

# **FISCALIA GENERAL DE LA NACION UNA ENTIDAD JUDICIAL CON ESQUEMA ADMINISTRATIVO**

**GABRIEL HUMBERTO SALAMANCA ROA**

Docente de la Facultad



omando el contenido del proyecto original que el señor presidente César Gaviria Trujillo pasó a la Asamblea Nacional Constituyente, en relación con la Fiscalía, corresponde destacar en primer término que se trataba de una especie de super policía judicial al servicio de la Rama Jurisdiccional, dependiendo del ejecutivo para en esta forma utilizar mayores y mejores recursos logísticos. Además, de acuerdo con dicho proyecto, la Fiscalía se iría a ocupar específicamente de los delitos de subversión, narcotráfico y terrorismo; definiendo, igualmente, que ejercería exclusivamente funciones requirentes, más no jurisdiccionales.

Como es apenas obvio, el Gobierno venía trabajando arduamente en esos proyectos y desde luego, ya se venía implementando los instrumentos organizativos que para el 30 de noviembre de 1991, es decir, pocos días después de firmarse la carta política de ese mismo año se expidió el Decreto 2699 de 30 de noviembre, Orgánico de la Fiscalía General de la Nación, que con algunos retoques de última hora trataron de adecuarlo al texto final de la Constituyente, en la medida en que les pareció, concretamente al ponente del proyecto, señor Daniel Abello Roca, que una Fiscalía sin capacidad legal para dictar medidas de aseguramiento, embargar bienes y cumplir otras funciones interlocutorias dentro del proceso penal no sería funcional y, en consecuencia, como suele suceder en el seno de nuestras corporaciones legislativas en el momento final se presentan fórmulas salvadoras, que no se someten a debate, no se reflexionan profundamente y generan para la historia toda serie de contradicciones, conflictos y controversias.

Basta echar una mirada, así sea fugaz, al mencionado Decreto 2699 de 1991 para resaltar el Capítulo III "De la Unidad y Dependencia Jerárquica de la Fiscalía General de la Nación", para entender que la institución es un híbrido que tiene utilidad de acción, unidad de gestión y control jerárquico. Las disposiciones claves para enmarcar a la Fiscalía dentro de los perfiles de una entidad administrativa están en aquellas disposiciones que hablan de delegación y, especialmente, el artículo 22 del Decreto 2699 de 1991 que preceptúa en sus numerales 1 y 3 lo siguiente: "...1. Expedir reglamentos, órdenes, circulares y los manuales de organización y procedimientos conducentes a la organización administrativa y al eficaz desempeño de la Fiscalía General de la Nación... 3. Dirigir, coordinar y controlar el desarrollo de la función investigativa y acusatoria contra los presuntos infractores de la ley penal, directamente o a través de sus delegados."



---

El operador debe ser independiente y esa independencia se garantiza en la medida de no ser interferido en sus decisiones por órdenes, circulares, sino también a partir de la forma como ingrese al ejercicio del cargo, siendo la única que garantiza esa independencia, el concurso de méritos.

---



Estos dos numerales transcritos que corresponden a parte de las funciones del señor Fiscal General de la Nación revelan, sin mayores dilaciones, que el marco constitucional que preside la entidad Fiscalía General de la Nación, es el artículo 209 de la Constitución Política Colombiana, en donde se señalan los principios rectores de la función administrativa: "Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública en todos sus órdenes tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley".

Se han subrayado específicamente las figuras de la delegación y de la coordinación que son típicas de la función administrativa y que, respecto a la primera, esto es, la delegación, es la manera como las funciones inherentes a un determinado cargo público pueden ser trasladadas por su titular, estando debidamente autorizada por la ley, llamado delegante, a un subalterno suyo llamado delegado, por cuenta, riesgo y responsabilidad de este, pero con la oportunidad de ser recuperadas en cualquier momento por el delegante (*Derecho Administrativo*, JEAN RIVERO). Para ir señalando pautas de análisis, nos parece importantísimo destacar que esta forma de operatividad denominada delegación jamás se ha utilizado en la rama jurisdiccional.

En cuanto a la coordinación, figura típica y exclusiva de la función administrativa, que consiste en la interpolación de agentes de enlace entre diver-

sas oficinas para homologarlas en torno a fines específicos bajo el criterio de obediencia Jerárquica, es importante destacar que tampoco se ha utilizado esta figura y no se utilizará jamás en la función jurisdiccional.

Estas atribuciones conferidas al Fiscal y con especialidad aquellas relacionadas con la formulación de reglamentos y circulares, órdenes y manuales de organización y procedimientos para el eficaz desempeño de las funciones de la Fiscalía General de la Nación, se concentraron en que para el ejercicio de una función jurisdiccional por parte de un ente administrativo se sustituyeran las disposiciones constitucionales, legales y procedimentales por esos reglamentos, circulares, órdenes, y manuales de organización y procedimiento, entrañando, como es obvio, un caos en el ejercicio de esa híbrida y deformada función jurisdiccional que se concentra en una absoluta ausencia de previsibilidad y seguridad jurídica.

Este esquema de justicia administrativizada se contrapone a la que normalmente, de conformidad con la Constitución debe inspirarse en los principios consagrados en la Carta Política, artículos 228 y 230, bajo las divisas de desconcentración, independencia y autonomía propiciando, en este sentido, que el operador penal al tenor de lo dispuesto en la norma superior últimamente citada no atienda en el desempeño de su función el manual, el reglamento, la orden o la circular, sino solamente la voz del imperio de la ley y que tome como elementos auxiliares, la equidad, la jurisprudencia, la doctrina y los principios generales del derecho.

El operador debe ser independiente y esa independencia se garantiza en la medida de no ser interferido en sus decisiones por órdenes, circulares, sino también a partir de la forma como ingrese al ejerci-



---

La autonomía del operador penal no puede asumirse como una simple expresión lingüística, sino que hay necesidad de profundizar en su sentido y telesis; ser autónomo implica tener la capacidad de decidir por sí mismo, a diferencia de ser heterónomo, esto es, decidir bajo la dirección de otro.

---



cio del cargo, siendo la única que garantiza esa independencia, el concurso de méritos. La autonomía del operador penal no puede asumirse como una simple expresión lingüística, sino que hay necesidad de profundizar en su sentido y telesis; ser autónomo implica tener la capacidad de decidir por sí mismo, a diferencia de ser heterónomo, esto es, decidir bajo la dirección de otro.

La idea consiste en considerar el derecho penal desde un punto de vista sistemático, siguiendo al respecto el pensamiento del Dr. ERNESTO PINILLA, como la interrelación normativa en forma jerárquica a partir de la Constitución. Y en términos tales que los resultados de la aplicación de todas las normas que se vienen a traducir bien sea en un auto interlocutorio o en una sentencia; esos contenidos de las decisiones judiciales impliquen o involucren esencialmente los valores normativos a partir de la Constitución pasando por las normas sustantivas del derecho penal integrándose también con las normas de tipo organizativo y funcional de los operadores penales asumiendo una posición fiel frente al procedimiento a fin de que en las decisiones no vayan a aparecer vicios de ninguna naturaleza por desconocimiento de las respectivas normas ni mucho menos vías de hecho.

Esta apreciación planteada así dentro de la idea de lo sistemático, nos lleva a pensar que hay mucho más argumentaciones para demostrar la inconsistencia de una institución con perfil administrativo a fin de que cumpla funciones de tipo jurisdiccional. No solamente esos dos ejes articuladores en la diferenciación de los institutos a partir de principios constitucionales como son los contenidos en el artículo 209 y 228 de la Constitución, se convierten en elementos de juicios del punto central de lo planteado sino que también se originan otros conflictos que de pronto no han sido analizados en

debida forma pero que nosotros nos proponemos puntualizar porque tienen que ver directamente con el cumplimiento del artículo 29 de la Constitución Nacional esto es el derecho fundamental al debido proceso.

Lo primero que hay que anotar es que el concepto de jerarquía no es lo mismo dentro de la organización de la Fiscalía que dentro de la organización de los jueces; en la entidad que se denomina acusadora y que la verdad es que simplemente debía de ser una entidad requirente mas no jurisdicente, el concepto de jerarquía es de carácter funcional, permanente de tipo integral, que implica la intervención del superior jerárquico respecto de su inferior o de su subalterno incluso en el preciso momento en que este segundo está adoptando la decisión jurisdiccional. En otros términos es lo que han considerado diversos expositores del derecho administrativo una jerarquía que implica tutela o como decir llevar de la mano al inferior en el momento de su gestión, orientándolo, coordinándole sus actividades, super vigilándolo, etc.

Esto es totalmente diferente a lo que ocurre entre los jueces allí el concepto de jerarquía no tiene el más mínimo parecido con lo expuesto, es totalmente diferente porque respecto a la Rama Judicial el concepto de jerarquía está determinado específicamente como medio al interior del órgano para generar control en términos de lo que entiende el tratadista KARL LOEWENSTEIN como control intraorgánico específicamente en lo que respecta a la segunda instancia. Esto es que opera la jerarquía por vía de segunda instancia, si se genera el fenómeno de la segunda instancia, existirá un control por parte del superior jerárquico, esto es que el control que ejerce el superior jerárquico no es un control que esté condicionado por su propia voluntad como ocurre dentro del sistema de la Fiscalía, sino que es un

---

Por jurisdicción se ha entendido desde los orígenes del derecho, la capacidad que se le confiere a un determinado órgano para pronunciar el derecho, para declarar el derecho, para decir el derecho, de ahí el vocablo *juris dictio* que implica decir el derecho.

---



control que opera en la medida que esa posibilidad se la está generando alguno de los sujetos procesales o varios de los sujetos procesales, al interponer los recursos y no solamente ese control está condicionado al comportamiento de los sujetos procesales en el ejercicio de estos medios de impugnación sino que igualmente ese control jerárquico está limitado de acuerdo a los planteamientos o a los aspectos o contenidos de la providencia que generen desacuerdo o inconformidad en quien propone el recurso. Esto indica que el concepto de jerarquía difiere en una forma totalmente diametral, es decir en la Rama Judicial puede operar o puede no operar. Se darán casos en que las decisiones cobran ejecutoria, hacen tránsito a cosa juzgada sin que haya entrado a operar ese control jerárquico.

Otro aspecto que consideramos genera diferenciación entre los dos entes, es el relacionado con la jurisdicción y la competencia. Por jurisdicción se ha entendido desde los orígenes del derecho, como la capacidad que se le confiere a un determinado órgano para pronunciar el derecho para declarar el derecho, para decir el derecho, de ahí el vocablo *juris dictio* que implica decir el derecho. Y la competencia desde hace mucho aparece definida como la distribución de esa jurisdicción con el fin de racionalizar, con el fin de distribuir los volúmenes de trabajo asignados o señalados a los operadores penales. La competencia desde luego aparece determinada por diversos factores, territorial, funcional, objetivo, subjetivo y de conexidad hay desde luego caracterizaciones supremamente importantes que hacen relación a la naturaleza y complejidad del asunto que se va a conocer.

Así las cosas, si miramos la noción de competencia tanto en la Fiscalía como en relación con los jueces allí encontramos una diferencia bastante notoria. En la Fiscalía esa competencia de acuerdo



con la Constitución, de acuerdo con el estatuto orgánico de la misma, Decreto 2699 de 1991, y de acuerdo con el Código de Procedimiento Penal es una competencia simplemente formal más no material, no está totalmente distribuida. Allí la competencia para la instrucción y para la calificación y acusación la tiene una sola persona, por disposición de la Constitución ha sido entregada al Fiscal General de la Nación y la Constitución anota que las ejerce por sí mismo o por intermedio de sus delegados.

De tal manera que es una sola persona quien tiene la competencia con la facultad de delegarla, facultad que básicamente tiene que estar conferida o autorizada por la ley y de ahí la razón por la cual muchos de los artículos que se refieren a esa distribución de competencia, como es el caso por ejemplo del artículo 125 del Código de Procedimiento Penal se atribuye a diversos funcionarios como es el caso de los fiscales delegados ante los Tribunales Superiores del Distrito Judicial la facultad de desplazar al fiscal especializado y delegado ante los juzgados del circuito, tomando el delegado ante el tribunal la función de investigar lo que inicialmente se ha señalado como competencia del fiscal inferior y realizar la respectiva acusación. Este es un caso típico en que la delegación entendida como la relación entre dos funcionarios un delegante y un delegado; el primero como el titular de la competencia y el segundo como la persona que recibe esa competencia del primero en forma no total sino bajo la circunstancia o condición de que en un momento dado esa competencia sea recuperada por el delegante. De tal manera que al producirse este fenómeno de desplazamiento del inferior, lo que ocurre es que el delegante le retira la competencia que se le ha dado al delegado pero sigue conservando su jerarquía. El problema surge cuando los sujetos procesales no se encuentran de acuerdo con lo de-

---

...la acción penal es la dinámica de todo el proceso y en consecuencia no hay lugar a hacer diferencias respecto a la acción cuando se activa en la investigación o cuando se dinamiza en el juicio, porque el titular de la acción es uno solo, el Estado.

---



cidido por este delegante que toma la actividad del delegado e interponen un recurso de apelación, recurso de apelación que está muy claramente definido como la posibilidad de que un funcionario de superior categoría haga una revisión de lo que ha hecho su inferior jerárquico y en consecuencia una de tres posiciones o le revoque la decisión, o se la confirme o se la modifique. Allí entraría a decidir ese recurso de apelación un funcionario de igual categoría que el funcionario productor o redactor de la decisión. En consecuencia ese concepto de segunda instancia quedaría totalmente desconocido en su aspecto puramente material. Formalmente se podría dar la modalidad respecto de la revisión pero hay que tener en cuenta que esta revisión la estaría haciendo un funcionario par del que adoptó la decisión inaceptada por las partes. Aquí como aparece con toda claridad hay un fenómeno relacionado con la competencia que genera una diferenciación sustancial en relación con el concepto de competencia entre los jueces.

Entre los jueces dada la categoría de cada funcionario conoce un determinado número de delitos y siempre el conocimiento que se atribuye por vía de competencia se refiere al manejo de delitos dada su complejidad, su gravedad, su trascendencia en la medida que el inferior conoce de lo más sencillo y el superior va conociendo de lo más complejo. Ese es el verdadero sentido de competencia y que por esa misma naturaleza, por esas mismas características genera en términos reales y materiales el concepto de segunda instancia. Pero hay algo más en relación con este fenómeno de la segunda instancia y es que de acuerdo con el artículo 122 del C. de P.P. la segunda instancia en la Fiscalía debe ser manejada por unas unidades denominadas apelativas. Unidades que no cabe la menor duda irán a ser de diferente grado, de diferente jerarquía porque van a resolver por vía de la apelación toda



una globalidad de circunstancias y de decisiones adoptadas por diferentes fiscales y en diferentes jerarquías. Si revisamos los contenidos de la Ley Estatutaria de la Administración de justicia vamos a encontrar allí un artículo, el 27, que hace una referencia expresa al fenómeno de la segunda instancia al interior de la Fiscalía estableciendo que a partir de la vigencia de la ley Estatutaria se da un término de dos años para que se organicen en coordinación o de conformidad con el artículo 122 del C. de P.P. esas unidades apelativas.

Quiere decir lo anterior que la Fiscalía por disposición de la Ley constituye el agente a través del cual el Estado ejerce la acción penal en la primera etapa del proceso esto es dentro de la etapa sumarial o investigativa incluyendo la calificación del mismo y que esta misma acción penal cuyo titular es el Estado aparece siendo ejercida a través de los jueces en toda la etapa de juzgamiento y también conocida como etapa decisoria. la conclusión lleva a preguntarnos si desde el punto de vista material, existe el principio de la doble instancia en la primera etapa del proceso que vemos en forma real o material en la segunda etapa denominada causa, denominada también de decisión o denominada de juzgamiento.

De tal manera que cuando el artículo 29 de la Constitución está consagrando el debido proceso, éste es entendido como la observancia de la plenitud de todas las formas a través de todos los momentos en que se ejercita la acción penal. Esto implica igual observancia de las normas por los dos agentes del Estado que manejan esta acción, en el sumario el Fiscal y en la causa el Juez, generando entre otras cosas exigencias de la misma índole tanto para uno como para el otro. Si nosotros examinamos todo el contenido del procedimiento penal y en especial los valores insertos en el Título preliminar que hace



---

El recurso de apelación está muy claramente definido como la posibilidad de que un funcionario de superior categoría haga una revisión de lo que ha hecho su inferior jerárquico y en consecuencia una de tres posiciones: o le revoque la decisión, o se la confirme, o se la modifique.

---



referencia las normas rectoras las cuales desarrollan los preceptos contenidos en las normas superiores es muy importante destacar que dichas normas son de observancia por parte de las autoridades judiciales es decir, fiscales y jueces y prevalecen con carácter obligatorio sobre cualquier otra disposición del código constituyendo fundamento de interpretación.

Eso indica que realmente la Constitución, el C. P. y el C. de P.P. no diferencian entre Fiscal y Juez excepto del manejo de la acción penal por parte del segundo en la etapa del juicio y por parte del primero en la etapa de la investigación. Pero hay que tener en cuenta que la acción penal es la dinámica de todo el proceso y en consecuencia no hay lugar a hacer diferencias respecto a la acción cuando se activa en la investigación o cuando se dinamiza en el juicio, porque el titular de la acción es uno solo, el Estado. Aquí lo que se ha hecho con el pretendido procedimiento acusatorio, es simplemente distribuir las dos etapas del proceso entre dos funcionarios que en el fondo tienen la misma característica: son jueces, con la variante en el sentido de que el juez Fiscal una vez agotada la instrucción en el juicio asume la característica del sujeto procesal. Y en consecuencia pierde el manejo de la acción penal para pasar ésta a la cabeza del juez. Al respecto en este concepto de acción, encontramos una fiscalía *suigeneris*, como única, como exclusiva, así se diga que esta modalidad se inspiró en la Constitución Española de 1978 y en su Ley orgánica del Ministerio Fiscal Ley 50 de 1981 aunque tenga cierto parecido, la verdad es que no es igual; pues como sistema de enjuiciamiento todos son muy parecidos porque se orientan a unos mismos objetivos, pero ya desde el punto de vista puramente formalista las diferencias son protuberantes.

En la *Gaceta Constitucional* No. 93 de junio 8 de

1991, que corresponde a una parte de la exposición de motivos del constituyente CARLOS DANIEL ABELLO ROCA, encontramos la siguiente manifestación:

“En cambio como el objetivo principal de la Fiscalía será reducir los índices de impunidad mediante la persecución del delito, la investigación, acusación y procura de condena de los infractores su labor no tendrá restricciones territoriales y el Fiscal General podrá integrar verdaderos equipos de investigadores y auxiliares técnicos de acuerdo con la naturaleza y peligrosidad del caso. La tarea del Fiscal se extenderá al juicio en cuya audiencia pública intervendrá como titular de la acción penal”.

Subrayo este segundo aspecto en el sentido de que el Fiscal intervendrá en la Audiencia pública como titular de la acción penal, porque este equívoco, este error que no lo podemos entender en otra forma sino como eso exactamente, un error craso consistente en un desconocimiento de lo que significa un sistema acusatorio de enjuiciamiento. En otros términos al atribuirle la titularidad de la acción penal al Fiscal en el juicio, implica un desconocimiento de las normas procesales que son muy claras en radicar ese ejercicio de la acción en determinado agente del Estado. Y por tanto esos errores entendidos así como conocimientos incompletos, imprecisos, parciales de las nociones claras que deben presidir el manejo de toda formación legal más aún en el plano superior, esto es de normatividad constitucional, explica todo ese caos que se generó y con consecuencias que pueden generar inseguridad e imprevisibilidad jurídica.

