la desconfianza y que no corresponde a ningún modelo ejemplar que ha contribuido solo a complicar la vida de por sí difícil y compleja de la sociedad colombiana.

A esta reforma es preciso atender con la mayor solicitud pues el país está fatigado de un proceso penal lleno de sorpresas, miedo de terror y carente de lógica.

Bien parece que "todo cambio de leyes nos empeora". Esta realidad que padecemos está caracterizada por la excentricidad, el exagerado rigorismo en ocasiones y antagonismos innecesarios. El acusador haciendo el proceso es un privilegio intolerable.

Realizable en la práctica que una sola mente dirija sus actos en direcciones contrarias y diversas. Esta fue una reforma oportunista pero en realidad propicia los abusos.

Analizando lo antes expuesto se puede establecer cuáles son las funciones y atribuciones, que no le están permitidas a la Fiscalía General de la Nación, pero que haciendo uso del artículo 116 de la Constitución, las realiza aludiendo al presupuesto "Administración de Justicia".

Ordenar la captura, de las personas, puesto que si en estado de flagrancia le está prohibido al aprehensor poner a disposición del aprehendido ante una autoridad diferente que no sea el juez, con fundamento en la ley está prohibido que sea el Fiscal quien ordene la captura por fuera de este evento, ya que no puede quien acusa y ordena la prueba en acusación disponer de la libertad personal.

Admitir lo contrario, sería tanto como permitir que una parte del proceso su condición dentro del proceso, sometiendo bajo esa condición al imputado, quien quedaría supeditado a las reglas de procedimiento que buenamente le quiera imponer el fiscal, que es su deber, en sentido literal.

2. No podrá ordenar la detención preventiva puesto que las medidas de aseguramiento de que trata el artículo 250-1 de la C. N. no se refieren a la medida de privación efectiva de la libertad; ya que como antes se indicó, en el artículo 28, inciso 2, obliga a que toda persona detenida preventivamente sea puesta a disposición del Juez, dentro de las 36 horas siguientes. Interpretar la norma en sentido contrario sería tanto como admitir que la norma permite que haya dos clases de funcionarios encargados de administrar justicia de las personas en el proceso judicial: *Un funcionario que dicta la orden y otro que custodia la detención*. Esta tesis de ser aceptada, sería un contrasentido por cuanto viola el principio de la certeza judicial subjetiva (el ciudadano tiene derecho a saber quién lo detiene, por qué lo detienen, y quién puede dirigirse para cuestionar la detención).

3. El fiscal como agente investigador no puede delegar la función de instrucción de sumarios y juzgamiento de delitos a las autoridades administrativas por expresa prohibición del artículo 11, inciso 3 de la C. N.

En consecuencia los organismos del Estado que desarrollan actividades permanentes o transitorias de inteligencia, de seguridad o de investigación, deberán recaudar las averiguaciones necesarias dentro de los lineamientos ordenados por el fiscal, quien no puede por eso mismo ni allanar, ni recibir declaraciones, versiones libres y espontáneas o indagatoria, sino que debe presentar al juez el catálogo de nombres de quienes serán sus testigos o los datos necesarios para que sea este en audiencia pública quien reciba las pruebas que deberán ser controvertidas por la defensa.

4. No puede decretar el embargo y secuestro de bienes puesto que el artículo 250-1 de la Carta solo le permite "tomar las medidas necesarias para hacer efectivo el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios ocasionados con el delito".

Estas medidas necesarias no pueden ni tienen por qué interpretarse como la de sacar del comercio los bienes del imputado. La norma, literalmente, ordena al fiscal investigar, como función principal y es por esta razón por la que sólo puede averiguar los bienes del imputado, establecer su cuantía, su procedencia, su titularidad etc. Y sólo podrá, decretarse el embargo de esos bienes por el juez del juzgamiento.

Recuérdese cómo la *Extinción del Dominio* sobre los bienes adquiridos por el imputado solo puede ser declarada judicialmente mediante una *Sentencia* según lo dispone el artículo 34 Inc. 2 de la C. N.

NATURALEZA DE LA FISCALIA

Doctrinariamente se ha venido especulando acerca de si la Fiscalía General debía actuar como órgano Administrativo con el carácter de parte dentro del proceso penal; si su actuación convendría como un representante de la sociedad en el ejercicio de las acciones penales, o, si su función debía ser la de un simple colaborador de la función jurisdiccional.

Nuestro derecho positivo erróneamente acoge la tesis de que la Fiscalía es un órgano judicial y no administrativo. En el inciso final del artículo 249 de la Constitución Política preceptúa: "La

Fiscalía General de la Nación forma parte de la Rama Judicial y tendrá autonomía administrativa y presupuestal". La consecuencia lógica de este encuadramiento se expresó en el artículo 24 del nuevo Código de Procedimiento Penal, cuando en él se establece que "la acción penal corresponde al Estado y se ejerce exclusivamente por la Fiscalía General de la Nación durante la etapa de la Investigación...".

El Constituyente de 1991, ubicó en forma desacertada y sin prever el verdadero contenido de un sistema acusatorio, a la Fiscalía como órgano administrador de Justicia y formando parte de la Rama Judicial, mientras en otros países a esta institución se le reconoce su verdadero carácter y dependencia del poder ejecutivo, situación que no se hará en nuestra institución judicial, porque fácilmente se puede ubicar dentro de la rama judicial sin que esto implique administrar justicia.

En España. La vigente ley de enjuiciamiento criminal de España dice, en su artículo 101, lo siguiente:

"La acción penal es pública. Todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la ley".

Por su parte, el artículo 105 del mismo ordenamiento dispone:

"Los funcionarios del ministerio fiscal tendrán la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la ley, todas las acciones penales que consideren conducentes haya o no acusador particular en las causas, menos aquellas que el Código Penal reserva exclusivamente a la querrela privada.

También deberán ejercitarlas en las causas, por los delitos contra la honestidad que, con arreglo a las prescripciones del Código Penal deben denunciarse previamente por los interesados o, cuando el Ministerio Fiscal deba, a su vez, denunciarlos por recaer dichos delitos sobre personas desvalidas o faltas de personalidad".

En México:

En México el Ministerio Fiscal se caracteriza como "una institución independiente del Estado (poder ejecutivo)" que actúa en representación de la Sociedad para el ejercicio de la acción penal y la tutela social en todos aquellos casos que le asignen las leyes". Del siguiente modo o prescriben los artículos 3º y 136 del Código Federal de Procedimientos Penales.

El Ministerio Público deberá ejercitar la acción penal. En ejercicio de la acción penal corresponde al Ministerio Público: I. Promover la incoación del procedimiento judicial. II. Solicitar las órdenes de comparecencia para preparatoria y las de aprehensión, que sean conducentes. III. Pedir el aseguramiento precautorio de bienes para los efectos de la reparación del daño. IV. Rendir las pruebas de la existencia de los delitos y de la responsabilidad de los inculcados. V. Pedir la aplicación de las sanciones respectivas y, VI. En general, hacer todas las promociones que sean conducentes a la tramitación regular de los procesos.

En Costa Rica:

En el Código de Procedimiento Penal de Costa Rica se preceptúa:

"La acción penal pública será ejercida exclusivamente por el Ministerio Público, el que deberá iniciarla de oficio".

En Cuba:

La ley de Procedimiento Penal de Cuba, en sus artículos 272, 273 y 274, prescribe:

"La acción penal se ejercita ante el órgano jurisdiccional competente para conocer de la acusación contra el presunto culpable de los hechos delictivos que se le imputen. La acción penal respecto de los delitos perseguibles de oficio se ejercita por el fiscal. Puede también, por excepción, ejercitarse por el perjudicado por el delito en el caso a que se refiere el artículo 268. La acción penal, correspondiente a los delitos privados se ejercita mediante querrela del perjudicado".

En Argentina:

El Código de Procedimientos en lo Criminal para la Justicia Federal Argentina, en su art. 14 dispone:

"De todo delito nacen acciones, las que son públicas cuando debe ejercitarlas el Ministerio Fiscal, sin perjuicio del derecho de acusar o de intervenir como parte querellante en el juicio, que incumben a las personas ofendidas o damnificadas por el delito o a sus representantes legales; y privadas, cuando su ejercicio incumbe solamente a éstas".

PRECEDENTE EN COLOMBIA:

La Reforma Constitucional de 1979 creó la Fiscalía General de la Nación, como una Entidad perteneciente al Ministerio Público. Las funciones que le fueron atribuidas se concretaron en adelantar la investigación de los delitos; asegurar la comparecencia de los presuntos responsables al proceso y promover su juzgamiento ante las autoridades jurisdiccionales.

En desarrollo de lo anterior se dictó el Decreto 181 de 1981 el cual constituyó un nuevo estatuto procesal penal de específica naturaleza acusatoria. En esta normatividad se estableció que la acción penal correspondía al Estado y que se ejercería por el Fiscal General de la Nación, por sí o por medio de sus agentes.

Consecuentemente con los principios que le inspiraron, se disponía que el fiscal fuera la parte acusadora en el juicio y que actuaría en representación de la sociedad, para velar por el cumplimiento de la ley y con el fin de determinar lo concerniente a la responsabilidad penal y civil.

Infortunadamente el precitado decreto no entró en vigencia, pues por vicios de procedimiento no entró a regir la Reforma Constitucional en la que fundamentaba su ser jurídico.

Hoy encontramos plasmado en el texto Constitucional y en el Código de Procedimiento Penal un Sistema Acusatorio que no compagina con su verdadera esencia por cuanto la razón de ser de este sistema se fundamenta en las siguientes características:

LA DIVISION DE LOS PODERES COMO GARANTIA DEL DERECHO

Indudablemente que uno de los pilares del Estado de derecho es la separación de los poderes públicos. Con razón Montesquieu expresaba que todo hombre que tiene poder tiende a abusar de él por lo cual esbozó su teoría de la separación de los poderes aspirando a un Estado más justo, mediante el control de un poder por los otros (libro Espíritu de las Leyes).

En Colombia la organización del Estado conforme al artículo 3 de la Carta Política se compone de tres ramas del Poder Público, a saber: Legislativa, Ejecutiva y Judicial.

Además contempla el precitado artículo que los diferentes ganos del Estado tienen funciones separadas, pero colaboran mónicamente para la realización de sus fines.

Rama Ejecutiva. El Presidente de la República es el Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa. Además dirige la fuerza pública y dispone de ella como Comandante Supremo de las Fuerzas Armadas.

En este orden de ideas el Ejército, Policía, DAS etc., forman parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público, y en armonía con artículo 120 del Código de Procedimiento Penal, el Fiscal General dirige y coordina las funciones de Policía Judicial que en forma permanente cumple la Policía Nacional y demás organismos que señala la ley; quedando de esta manera integrado lo que llama el C.T.I. (Cuerpo Técnico de Investigaciones).

En estas condiciones jamás el ciudadano tendrá plenas garantías de sus derechos, en un sistema en el cual quien maneja el poder (Policía -DAS- Ejército, etc.) sean los mismos que administran justicia o digan cuándo el uso de ese poder es legítimo.

Un ejemplo palpable de ese inmenso poder se materializa en la gura de los allanamientos que realiza la Fiscalía General de la Nación amparada en la desafortunada figura de "Administración de Justicia", ya que anteriormente la Policía Judicial era un apoyo del juez y este decidía cuándo era procedente o no el allanamiento y se realizaba bajo su estricto control.

En la actualidad la Policía Judicial-C.T.I., quedó incorporada a la Fiscalía y el allanamiento lo ordena el fiscal, quien es a la vez ejecutor del mismo con auxilio del C.T.I., es decir, quien ejerce fuerza no tiene el control de otro funcionario diferente que evite el abuso, ya que la Fiscalía es quien dispone y declara cuándo es legítimo el uso de esa fuerza (investiga, acusa, califica y dispone de la fuerza).

La Fiscalía General de la Nación como órgano de la Rama Judicial, es una ubicación muy discutida, pues este funcionario no administra justicia y depende en la gran mayoría de los países, del jefe del ejecutivo.

Creemos que por razones políticas y no jurídicas, se le dio la ubicación que aparece en el texto constitucional -artículo 116.

CONCLUSIONES DEL ANÁLISIS EVALUATIVO DE LA FISCALIA

Aproximadamente una década después de haberse instaurado a través de la Constitución de 1991, resolver la grave crisis en la que se encuentra la Administración de Justicia debido a los altos índices de corrupción e impunidad, se creó la Fiscalía General de la Nación como paradoja de una recta y cumplida Administración de Justicia en Colombia. La opinión pública acogió "el lajor popular" y forzó la necesidad de fortalecer la Justicia mediante la creación de un estamento fuerte, centralizado y con amplios poderes para poner fin al grave problema de la criminalidad generalizada (de esta reforma, se fortalecieron los poderes ejecutivo y jurisdiccional en detrimento del poder legislativo, quien sufrió una especie de *Capitae diminutio* por el tránsito

de un sistema de derecho legislado a un sistema de derecho judicial, de carácter ecléctico, donde el Congreso no ejerce con exclusividad la cláusula general de competencia legislativa, como forma de equilibrio democrático).

Del examen de la estructura orgánica y funcional de la Fiscalía, podemos afirmar sin lugar a equivocarnos, que es un ente sin control, todopoderoso, debido a lo ilimitado de sus facultades, poderes y mecanismos utilizados al impartir justicia. El Fiscal es el jefe máximo en la escala jerárquica (artículo 249 de la Constitución Política), autónomo y se concentra en esta sola persona el poder de ser juez y parte en la administración de justicia. Es decir, ejerce toda la actividad jurisdiccional en materia penal incluida la potestad de imponer medidas restrictivas de la libertad, decretar embargos y secuestro de bienes, imponer sanciones y prohibiciones de salir del país, librar órdenes de captura, vincular a los procesos judiciales decretar allanamientos, testimonios, mantener a las personas privadas de la libertad por largos períodos de tiempo, acusar ante los jueces, aun a los propios jueces y a prácticamente todos los colombianos.

La condición omnipotente del Fiscal General al interior de la Fiscalía deviene del hecho de ser sólo sus agentes, o sea sus representantes personales, los diferentes fiscales delegados, quienes son de libre nombramiento y remoción y no poseen independencia en sus actuaciones y decisiones, obligados a seguir las orientaciones y directrices trazadas por el Fiscal General, pudiendo ser desplazados de sus cargos e investigaciones o reemplazados intempestivamente en primera y segunda instancia, es decir, que el poder lo delega el Fiscal General de manera personal, pero no funcional, de ahí que las tareas más importantes de la Fiscalía las delega en personas de su exclusiva confianza, y estas a su vez hacen lo propio con el personal de confianza en la escala jerárquica hasta llegar a los más bajos cargos de la Fiscalía, lo que ha contribuido además a la burocratización de la institución y a su ineficiencia, ocasionando una remoción pública subjetivada para la conservación del cargo o el ascenso basado en la simpatía y el beneplácito, y no por las capacidades, calidades o méritos personales. De esta manera, la subjetivización ha pervertido y corrompido la institución.

Los datos son reveladores, en 1992, apenas recién creada la Fiscalía existían 160.495 procesos penales acumulados sin resolver en la parte inactiva, lo que fue exculpado con la congestión recibida del viejo sistema de instrucción ineficaz y obsoleto. Pero, varios años después, en 1997 el número de procesos penales repesados y sin resolver en la Fiscalía eran de 625.514. En la actualidad, los indicadores señalan como duplicada esta cifra. Sin embargo, la Fiscalía hoy cuenta con más de 21.000 empleados nombrados a dedo por el Fiscal General y ejecuta un presupuesto diario de 2000 millones aproximadamente. Si a lo anterior, le sumamos los gastos operativos de la institución, o sea mantener la ineficiencia de 625.514 procesos penales, por señalar una sola cifra, le cuesta a los colombianos la no despreciable suma de \$433.147.879.000, agravados con el hecho que para la fecha 1997 del citado dato estadístico, la Procuraduría General de la Nación denunció que la impunidad en Colombia se colocó en un 98%.

Lo anterior, pone de presente, que el verdadero problema de nuestra justicia penal es: El exceso de poder en una sola institución.

En la presente década ha demostrado su más profundo fracaso y reclama urgente, no su fortalecimiento como se pretende con la vigencia de la reforma penal, sino su completa reestructuración para equilibrar sus poderes, hacerla imparcial y más eficiente en la tarea de investigar, acusar y perseguir el delito donde quiera que se encuentre sin administrar justicia en la doble condición de juez y parte (tomado del profesor Grosso, en su ensayo "La Fiscalía y la Reforma Penal Colombiana, la Realidad Detrás de la Imagen").

Como lo hemos podido mostrar, se trata de la desviación que se hace de la realidad por parte de los fabricantes de imagen y por un sistema de justicia espectáculo, que de un tiempo para acá ha permeado el ámbito de la justicia nacional, de manera especial la justicia penal impartida por la Fiscalía, para deformar por completo la realidad y presentar un cuadro totalmente falso de lo que sucede en la práctica y a su interior, al punto que hoy pueden distinguirse con claridad dos conceptos y dos realidades de nuestra justicia penal: la que presentan los medios de comunicación y fabrican artificiosamente los manipuladores de la opinión pública, y lo que sucede en la realidad detrás de esta imagen. La primera, pretende disfrazar la ineficiencia y convertirla en eficacia, para esconder los abusos desmedidos de su poder mediante el impacto visual de un show montado, a través de los medios y se oculta entonces, la violación de los derechos humanos tras una parafernalia de lucha contra la criminalidad que es en la realidad falsa por cuanto se nutre de imágenes mientras en la realidad la impunidad crece. La segunda, o sea la otra justicia, la que funciona realmente, deviene en inoperante, burocrática, sin resolver a tiempo los asuntos, dilatando indebidamente los términos, encarcelando

indebidamente, en operativos especiales, es decir, la justicia protagónica que viene padeciendo el país y que se oculta habilidosamente.

En la primera, tal como lo expresa el Profesor, doctor Manuel Grosso en su ensayo "La Fiscalía y la Reforma Penal Colombiana la realidad detrás de la imagen". La situación planteada, la podemos subsumir en la inmortal frase del maestro de la literatura Milán Kundera: "La lucha del hombre contra el poder, es la lucha de la memoria contra el olvido".

Por lo tanto, no se nos puede olvidar que en ejercicio de eficientismo judicial y maniqueísmo social, hoy la Fiscalía ostenta la omnimoda función de ser a la vez legislador, intérprete y aplicador de la reforma penal que entra a regir a partir del mes de julio próximo, y seguirá actuando como juez y como parte en el proceso penal, que es lo que sencillamente busca evitar el presente acto legislativo.

Representantes,

Charles Schultz Navarro, Manuel de Jesús Berrio Torres

(Siguen firmas ilegibles)

CAMARA DE REPRESENTANTES

SECRETARIA GENERAL

El día 29 de marzo de 2001 ha sido presentado en este despacho el Proyecto de ley número 168, con su correspondiente exposición de motivos, por el honorable Representante *Charles Schultz Navarro*.

El Secretario de la Cámara de Representantes,

Angelino Lizcano Rivera

PROYECTOS DE LEY

PROYECTO DE LEY NUMERO 164 DE 2001 CAMARA

por el cual se adiciona un parágrafo 4° en el artículo 1° de la Ley 89 de diciembre de 1988

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. Aportes al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Se adiciona al artículo 1 de la Ley 89 de diciembre de 1988 con el parágrafo 4, el cual quedará así:

Parágrafo. Para atender la deuda que tienen las universidades del orden territorial con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar por concepto de aportes, serán compensadas mediante la prestación de servicios, en programas de capacitación, exámenes de diagnóstico, pruebas de laboratorios y otros, según los requerimientos y necesidades del ICBF.

Artículo 2°. La presente ley rige a partir de su sanción.

EXPOSICION DE MOTIVOS

La Universidad Pública como patrimonio de la sociedad, está obligada a dar sentido a su existencia, a defender y a promocionar la equidad social y, por tanto, a constituirse en una oportunidad para los sectores más pobres y vulnerables. Y dar esta oportunidad no significa ofrecer actividades y programas sólo para los habitantes

de las grandes ciudades, sino que implica acercarse a las regiones más aisladas. Además, debe hacerlo con garantía de calidad, pues de otro modo, propiciaría una educación de segunda categoría para los sectores marginados.

De igual manera el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar atiende las necesidades básicas de nutrición, salud, protección desarrollo individual y social de los niños de los estratos sociales pobres del país.

Por su parte, a las universidades del orden Territorial, el Gobierno Nacional nunca les ha asignado recursos para atender las transferencias por concepto de aportes parafiscales al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Los aportes de la Nación dichas universidades, sólo cubren los salarios de los empleados en la situación que no les ha permitido cumplir con dichas obligaciones parafiscales.

La obligación a enero del 2001, por el no pago de los aportes parafiscales establecidos en el 3 por ciento de nómina mensual que se tiene con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, del orden de \$25.000 millones. Esta deuda, en un 90 por ciento corresponde a las Universidades de Antioquia, Valle e Industri de Santander. En reiteradas oportunidades se le ha manifestado al Ministerio de Hacienda, la imposibilidad que han tenido estas instituciones, de cancelar dichos aportes.

nal y empleo de personas inválidas o discapacitadas físicas con el propósito de garantizar la existencia de mecanismos adecuados de adaptación para todas las personas que la necesiten y de promover oportunidades de empleos para éstas en el mercado regular de bajo, política basada en igualdad de oportunidades entre trabajadores inválidos y los demás trabajadores sean hombres y mujeres.

Debe buscarse cooperación y coordinación entre organizaciones sociales y empresariales, los organismos públicos y privados que encargan de la readaptación profesional.

Como reseña histórica sobre la manera como se ha venido desarrollando el manejo ortésico, protésico, calzado o en aparatos ortopédicos en la población discapacitada física de Colombia, podemos decir que se ha realizado a través de los técnicos empíricos y sus colegas Ortopédicos durante 52 años de existencia de esta profesión en el país. Ceñidos de manera rigurosa a una prescripción médica, dirigida por el médico traumatólogo, ortopedista, fisiatra o por las entidades prestadoras de servicios de salud (E.P.S.- I.P.S.) profesionales quienes confían sus pacientes y evalúan la rehabilitación y manejo ortopédico que realizamos en ello, emitiendo su concepto y aprobación del uso finalmente.

El técnico ortesista, protesista, calzado o en aparatos ortopédicos, como parte integral de la rehabilitación física esquelética de la población discapacitada de Colombia, ha venido supliendo las necesidades físicas a lo largo de toda nuestra historia sin ningún respaldo y apoyo ajeno al de su propio esfuerzo, tratando casos de enfermedades como la de los pies planos, como también elaborando y diseñando aparatos para la corrección de deformidades de la columna vertebral (coliosis) patología esta que afecta a un sinnúmero de adolescentes. También en el manejo de infantes con síndrome de mielomeningocele, enfermedad esta con características irreversibles, además del manejo ortésico, para el tratamiento de la "Displasia de Cadera" con ferulaje de Algram, y otros aparatos para los niños de 3 a 6 meses, en un porcentaje de cada 6 niños, 5 presentan este tipo de patología, esto es una pequeña parte de los casos que se manejan con ayudas ortésicas, sin contar la otra parte de la población colombiana que sufre "amputaciones" y otras causas de enfermedades como son:

Diabetes, arteroesclerosis (insuficiencia circulatoria) y el mayor número de amputaciones que se presenta por los traumatismos que usan los accidentes de tránsito y de trabajo, pacientes todos estos que pasan por manos de los técnicos, para su adaptación a su vida familiar, social y laboral.

La Asociación Colombiana de Técnicos Ortesistas y Protesistas, juega un papel importante entendiendo la necesidad de su asociado en tanto a que en Colombia "No ha existido ni existe" institución para formar y capacitar a los técnicos empíricos y cumpliendo fielmente con sus estatutos se ha dado a la tarea de traer profesores de los extranjeros procedentes de Alemania, Suiza, Inglaterra y U.S.A. para capacitar a los técnicos, también de manera empírica en las últimas técnicas en cuanto a componentes modulares para prótesis de miembros inferiores en Titanium-fibra de carbono, así como componentes para prótesis de miembro superior "Mioeléctrica o Robótica" que obedecen a los estímulos del cerebro, a través del sistema nervioso, así como de la Organización de Seminarios y Talleres de Anatomía, Fisiología, Patología y Biomecánica, con el fin de elevar el nivel técnico-científico de nuestros asociados.

No es ningún secreto que desde hace mucho tiempo varios sectores de la población e inclusive miembros de nuestra "Asociación" (Asocopro) han buscado que se les reglamente el ejercicio como técnico en ortesistas y protesistas, que son capaces para ejercer esta profesión. Esto por la razón de que se han visto proliferar casas ortopédicas manejadas por gente cuya habilidad y conocimientos en el área son cuestionables. Nuestra Asociación no está avalada jurídicamente para limitar la actividad de este tipo de "establecimientos o negocios." Sin embargo sí estamos habilitados para extender un reconocimiento por parte de la Asociación Colombiana de Técnicos Ortesistas y Protesistas para sus asociados que cumplan con ciertos criterios y que nos permitan dar un aval del desarrollo profesional del individuo.

Por esto la Asociación Colombiana de Técnicos Ortesistas y Protesistas considera que el honorable Congreso de la República le haría un aporte a la salud de nuestro país y a la población discapacitada físico esquelética, reconociendo y acreditando a los técnicos empíricos, así como reglamentando el ejercicio de la profesión, a través de la presente ley, además para casas o centros de elaboración y adaptación de ayudas ortoprotésicas, así como también asignando algunos recursos para la formación de escuelas o instituciones, para la capacitación de técnicos por medio de la asociación.

Los objetivos que se buscan son:

1. Lograr la organización y regulación de las casas ortopédicas, para ofrecerle una atención y tratamiento digno a la población discapacitada físico esquelética de Colombia.
2. Lograr la regulación y control en los precios, para evitar los abusos a que son sometidos los pacientes a los cuales se les prescriben las ayudas ortoprotésicas.
3. Lograr a través de este proyecto, la implementación de escuelas e institutos para la formación y capacitación de técnicos profesionales en Colombia.

Alvaro Díaz Ramírez,

Representante a la Cámara.

CAMARA DE REPRESENTANTES
SECRETARÍA GENERAL

El día 27 de abril del año 2001 ha sido presentado en este Despacho, el Proyecto de ley número 205 de 2001, con su correspondiente exposición de motivos, por el honorable Representante *Alvaro Díaz*.

El Secretario General,

Angelino Lizcano Rivera.

TEXTOS APROBADOS EN COMISION

TEXTO AL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO NUMERO 151 DE 2001 CAMARA

probado el día 26 de abril, según Acta número 24, por medio de la cual se modifica el artículo 250 de la Constitución Política de Colombia.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1º. El artículo 250 de la Constitución Nacional quedará así:
Artículo 250. Corresponde a la Fiscalía General de la Nación, de oficio o mediante denuncia o querrela, investigar los delitos y acusar

a los presuntos infractores ante el juez competente. Se exceptúan los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio. Para tal efecto la Fiscalía General de la Nación deberá:

1. Asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, solicitando ante el juez competente la adopción de una medida de aseguramiento.
2. Calificar las investigaciones realizadas y acusar ante juez competente.
3. Requerir ante el juez competente la preclusión de las investigaciones cuando no hubiera mérito para acusar, sin perjuicio de la aplicación del principio de oportunidad.

4. Requerir ante el juez competente las medidas necesarias para hacer efectivo el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito.

5. Dirigir y coordinar las funciones de Policía Judicial que en forma permanente cumplen la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley.

6. Velar por la protección de las víctimas, testigos e intervinientes en el proceso.

7. Cumplir las demás funciones que establezca la ley.

El Fiscal General de la Nación y sus delegados tienen competencia en todo el territorio nacional.

La Fiscalía General de la Nación está obligada a investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado, y a respetar sus derechos fundamentales y las garantías procesales que le asisten.

Parágrafo transitorio primero. La ley establecerá, por un término de diez años prorrogables por una vez, los delitos en los cuales la Fiscalía mantendrá las funciones de dictar medidas de aseguramiento y las medidas necesarias para hacer efectivo el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito, para lo cual el Congreso cuenta con un lapso de nueve meses contados a partir de la expedición del presente acto legislativo.

Autorízase al Presidente de la República, hacerlo mediante decreto con fuerza de ley en los tres meses siguientes.

El mismo procedimiento se aplicará para, adaptar el Código de Procedimiento Penal a lo establecido en el presente acto legislativo.

Parágrafo transitorio segundo. Las providencias expedidas por la Fiscalía General de la Nación con anterioridad, no podrán ser demandadas argumentando el cambio en el régimen constitucional.

Artículo 2°. Este acto legislativo entrará en vigencia de manera simultánea con las leyes establecidas en el parágrafo transitorio primero.

En los anteriores términos fue aprobado el texto del Proyecto de Acto Legislativo número 151 de 2001.

Antonio Navarro Wolff, Luis F. Velasco Ch., Tarquino Pacheco, Jesús I. García, Roberto Camacho, Ponentes.

*Diego Osorio Angel,
Secretario.*



Gaceta número 159 - Miércoles 2 de mayo de 2001
CAMARA DE REPRESENTANTES

PROYECTOS DE LEY

	Págs.
Proyecto de ley número 194 de 2001 Cámara, por la cual se dictan normas tendientes a garantizar la atención en salud de la población vinculada al Sistema General de Seguridad y la atención de las patologías no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud, POS, del Régimen Subsidiado.....	1
Proyecto de ley número 197 de 2001 Cámara, por la cual se modifica el artículo 45 de la Ley 99 de 1993.....	2
Proyecto de ley número 198 de 2001 Cámara, por medio de la cual se declara Patrimonio Cultural de la Nación al Carnaval del Distrito Especial Industrial y Portuario de Barranquilla, y se ordenan unas obras.....	3
Proyecto de ley número 199 de 2001 Cámara, por medio de la cual se honra la memoria de un meritorio hombre público Don Victoriano de Diego Paredes y Paramato.....	4
Proyecto de ley número 200 de 2001 Cámara, por la cual se autoriza la emisión de la estampilla Pro-Homenaje a la memoria del emérito ciudadano Don Victoriano de Diego Paredes y Paramato, con motivo de cumplirse 154 años de su fallecimiento y se dictan otras disposiciones.....	5
Proyecto de ley número 204 de 2001 Cámara, por medio de la cual se modifican y adicionan los artículos 1°, parágrafo 5° y el numeral 15 parágrafo del artículo 4° de la Ley 141 de 1994.....	6
Proyecto de ley número 205 de 2001 Cámara, por la cual se reglamenta el ejercicio profesional del técnico en órtesis, prótesis, calzado o en aparatos ortopédicos en la República de Colombia, y se dictan otras disposiciones.....	9

TEXTOS APROBADOS EN COMISION

Texto al Proyecto de acto legislativo número 151 de 2001 Cámara, aprobado el día 26 de abril, según Acta número 24, por medio del cual se modifica el artículo 250 de la Constitución Política de Colombia ...	11
--	----

REPUBLICA DE COLOMBIA

DESARROLLO

BIBLIOTECA



GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CÁMARA

(Artículo 36, Ley 5ª, de 1992)

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA - INSTITUTO ET LITTERAE

ISSN 0123-9066

AÑO X - Nº 297

Bogotá, D. C., miércoles 13 de junio de 2001

EDICION DE 8 PAGINAS

DIRECTORES:

MANUEL ENRIQUEZ ROSERO
SECRETARIO GENERAL DEL SENADO

ANGELINO LIZCANO RIVERA
SECRETARIO GENERAL DE LA CÁMARA

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PUBLICO

SENADO DE LA REPUBLICA

PONENCIAS

INFORME DE PONENCIA PARA SEGUNDO DEBATE AL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO NUMERO 19 DE 2001 SENADO, 151 DE 2001 CÁMARA

*por medio del cual se modifica el artículo 250
de la Constitución Política de Colombia.*

Señor Doctor

MARIO URIBE ESCOBAR

Presidente

Honorable Senado de la República

Bogotá, D. C.

Toda vez que hemos sido designados ponentes del Proyecto de Acto legislativo número 19 de 2001 Senado, 151 de 2001 Cámara, titulado *por medio del cual se modifica el artículo 250 de la Constitución Política de Colombia*, autoría de los honorables Representantes William Darío Sicachá, Basilio Villamizar, Carlos Germán Navas Talero, entre otros; cumplimos con la obligación reglamentaria de rendir el presente informe y someterlo a consideración de los honorables Senadores que conforman la Cámara por usted presidida.

En vista de que el proyecto de acto legislativo que se analiza corresponde a las funciones que cumple la Fiscalía General de la Nación, es el caso comenzar haciendo una presentación general de la Institución, tal como fue estructurada en la Constitución de 1991.

Uno de los grandes debates que tuvo origen en la Asamblea Nacional Constitucional de 1991, fue precisamente el relacionado con la adscripción del sistema procesal colombiano a la tendencia acusatoria, o si por el contrario era conveniente mantener la orientación inquisitiva.

En principio, luego de leer las actas tanto de la Comisión, como de los debates en plenaria, la intención de dicho cuerpo constitucional fue la de vincularlo al sistema acusatorio, sólo que, por razón de los mismos debates y discusiones, se produjo un sistema procesal penal a la colombiana.

Efectivamente se crea la Fiscalía General de la Nación, y en la cúspide de ella el Fiscal General. Para resolver un primer problema consistente en la procedencia y origen del mismo, y evitar la politización de su designación, se resolvió que el Presidente de la República conformara una terna de candidatos, y que de ella hiciera la elección la Corte Suprema de Justicia, evitando con ello que el Fiscal fuese un agente directo del Presidente de la República, como si sucede en el sistema judicial norteamericano, por ejemplo.

Posteriormente, al discutir funciones de la institución, concretamente en el artículo 250 que hoy se pretende modificar, se incluyen una serie de funciones, que en la teoría corriente de la Fiscalía a nivel mundial no las tienen, como por ejemplo adoptar medidas de aseguramiento de los presuntos infractores, calificar y declarar la preclusión de las investigaciones realizadas, pero además de acuerdo con funciones especiales, asignadas directamente al Fiscal General de la Nación, artículo 251, se puede deducir que la entidad cumple la función de acusar. Y para hacer más confusa la situación, entonces se establece que la Fiscalía está obligada a investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado.

Y siguiendo con el mismo hilo conductor, entonces, en el artículo 116 de la C.P. se incluye como organismo que administra justicia a la Fiscalía General de la Nación.

Y para culminar, en la descripción de algunos derechos, desarrollados en el Título II de la misma Constitución, se refiere a autoridad judicial, con lo que incluye a jueces y fiscales, como en el inc. 1º del artículo 28; artículo 30, y en otros eventos se refiere exclusivamente a juez, como en el inc. 2º del artículo 28, o en el artículo 32, lo que ha traído como consecuencia que la Corte Constitucional haya tenido necesidad de determinar que cuando se dice juez, se entienda autoridad judicial, y que en otros eventos autoridad judicial es juez.

Pero volvamos a la naturaleza de la Fiscalía, porque, a diferencia de la regla general mundial, aquí la Fiscalía tiene funciones judiciales. Entonces es juez en la investigación, para arrimar pruebas tanto en lo favorable como en lo desfavorable, y en la etapa del juicio se

convierte en acusador y proponer la condena de las personas a quienes él ha llamado a juicio.

Así enunciado el sistema que rige hoy, se presentan muchos inconvenientes, en primer lugar de congestión, porque al Fiscal, en la etapa de instrucción, no solamente practica pruebas, sino que resuelve situación jurídica, califica las investigaciones, resuelve todas las solicitudes que presenten los sujetos procesales en esa etapa procesal, y además concurre a la etapa del juicio, y concretamente a la audiencia pública. Todo esto trae como consecuencia, que la Fiscalía se presente como efectiva para casos de relevancia, pero no eficaz para el común de los casos.

Además, se presentan dos características adicionales, consistentes en que la Fiscalía es una entidad jerarquizada, pero además el Fiscal General tiene potestad de hacer movimiento de sus Fiscales Delegados, lo que ha traído como consecuencia que las decisiones judiciales que tomen los Fiscales, por sustracción de materia, en la vida práctica no cuentan con segunda instancia.

Así presentadas las cosas, el sistema creado por la Constitución de 1991 no ha tenido la efectividad que se quería; pero además tampoco ha sido garantista de los derechos de los procesados, sencillamente porque se mantuvo el esquema inquisitivo, pero con Fiscalía General de la Nación.

Como reacción a esta situación de hecho, la honorable Cámara de Representantes ha tramitado el proyecto de acto legislativo objeto de este informe, sólo que se pretende modificar exclusivamente el artículo 250, referente a las funciones de la Fiscalía, para quitarle las funciones judiciales, y asignárselas a los jueces de la República, solicitándole a este funcionario, la adopción de medidas de aseguramiento, la apertura del juicio público, las preclusiones de investigación y las medidas necesarias para hacer efectivo el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito.

En la misma propuesta se incluye un párrafo transitorio en donde se establece que por el término de diez años, prorrogable por otro tanto, y por los delitos que establezca la ley, la fiscalía mantenga las funciones judiciales que hoy tiene.

También se establecen facultades al Presidente, por una sola vez, para que expida un nuevo Código de Procedimiento Penal, a fin de que desarrolle en forma gradual el modelo de tendencia acusatoria, y para el ejercicio de esas facultades se conforma una Comisión Redactora y se dan unas reglas fijas de funcionamiento de tal Comisión.

Frente a un texto de similar contenido al que se estudia, el doctor Rómulo González Trujillo, Ministro de Justicia y del Derecho del actual Gobierno Nacional, ha manifestado lo siguiente:

".. No necesita demostrarse el colapso en que se encuentra nuestra administración de justicia: la decisión en un proceso toma tanto tiempo que se torna inútil; la función de investigación no puede desarrollarse cabalmente por parte de la fiscalía, que debe preocuparse al mismo tiempo por velar por los derechos de los sindicados; existe una cifra escandalosa de impunidad. Es imperioso dar una solución a estos problemas.

La primera necesidad que se hace evidente es la de fortalecer la función investigativa de la Fiscalía General de la Nación. El escaso sustento probatorio con el cual se instruyen los procesos es un reflejo del peso que gravita actualmente sobre esta institución: además de dirigir la investigación y practicar las pruebas conducentes a imponer a los responsables de hechos punibles las penas que prevé la ley, debe erigirse en guardián de las garantías del procesado.

Por ello, se ha concebido como una solución posible despojar a la Fiscalía de la función de velar por los derechos fundamentales del

sindicado, dedicándose con toda su energía a investigar los delitos para asignar el cuidado de los derechos fundamentales a otro funcionario. Con ello, el instructor podrá utilizar eficazmente su habilidad investigativa, sin tener que inhibirse mentalmente por estar pendiente del cuidado de asuntos ajenos a su función.

Entre estos derechos que se incorporan a la Constitución, se encuentra el de ser juzgado por un juez o tribunal imparcial. Conforme a lo expuesto, debemos entender que este mandato de imparcialidad del juzgado está integrado a la Constitución y es para todos los efectos una norma constitucional que reclama cumplimiento.

Ahora bien, en nuestro sistema, cuando el fiscal decreta o practica una prueba, cuando profiere una medida de aseguramiento, cuando ordena una captura, en fin, cuando toma decisiones de carácter judicial, se afecta la imparcialidad del juzgador, en desmedro de los tratados internacionales y de las propias garantías que la misma Carta consagra, lo que lleva a concluir que nuestras proclamas de derechos se quedan en un loable propósito, porque en el momento en que se regulan las instituciones y procedimientos, el respeto de las garantías y derechos fundamentales se deja de lado, para mantener la justicia colombiana en el mismo sistema colonial anquilosado que nos caracteriza.

La imparcialidad judicial se ve afectada en la medida en que el funcionario que investiga tenga facultades de juez, porque él está interesado en el resultado de la investigación. Su función primordial es investigar los delitos y hallar los culpables, lo cual es incompatible, como ya se expuso, con la función de garantizar las libertades del sindicado. Si a una misma persona se le asignan funciones de investigar y proferir providencias de contenido judicial, cumplirá en forma ineficiente ambas tareas, porque ellas se contraponen. Es que "resulta poco creíble que un funcionario o entidad sea capaz de considerar a alguien como eventual responsable de un delito, y le llame a indagatoria, para luego, pocos días después, ese mismo funcionario o entidad determine imparcialmente si el investigado debe ser detenido o puesto en libertad. (...) Casi nadie es un buen evaluador de sus propias investigaciones".

Cabe aclarar que lo que se critica no es que el fiscal esté interesado en la investigación: no puede ser de otro modo. Lo que debe reformarse es el contenido de sus facultades frente al sindicado, el hecho de que estando interesado -como tiene que estarlo- en la investigación, decida, por ejemplo, sobre la necesidad de imponer al sindicado una detención preventiva.

La creación de la Fiscalía General de la Nación dentro de un sistema de procesamiento mixto (con facultades judiciales en cabeza del investigador) no ha aportado eficacia a la persecución penal. En un principio se pensó que la entidad sería un instrumento para combatir el crimen organizado. Sin embargo, "alrededor de 1.100.000 procesos permanecen dentro del sistema para su investigación y el número crece a tasa del 5% anual (...) Al rededor de 330.000 investigaciones quedan inactivas anualmente. Esto representa el 36% del total de salidas de la etapa acusatoria para 1996, el 40% para 1997 y 1998 y un 34% para 1999. Estas cifras sugieren un alto índice de impunidad dentro de la etapa donde se deben investigar los hechos punibles y establecer responsables".

En consecuencia, el planteamiento central consiste en que siga siendo el fiscal quien investiga, pero intensificando su labor en este sentido, con capacitación y criterio real de investigador. Si es necesario, para cumplir la labor de investigar la comisión de delitos, interferir en los derechos fundamentales del investigado o de alguien más, no debe ser el fiscal quien lo evalúe, porque no puede hacerlo de manera objetiva: debe ser un juez, diferente del que determinará la inocencia o culpabilidad del acusado, quien establezca si es legítima esta interferencia, si se justifica.

Durante esta década que ha regido el Decreto 2700 de 1991, no se ha dado muestra alguna de un acercamiento mínimo al sistema garantista de tendencia acusatoria. Se debe reconocer que el modelo intentado, como en muchos foros se enunciaba y proclamaba como "sistema procesal a la colombiana" no registra precedentes exitosos. El fracaso se demuestra desde varios o muchos aspectos.

Se dice por ejemplo, en un estudio de la Procuraduría General de la Nación, publicado por la Corporación Excelencia en la Justicia que si bien, la Constitución de 1991 pretendió consagrar un sistema acusatorio, lo único que hizo fue convertir los jueces de instrucción criminal en fiscales, dejando de lado el desarrollo real de elementos esenciales del modelo acusatorio.

Afirman los autores del artículo que: "Al permitirse, en nuestro sistema constitucional, que la Fiscalía cumpla funciones judiciales y por lo tanto, que tenga la facultad de proferir medidas de aseguramiento y la posibilidad de precluir las investigaciones, sin control de los jueces, tal como lo establecen los numerales 1 y 2 del artículo 250 de la Carta Política, se introdujeron factores extraños al sistema acusatorio, que resultan de imperioso cumplimiento para el legislador, e impiden la verdadera modernización de nuestro sistema procesal penal y la real eficacia de las garantías enunciadas en la Carta Política.

Así las cosas, se garantiza realmente:

- Que quien descubre la prueba no contamine al funcionario que va a practicarla y evaluarla.
- La inmediación de la prueba, facilitando el ejercicio de la contradicción y defensa.
- Una decisión independiente, autónoma e imparcial proferida por el juez.
- El juez, verdaderamente, solo obedece al imperio de la Ley y no a órdenes administrativas superiores, que es lo que hoy ha disminuido a la Fiscalía General de la Nación, cuando los fiscales, tienen que obedecer no propiamente al cardumen probatorio y su correspondiente análisis jurídico, sino a criterios distintos impuestos de acuerdo a conveniencias de todo orden y no a la jurisdicción del debido proceso.

Conclusiones

1. La administración de justicia penal colombiana se encuentra colapsada y es imperioso dotarla de un sistema ágil que permita eficazmente combatir el delito sin sacrificar la opción positiva de la Constitución a favor de los derechos humanos.
2. Colombia está en la obligación de dotar la administración de justicia penal de un sistema que le permita cumplir los compromisos internacionales que ha adquirido y además que den desarrollo a los derechos consagrados en la Constitución Política y en los instrumentos internacionales, en los términos de la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional en relación con los artículos 93 y 94 Superiores.
3. La Fiscalía debe ser despojada de la facultad de tomar decisiones judiciales que limiten derechos fundamentales de los ciudadanos, por motivos de índole jurídica, política e incluso práctica.
4. La reforma propuesta es un "imperativo del sinceramiento de nuestras instituciones operativas con nuestras instituciones programáticas", con el fin de que el desarrollo legal del proceso penal coincida, finalmente, con la intención del constituyente y con la realidad del país.
5. La implementación del modelo acusatorio en nuestro sistema de procesamiento criminal favorece no solamente el respeto de las garantías constitucionales, sino también dota de instrumentos a nuestra jurisdicción para alcanzar una mayor eficacia en la

persecución del crimen. Igualmente es un imperativo para evitar el atraso científico."

Al texto que nos llegó, luego de su tránsito por la Cámara, propusimos se le hicieran las siguientes modificaciones, que fueron aceptadas por la Comisión Primera de Senado:

Al numeral 1º se le agregaba la expresión: "las órdenes de registro y allanamiento, de interceptación de comunicaciones y, en general, la realización de actividades vinculantes que afecten derechos del procesado," con el objeto de que todas las decisiones que afectarían derechos fundamentales de los procesados debían ser tomadas por el Juez.

El numeral 3º se debía dividir en dos numerales diferentes e independientes, de la siguiente forma. La parte que dice "Se aplicará el principio de oportunidad con sujeción estricta a la ley y previo control judicial," con una nueva redacción, se incluía como numeral 2º.

A nivel internacional, se aceptan dos formas de ejercer sus funciones la Fiscalía, a saber: dando aplicación al principio de oportunidad en forma amplia, en donde el ente acusador, sin limitación a precepto legal, decide, por sí y ante sí, por ejemplo si acusa o no a determinada persona, no obstante existir la prueba necesaria para ello, con base en criterios como la alarma social, la gravedad del delito, el uso óptimo de los recursos escasos, el interés público en la represión de ciertos tipos delictivos, y como contrapartida surge la capacidad de responder políticamente ante la comunidad por su no actuar. O por el contrario rigiéndose por el principio de oportunidad reglada, en donde previamente el legislador le establece los parámetros dentro de los cuales puede decidir si ejercer o no la acción penal.

Precisamente es la vía de la oportunidad reglada, conocida en otras latitudes como la discrecionalidad técnica la que se ha acogido, como regla de comportamiento de la Fiscalía, y de todas maneras se adiciona previo el control judicial, porque será una decisión de esa naturaleza la que avale la posición del ente acusador.

En el numeral 3º se incluía aquel que en el texto aprobado se identificaba como 2º, pero agregándole la expresión "y contradictorio," ya que junto con las características de público y oral son las manifestaciones de un juicio penal democrático.

Toda vez que durante la discusión que se produjo en la Comisión Primera, el honorable Senador Rojas Jiménez se opuso a la consagración del principio de oportunidad, dando como razón que con el mismo se violenta el principio de Legalidad, lo que es peligroso, porque con la aplicación del mismo se puede violentar el principio de legalidad de los delitos.

A esa argumentación se le da respuesta de la siguiente forma: Para llegar a aplicar el principio de Oportunidad es necesario que el funcionario se enfrente, en el caso penal, a un proceso en donde existe, por ejemplo, prueba legal para acusar por un comportamiento que por ley es delito, y sin embargo por circunstancias que, tradicionalmente no son legales, como alarma social, uso óptimo de los recursos, interés público en la represión, llega al convencimiento de que lo mejor es no acusar. Entonces, así las cosas no se entiende de dónde, con base en ese principio se acusara por ejemplo, por adulterio, u otro comportamiento atípico.

Fuera de lo anterior, la aplicación del Principio de Oportunidad tiene como finalidad no judicializar todos los comportamientos, sino por el contrario abstenerse de ello, por pura conveniencia. Pero finalmente, el principio de Oportunidad, no es ajeno a Colombia, no obstante ser un Estado de Derecho, o si no qué pensar de la posibilidad que tiene el Presidente de la República ante la decisión de la Corte Suprema de Justicia que resuelve sobre la legalidad de

la extradición, cuando ella no obliga, sino que es optativa para el señor Presidente. O de aquella otra situación frente a los Tratados Internacionales, que luego de que la Corte Constitucional decide sobre su constitucionalidad, ello no obliga al Presidente de la República, sino que éste puede abstenerse, por motivos de conveniencia, de producir el canje de notas.

En el numeral 3º en donde se dice: "Solicitar ante el Juez Competente." igualmente fue criticado por el honorable Senador Rojas Jiménez, con el argumento de que si el Juez Competente es el que va a tomar las medidas provisionales, y después va a decidir definitivamente, no se estaría avanzando, sino por el contrario retrocediendo, porque lo que se procura con un proceso con tendencia acusatoria es evitar que el Juez que decide definitivamente el proceso, se contamine de la prueba.

Al respecto se le puede responder al honorable Senador que lo que se propone con la integridad del proyecto es precisamente que quien decida en la sentencia, no haya tenido contacto con la prueba, entonces cuando el proyecto se refiere a Juez Competente hace relación a un Juez que, según el Legislador, puede recibir el nombre de Actuaciones Preliminares o de Garantía, por oposición al Juez de Competencia Plena, que es quien dicta sentencia, y que puede optar por una de dos vías, a saber: o crear unos jueces exclusivamente para que decidan esas medidas preventivas, o sencillamente que se presente el Juez de Turno que, obviamente, queda impedido para conocer después el caso como Juez de Competencia Plena.

En el numeral 4o, que es el 3o. original, se sustituía la expresión requerir por solicitar.

No parecía conveniente que se mantuviera el numeral 7º del proyecto, que faculta a la ley para asignarle funciones a la Fiscalía General de la Nación, ya que por esa vía se podía desvirtuar la naturaleza de la entidad, y por esa razón se propuso su eliminación.

En lo que tiene que ver con el contenido del párrafo transitorio 1º, hubo de precisarse que allí se refería a dos temas completamente diferentes. En la primera parte, incisos uno y dos, que era el que tiene que ver con la prórroga del sistema actual, es decir que la Fiscalía mantuviese las funciones de dictar medidas de aseguramiento, para los delitos que estableciera la ley, por diez años y prorrogable por otro tiempo igual, lo que daba un término de veinte años; nosotros propusimos una nueva redacción, en donde excepcionalmente se permitía que el Fiscal resuelva la situación jurídica de los presuntos infractores por los delitos que son de competencia de los Jueces Penales de Circuito Especializados, y la posterior revisión de estos jueces, circunstancia que durará mientras se encuentren vigentes tales jueces.

En la segunda parte, los incisos tres, cuatro y cinco, que se refieren a las facultades extraordinarias dadas al Presidente de la República, se estableció que esas facultades son por el término de seis (6) meses a partir de la vigencia del acto legislativo, no solamente para que expida un nuevo Código de Procedimiento Penal, sino igualmente para que expida la carrera judicial de la Fiscalía General de la Nación, toda vez que a diez años de vigencia de la Fiscalía, ella no tiene estatuto de carrera, y los funcionarios que no son de libre nombramiento y remoción se encuentran en provisionalidad, lo que determina inseguridad e inestabilidad, situación que no es conveniente ni saludable.

Y en el tema del nuevo Código de Procedimiento Penal, no tenía sentido que el mismo entrara a regir gradualmente. Como tampoco era de elegancia constitucional, que en su texto, así fuese transitoriamente, se dijera, como estaría conformada la Comisión Redactora, ni menos cuáles irían a ser las reglas de funcionamiento de esa Comisión.

En lo que tenía ver con el contenido del párrafo transitorio 2º se le agregaba la expresión "salvo las violaciones flagrantes de los Derechos Fundamentales", para guardar armonía con lo normado en el artículo 5º de la C.P. que establece la primacía de los derechos inalienables de la persona.

Toda vez que la propuesta que se discutía, matricula el sistema procesal penal colombiano a la tendencia acusatoria, era necesario que la acusación actuara en un plano de igualdad con la defensa, pero con una defensa técnica, real y efectiva. Por lo que se hacía necesario que paralelamente con la vigencia de la normativa legislativa correspondiente a que se refiere el artículo reformado entre un gran Sistema Nacional de Defensoría Pública, en donde se involucrara la propia Defensoría del Pueblo, los agentes del Ministerio Público, cuando fuese el caso, entidades privadas de todos los órdenes, de tal forma que se convirtiera en una realidad aquel supuesto de que la acusación y la defensa en un mismo plano de igualdad concurren ante el juez, Juez de Conocimiento Pleno para que sea éste quien decida definitivamente.

Finalmente en lo que tenía que ver con el artículo de vigencia el mismo incurrió en una contradicción que lo hacía inaplicable toda vez que dice que el acto legislativo entra en vigencia simultáneamente con las leyes a que se refiere el párrafo transitorio primero, y sencillamente, mientras no esté vigente el acto legislativo, el Gobierno no puede hacer uso de las facultades. En nuestro entender, debía regir primero el acto legislativo, con efectos suspensivos, y, posteriormente, seis meses después rigieren las leyes a que se refiere el acto, pues sencillamente el acto no está vigente, no se puede desarrollar. Por lo mismo propusimos que el Acto Legislativo comenzara a regir a partir de su aprobación.

El 5 de junio de 2001 comenzó la discusión del proyecto, y en desarrollo se aprobó una proposición en el sentido de invitar a las siguientes personalidades: doctores Jaime Bernal Cuéllar, Antonio José Cancino Moreno, Carlos Eduardo Mejía Escobar, Presidente de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia; Alfonso Gómez Méndez, Fiscal General de la Nación; Jaime Granados Peña, Asesor de la Corporación Excelencia en la Justicia; Guillermo Fernández de Soto, Ministro de Relaciones Exteriores; Edgardo Maya Villalón, Procurador General de la Nación; Rómulo González Trujillo, Ministro de la Justicia y del Derecho; Fernando Coral Villalón, Presidente del Consejo Superior de la Judicatura.

Esa sesión se llevó a cabo el día 6 de junio de 2001 y solamente asistieron los doctores Cancino Moreno, Granados Peña, Bernal Cuéllar, Mejía Escobar y Maya Villalón.

Los doctores Cancino, Bernal, Granados y Maya se mostraron partidarios de la aprobación del proyecto, aun cuando los participantes Granados y Bernal hicieron críticas puntuales a ciertas redacciones del proyecto.

Concretamente el señor Procurador General de la Nación, Edgardo Maya Villalón, dijo:

"Los antecedentes históricos sobre el punto dan cuenta de que el debate es recurrente. En este sentido, la Asamblea Nacional Constituyente enfrentó dos tesis: quienes consideraron la autonomía del Fiscal para adoptar las medidas de aseguramiento, quienes consideraron que el Fiscal debía promover ante el Juez la posibilidad de imponer la medida, con la advertencia de que se tratara de un juez imparcial y ajeno a la labor investigativa. Los puntos requieren las siguientes precisiones:

En primer lugar, adoptar la primera posición, esto es, permitir que el Fiscal adopte las medidas de aseguramiento, implica en el proceso un desequilibrio que se manifiesta en la posibilidad de que la Fiscalía convierta al procesado en un objeto del procedimiento.

no lo considere un sujeto procesal de acuerdo a los postulados del debido proceso y de la prédica del reconocimiento de la dignidad humana que trae la Constitución Política. Es bien sabido, que las tendencias procesales modernas se cifran justamente en la apreciación de que los sujetos procesales, deben tener todas las posibilidades legales y legítimas para incidir en los resultados del procedimiento de ahí que se predique un equilibrio entre el poder punitivo del Estado y el sujeto procesal sobre el cual se indaga para efectos de responsabilidad penal. A pesar de que la Constitución obliga a investigar lo favorable y lo desfavorable al procesado, es muy difícil que en la práctica la adopción de medidas de aseguramiento por parte de la Fiscalía General de la Nación permita llenar a cabalidad este postulado, pues los derechos de los sujetos procesales sufren un menoscabo en la medida en que la Fiscalía dirige todo su poder probatorio a la investigación de responsabilidad penal, mas no al cumplimiento cabal de los derechos que le asisten al procesado como sujeto procesal, valga decir, un proceso penal orientado a los postulados del Estado social de derecho deben permitir que la apreciación probatoria para adoptar medidas de aseguramiento deban ser debatidas en derecho por un juez imparcial ajeno a la labor investigativa.

En este orden de ideas, la doctrina procesal ha manifestado la idea de equilibrio en el sentido del procesado goza de un estricto derecho de solicitud de prueba en las mismas condiciones que el fiscal. Esto significa que el imputado debe tener durante el procedimiento probatorio un derecho de solicitud de prueba asegurado; que deben existir fundamentos claros para denegar las solicitudes de prueba, los cuales deben ser controlados en forma precisa en caso de que el fiscal del hecho se haya negado a una solicitud con razón o sin ella. Solo los recursos limitan y controlan el poder de decisión judicial; no, ya, la temprana investigación en la configuración del hecho.

En segundo lugar, adoptar la posición de que el fiscal debe remover ante el juez la posibilidad de imponer la medida de aseguramiento es lo que, en nuestro concepto, orienta la posibilidad de una estructura procesal acorde con el principio constitucional del Estado social de derecho. No sobra insistir en que si han existido formas significativas en materia de derecho procesal penal desde la Constitución del 91 han sido justamente las que se refieren a las limitaciones del poder de la Fiscalía en esta materia. Un rápido recuento de la historia legislativa nos pone de presente que en la Ley 190 de 1993 se introdujo la reforma sobre control de legalidad judicial formal a las medidas de aseguramiento tomadas por la Fiscalía General de la Nación; la Ley 190 de 1995 hizo extensivo este control a las medidas que se toman sobre bienes; y la reciente reforma al Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000) permite el control judicial de las medidas de aseguramiento en su totalidad formal y material por el correspondiente juez de conocimiento. El hecho de que se haya legislado en diez años tres veces sobre el mismo tema, amén de las fallidas reformas sobre este mismo punto, al menos es un síntoma de que el procedimiento penal tiene en este aspecto soluciones poco satisfactorias.

El resultado de haber introducido los controles judiciales a las medidas de aseguramiento tomadas por la Fiscalía General de la Nación han convertido una de las decisiones de mayor trascendencia en el proceso penal en una figura amorfa en la cual el juez invierte posteriormente, a efecto de revisar la legalidad formal. Lo que en otras palabras indica que el juez no tiene control sobre el debate probatorio de fondo que sustenta la adopción de la medida. Con el nuevo Código de Procedimiento Penal los poderes del juez se amplían, pero con supuestos estrictamente limitados en lo que corresponde al control material probatorio, lo que en la práctica se reduce en dejar al juez reducido frente a las valoraciones que considere la Fiscalía.

Por otra parte, lo que hace a esta figura amorfa dentro del procedimiento penal es el hecho de que existan concomitantemente los recursos para que la Fiscalía General de la Nación se pronuncie en derecho sobre la medida de aseguramiento, y a la vez exista el control judicial ya mencionado. Si esta situación se presenta como lo hemos descrito, cabe preguntarse, y es un interrogante que transmito a esta Comisión ¿qué sentido tiene el hecho de que existan a la vez, recursos contra la medida de aseguramiento en cabeza de los Fiscales y a la vez control de legalidad material y formal en cabeza de los jueces de la República? ¿No sería más coherente desde el punto de vista procesal y desde el punto de vista de la economía procesal, que solamente los jueces de la República se manifiesten sobre la procedencia de la medida de aseguramiento y sobre el sustento probatorio que la acompaña con los recursos pertinentes?

Creo que este interrogante es absolutamente legítimo, toda vez que las nociones modernas de política criminal referidas al procedimiento penal predican que la medida de aseguramiento en tanto afecta el derecho a la libertad debe ser decidida en términos estrictamente judiciales, valga decir, debe ser el juez quien tutele el derecho a la libertad y sus excepciones, tanto desde el punto de vista constitucional como desde el punto de vista legal.

En suma, la Procuraduría General de la Nación cree que tratándose de una ponderación valorativa en la cual están presente nociones tan gaseosas como la de la protección a la comunidad, es necesario que el juez sopesa imparcialmente la necesidad de la medida de detención.

Resumiendo hasta este punto, el cambio en la Constitución permitiría un futuro desarrollo legislativo, dentro de los conceptos de modernidad (sistema oral y utilización de medios técnicos); eficiencia (fiscales e investigadores especializados); y respeto absoluto por los derechos constitucionales fundamentales de los procesados, para que los principios rectores que se han consagrado en la nueva legislación; que también son guía de interpretación del actual Estatuto Procesal Penal, sean una realidad más allá de su tenor literal.

De esta manera, en cabeza del Fiscal, no quedarán las funciones de investigación, acusación, preclusión y afectación de la libertad y de los bienes de las personas, sino aquellas que tengan relación directa con la función investigativa y acusatoria.

La Procuraduría General de la Nación no es ajena a la necesidad de dotar al Estado de los medios que le permitan la represión de las conductas delictivas; que el ciudadano sepa que ante la infracción de la normatividad penal, puede ver menoscabados sus derechos fundamentales, pero que dicha decisión se ha tomado con el equilibrio y la valoración jurídica y probatoria que debe presidir a la detención, por un funcionario judicial ajeno a la investigación.

Tiene razón el señor Ministro de Justicia y del Derecho, cuando concluye, como forma de defender las reformas a la Fiscalía General de la Nación, que la administración de justicia penal colombiana se encuentra colapsada y es imperioso dotarla de un sistema ágil en donde a la Fiscalía se le despoje de la facultad de tomar decisiones judiciales, toda vez que con base en los siguientes datos aportados por el Consejo Superior de la Judicatura y por la Corporación Excelencia en la Justicia, tenemos lo siguiente:

Anualmente permanecen alrededor de 1.100.000 procesos dentro del sistema penal para su investigación, y el número crece a tasas del 5% anual. Para el 2000, la cifra es contundente teniendo en cuenta que sólo hasta junio se contaba con un saldo real de 900.000 procesos. En cuanto al número de procesos que permanecen inactivos para este mismo período por concepto de suspensiones y reasignaciones el volumen es alrededor de 330.000 investigaciones que quedan inactivas anualmente; lo que representa el 36% del total de investigaciones salidas para 1996, el 40% para 1997 y 1998 y un

34% para 1999. Estas cifras reflejan un alto índice de impunidad dentro de la etapa donde se deben investigar los hechos punibles y establecer responsables.

Esas dos vías de suspensiones que corresponde al 29%, y reasignaciones, representado en el 23%, no solucionan en nada los problemas que llevan implícitos tales investigaciones; de un lado porque la suspensión se presenta cuando transcurridos 180 días no se ha dictado ni apertura de la investigación ni resolución inhibitoria, sencillamente porque no existe sindicado conocido. Y el otro tema, el de las reasignaciones, es simplemente un cambio de funcionario fiscal, obviamente sin resolver el problema de fondo. Y solamente un 23% corresponden a resoluciones inhibitorias, es decir decisiones de fondo.

En cuanto a la tasa de represamiento entre 1996 y el 2000, continúa una tendencia decreciente acorde con la caída de la demanda, constituida por el total de ingresos a la etapa de investigación previa. A medida que caen los ingresos y la tasa de evacuación aumenta, el número de procesos represados disminuye. Es así como el porcentaje de procesos represados pasó de representar el 41% en 1997 al 34% en el 2000. Esto equivale a un total de 307.000 procesos que no hicieron su tránsito hacia la etapa de instrucción ni abandonaron el sistema.

Y en la etapa de instrucción, a medida que aumenta la tasa de evacuación en la etapa de investigación previa, aumenta el número de procesos que hacen tránsito hacia la etapa de instrucción, y por lo mismo los ingresos crecieron a una tasa del 13% entre 1997 y 1999, aumentando un 5% adicional entre 1999 y 2000. En cifras reales, entre 1996 y 2000, ingresó un promedio de 360.000 procesos anuales a esta etapa y permaneció un promedio de 300.000 procesos anuales dentro del sistema, como inventario inicial.

Ahora bien, teniendo en cuenta la cantidad de procesos que se encuentran en la etapa de instrucción, era posible concluir que la mayoría de los procesos deberían finalizar siendo calificados y de esta forma resolver satisfactoriamente los conflictos. Sin embargo hay un alto número de reasignaciones y de preclusiones por prescripción.

De otro lado en 1996 el 26,6% de los procesos dentro de la etapa de instrucción permanecían sin resolución, y para el 2000, la impunidad para esta etapa era del 17% del total del procesos en investigación.

De otro lado, del estudio realizado por el Consejo Superior de la Judicatura, se tiene que el tiempo promedio de duración, teniendo en cuenta las dos instancias, fue de 958 días, es decir 2 años y 7 meses. Estos son los datos sobre los que se soporta y respalda la necesidad de que se le quiten las funciones judiciales a la Fiscalía General de la Nación.

Luego de realizado el debate, se sometió a consideración la proposición correspondiente, la cual fue aprobada por nueve (9) votos contra seis (6).

No obstante lo anterior y teniendo en cuenta puntos concretos presentados por los señores invitados, consideramos que al texto aprobado por la Comisión Primera del Senado, se le deben incluir las siguientes modificaciones:

Con relación al inciso primero del artículo 250 se propone la siguiente redacción:

"Corresponde a la Fiscalía General de la Nación de oficio o con fundamento en denuncia o querrela, realizar o dirigir la investigación de hechos que puedan constituir delitos y acusar, cuando fuere del caso, a los presuntos infractores ante el juez competente; se exceptúan los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio y en relación con el mismo servicio, y por los miembros del Congreso. Para tal efecto la Fiscalía General de la Nación deberá:"

Se cambia la expresión, mediante por con fundamento, toda vez que la investigación no se adelanta de oficio o mediante querrela o denuncia, sino de oficio (por conocimiento e iniciativa propia) o con fundamento en denuncia o querrela.

Con el ánimo de aproximarse a un sistema acusatorio debe darse flexibilidad al legislador en el sentido de atribuir la competencia directa a la Fiscalía para investigar, practicando las diferentes pruebas, o simplemente dirigir y controlar la actividad de los organismos de policía judicial.

Tecnológicamente es más acertado investigar hechos que delitos, por esa razón se propone esa sustitución.

En vista de que los miembros del Congreso tienen un juez constitucional propio, que los investiga y los juzga, de acuerdo con el artículo 235 numeral 3º, igualmente deben ser excluidos de la investigación de los hechos que realicen, por parte de la Fiscalía General de la Nación.

Respecto del numeral 1º, se propone la siguiente redacción:

"Solicitando ante el Juez competente la captura, la adopción de medidas de aseguramiento, las órdenes de registro y allanamiento, de interceptación de comunicaciones, y en general, la realización de actividades que afecten derechos fundamentales de los intervinientes en el proceso penal, salvo que se trate de situaciones de flagrancia.

Excepcionalmente la ley podrá facultar a la Fiscalía para realizar capturas y allanamientos sin orden previa del juez. En estos casos se realizará control judicial por parte del Juez competente a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.

El Juez competente no será el Juez del conocimiento, así sea de igual o de inferior jerarquía."

Se debe incluir la captura para que haya congruencia con el contenido del artículo 28 de la Constitución Nacional, ya que al perder funciones judiciales la Fiscalía, se hace necesario la autorización de un juez para capturar.

Igualmente se deben proteger no solamente los derechos del procesado, sino los de todas las personas que deban intervenir en el proceso penal, toda vez que la reserva jurisdiccional se impone frente a los derechos fundamentales de todas las personas, sean o no procesados; pero además que se excluyan las situaciones de flagrancia toda vez que en ella pueden actuar los particulares, por lo mismo con mayor razón la propio Fiscalía General de la Nación.

Pero, además se le adiciona un inciso nuevo, teniendo en cuenta las circunstancias socio-culturales del país, razón por la cual se le permite a la Fiscalía, en casos excepcionales, realizar capturas y allanamientos sin orden previa de juez, pero con la condición de que tales actuaciones sean convalidadas judicialmente a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.

Finalmente, dentro del numeral 1º se incluye un último inciso en donde expresamente se consagre que el Juez competente no es el Juez del conocimiento, así sea de igual o inferior jerarquía, con el objeto de que haya claridad que el Juez del conocimiento llega al juicio sin contaminarse con la prueba o los datos arrojados por el Fiscal, para solicitar las medidas preventivas.

Con relación a los numerales dos y tres, se mantiene su separación, de la siguiente forma: en el numeral 2º se le faculta para acusar cuando se llenen los requisitos legales, a un juicio público, oral y contradictorio.

Se cambia la expresión "cuando exista prueba necesaria" por "cuando se reúnan los requisitos legales", porque con la primera expresión se estaría constitucionalizando la prueba necesaria para solicitar acusación, y de paso se estaría consagrando el régimen de permanencia de la prueba, y es mejor que ese tema lo decida el legislador.

Igualmente se cambia la expresión "solicitar" por "acusar", para clarificar que la acusación una vez formulada, da inicio al juicio conforme a los postulados del llamado principio acusatorio formal no exige control sobre los requisitos sustanciales que sirvieron de fundamento al fiscal para formular la acusación.

Al numeral 3 se propone el siguiente texto:

"Previo el control de Juez competente podrá abstenerse de iniciar o proseguir acciones penales, en los casos taxativamente señalados por el legislador."

Para darle coherencia a la aplicación del principio de oportunidad, se faculta al Fiscal para abstenerse de iniciar o proseguir acciones penales, pero de todas maneras, previo el control del Juez competente.

Al numeral 4 se propone:

"Solicitar ante el juez competente, la terminación del proceso cuando no hubiere mérito para acusar."

Respecto del Parágrafo transitorio 1º, y en lo que tiene que ver con las facultades de que se reviste al Presidente de la República; no sólo para la expedición del nuevo Código de Procedimiento Penal, el estatuto de la carrera judicial de la Fiscalía General de la Nación, on su correspondiente reorganización, teniendo en cuenta las nuevas funciones que ha de cumplir, y finalmente para que expida el nuevo Sistema Nacional de Defensoría Pública, toda vez que la defensa dentro del nuevo sistema, debe nacer igualmente fortalecido, concomitante con el régimen que se impone.

Finalmente los señores ponentes hemos estado de acuerdo con la redacción de dos incisos aprobados por la Cámara de Representantes consistentes en la conformación de la Comisión Redactora que auxiliará al Presidente de la República para la expedición de los estatutos para los que se le reviste de facultades extraordinarias. Y al mismo tiempo se consagran las condiciones mínimas en las que debe funcionar dicha Comisión Redactora.

Finalmente con la vigencia del acto legislativo, se establece que el mismo rige a partir de su aprobación, sin embargo en lo que tiene que ver con los numerales 1º, 2º, 3º, 4º y 5º los mismos quedan suspendidos en su vigencia hasta cuando se venza el término a que se refiere el Parágrafo transitorio 1º, es decir de seis (6) meses.

Por las razones expuestas, proponemos:

DESE segundo debate en Senado, al Proyecto de Acto legislativo número 19 de 2001 Senado y 151 de 2001 Cámara, titulado: *por medio del cual se modifica el artículo 250 de la Constitución Política de Colombia*, junto con el pliego de modificaciones que adjuntamos.

Cordialmente.

Cecilia Rodríguez González-Rubio, Luis Humberto Gómez Gallo, Jesús Enrique Piñacué Achicué, Germán Vargas Lleras, Senadores de la República.

PLIEGO DE MODIFICACIONES AL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO NUMERO 19 DE 2001 SENADO, 151 DE 2001 CAMARA.

por medio del cual se modifica el artículo 250 de la Constitución Política de Colombia.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1º. El artículo 250 de la Constitución Nacional quedará así:

Artículo 250. Corresponde a la Fiscalía General de la Nación, de oficio o con fundamento en denuncia o querrela, realizar o dirigir la investigación de hechos que puedan constituir delitos y acusar, cuando fuere del caso, a los presuntos infractores ante el juez competente; se exceptúan los delitos cometidos por los miembros

de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio, y por los miembros del Congreso. Para tal efecto la Fiscalía General de la Nación deberá:

1. Solicitar ante el Juez competente la captura, la adopción de una medida de aseguramiento, las órdenes de registro y allanamiento, de interceptación de comunicaciones, y en general, la realización de actividades que afecten los derechos fundamentales de los intervinientes en el proceso penal, salvo que se trate de situaciones de flagrancia.

Excepcionalmente la ley podrá facultar a la Fiscalía para realizar capturas y allanamientos sin orden previa del juez. En estos casos se realizará control judicial por parte del Juez competente a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.

El Juez competente no será el Juez del conocimiento, así sea de igual o de inferior jerarquía.

2. Cuando se reúnan los requisitos legales para hacerlo, acusar ante los jueces competentes en un juicio público, oral y contradictorio.

3. Previo el control de Juez competente podrá abstenerse de iniciar o proseguir acciones penales, en los casos taxativamente señalados por el legislador.

4. Solicitar ante el juez competente, la terminación del proceso cuando no hubiere mérito para acusar.

5. Requerir ante el juez competente las medidas necesarias para hacer efectivo el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el hecho.

6. Dirigir y coordinar las funciones de policía judicial que en forma permanente cumplen la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley.

7. Velar por la protección de las víctimas, testigos e intervinientes en el proceso.

El Fiscal General de la Nación y sus delegados tienen competencia en todo el Territorio Nacional.

La Fiscalía General de la Nación está obligada a investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado y a respetar sus derechos fundamentales y las garantías procesales que le asisten.

Parágrafo transitorio 1º. Provisionalmente la Fiscalía mantendrá las funciones de dictar medidas de aseguramiento y las medidas necesarias para hacer efectivo el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito, respecto de los hechos punibles de competencia de los Jueces Penales del Circuito Especializados, sin perjuicio de su revisión posterior por estos jueces, y durante el tiempo de su existencia.

Revístese al Presidente de la República de facultades extraordinarias, por una sola vez y por el término de seis (6) meses contados a partir de la vigencia del presente acto legislativo para que expida un nuevo Código de Procedimiento Penal, el estatuto de carrera judicial de la Fiscalía General de la Nación, con su correspondiente reorganización, teniendo en cuenta las nuevas funciones que cumplirá, y el Sistema Nacional de Defensoría Pública.

Para estos efectos se conformará una Comisión Redactora integrada por el Ministro de Justicia y del Derecho, quien la presidirá, dos (2) Senadores de la República, dos (2) Representantes a la Cámara, un (1) Magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, un (1) Magistrado de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el Fiscal General de la Nación o su delegado, el Procurador General de la Nación o su delegado, el Defensor del Pueblo o su delegado, el Director de la Policía Nacional o su delegado, un (1) representante de la Asociación

Colombiana de Universidades, un (1) representante de la Academia Colombiana de Jurisprudencia y un (1) representante de la Corporación Excelencia en la Justicia.

El Presidente de la República expedirá un decreto conformando la Comisión Redactora, en el cual indicará sus objetivos y reglas de funcionamiento, elaboración, registro y divulgación de las actas de discusión, término y periodicidad de sesiones; forma de participación de otras personas y estamentos interesados en que se conozcan sus opiniones acerca de la filosofía o estructura del nuevo régimen procesal penal, capacitación de los funcionarios judiciales sobre el sistema acusatorio; gradualidad de adecuación técnica de las salas de audiencias públicas para el registro de la práctica de pruebas e intervenciones orales; determinación de la fecha improrrogable de presentación de los textos definitivos.

Parágrafo transitorio 2°. Las providencias expedidas por la Fiscalía General de la Nación con anterioridad, no podrán ser demandadas argumentando el cambio en el régimen constitucional, salvo violaciones de Derechos Fundamentales.

Artículo 2°. Créase un artículo nuevo de la Constitución Nacional, identificado con el número 283A, del siguiente tenor:

“Artículo 283A. Créase el Sistema Nacional de Defensoría Pública, vinculado a la Defensoría del Pueblo. La ley determinará lo relativo a su organización y funcionamiento”. Artículo 3°. Este acto legislativo rige a partir de su aprobación, pero en lo que tiene que ver con los numerales 1°, 2°, 3°, 4° y 5° del artículo 1°, se suspende su vigencia, hasta por el término a que se refiere el parágrafo transitorio 1° del mismo artículo.

Cordialmente,

Cecilia Rodríguez González-Rubio, Luis Humberto Gómez Gallo, Jesús Enrique Piñacué Achicué, Germán Vargas Lleras, Senadores de la República.

Se autoriza la publicación del anterior informe.

El Secretario Comisión Primera Senado,

Eduardo López Villa.

**TEXTO AL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO
NUMERO 19 DE 2000 SENADO, 151 DE 2001 CAMARA**
Aprobado por la Comisión Primera del honorable Senado de la República, por medio del cual se modifica el artículo 250 de la Constitución Política de Colombia.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. El artículo 250 de la Constitución Nacional, quedará así:

Artículo 250. Corresponde a la Fiscalía General de la Nación, de oficio o mediante denuncia o querrela, investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante el juez competente, se exceptúan los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio. Para tal efecto la Fiscalía General de la Nación deberá:

1. Asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la Ley Penal, solicitando ante el Juez competente la adopción de una

medida de aseguramiento, la ~~efectiva~~ ~~registro~~ ~~salvo~~ ~~mandato~~ ~~de~~ ~~intercepción~~ ~~de~~ ~~comunicaciones~~, ~~y~~ ~~en~~ ~~general~~ ~~la~~ ~~realización~~ ~~de~~ ~~actuaciones~~ ~~que~~ ~~afecten~~ ~~los~~ ~~derechos~~ ~~del~~ ~~procesado~~.

2. Aplicar el principio de oportunidad con sujeción estricta a la ley y ~~nuevo~~ ~~control~~ ~~judicial~~.

3. ~~Solicitar~~ ~~ante~~ ~~el~~ ~~juez~~ ~~competente~~, ~~cuando~~ ~~exista~~ ~~prueba~~ ~~necesaria~~ ~~para~~ ~~ello~~, ~~la~~ ~~apertura~~ ~~de~~ ~~un~~ ~~juicio~~ ~~público~~, ~~oral~~ ~~y~~ ~~contradictorio~~.

4. Requerir ante el juez competente la preclusión de las investigaciones conforme a la ley, cuando no hubiere mérito para acusar. ~~sin~~ ~~perjuicio~~ ~~de~~ ~~la~~ ~~participación~~ ~~del~~ ~~procurador~~.

5. Requerir ante el juez competente las medidas necesarias para hacer efectivo el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito.

6. Dirigir y coordinar las funciones de policía judicial que en forma permanente cumplen la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley.

7. Velar por la protección de las víctimas, testigos e intervinientes en el proceso.

El Fiscal General de la Nación está obligado a investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado y a respetar sus derechos fundamentales y las garantías procesales que lo asisten.

Parágrafo transitorio 1. Provisionalmente la Fiscalía mantendrá las funciones de dictar medidas de aseguramiento y las medidas necesarias para hacer efectivo el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito, respecto de los presuntos infractores de hechos punibles de competencia de los Jueces Penales del Circuito Especializados, sin perjuicio de su revisión posterior por estos jueces, y durante el tiempo de su existencia.

Revístese al Presidente de la República de facultades extraordinarias, por una sola vez y por el término de seis (6) meses contados a partir de la vigencia del presente acto legislativo para que expida un nuevo Código de Procedimiento Penal y el estatuto de carrera judicial de la Fiscalía General de la Nación.

Parágrafo transitorio 2. Las providencias expedidas por la Fiscalía General de la Nación con anterioridad, no podrán ser demandadas argumentando el cambio en el régimen constitucional, salvo violaciones flagrantes de Derechos Fundamentales.

Artículo 2°. Créase un artículo nuevo de la Constitución Nacional, identificado con el número 283A, del siguiente tenor:

“Artículo 283A. Créase el Sistema Nacional de Defensoría Pública, vinculado a la Defensoría Pública. La ley determinará lo relativo a su organización y funcionamiento”.

Artículo 3°. Este acto legislativo rige a partir de su aprobación.

En los anteriores términos fue aprobado el Proyecto de Acto legislativo número 19 de 2001, como consta en el Acta número ., con fecha 6 de junio de 2001.

Eduardo López Villa

Secretario Comisión Primer

Honorable Senado de la República