
LA ACCION PENAL

Y EL MINISTERIO PUBLICO EN EL

NUEVO CODIGO DE PROCEDIMIENTO

RAFAEL POVEDA ALFONSO

Debemos convenir, porque así lo dice la historia, que el desenvolvimiento conceptual que ha tenido la acción es de procedencia civilista y que este debate centenario ha girado en torno de la definición que de la acción tenían los romanos: "... el derecho de perseguir en juicio lo que a uno se le debe".

Sostiene la doctrina que tal definición consideraba a la acción, según lo transcribe Devis Echandía, "como el poder inherente al derecho de reaccionar contra la violación, o el derecho mismo en su tendencia a la actuación".

Fueron los jurisconsultos alemanes quienes emprendieron la tarea separatista, naturalmente dentro de una lenta evolución como que los cambios radicales se dan muy de tarde en tarde en materias jurídicas.

No se concibió entonces, que la acción pudiera existir sin que igualmente existiera el derecho material y, por tanto, cuando éste era vulnerable se hacía presente el derecho de acción en pos de una sentencia favorable. Luego se exigió que simplemente fuera justa, y más tarde entraron en la discusión procesalista italianos, con Chiovenda a la cabeza, españoles y latinoamericanos, cada uno aportando nuevos elementos integradores y contemplando este instituto desde distintos puntos de vista hasta lograr su independencia como lo pregonaba la siguiente definición de Devis Echandía: "...es el derecho público, cívico, subjetivo, abstracto y autónomo, que tiene toda persona natural o jurídica para obtener la adjudicación de la jurisdicción del Estado a un caso concreto mediante una sentencia, a través de un proceso, o para pedir que se inicie la investigación penal previa al proceso...".

La incorporación de la última frase, "para pedir que se inicie la investigación penal previa al proceso", es un intento de elaborar una definición unitaria, que cubra las áreas civil y penal, pero, como se irá demostrando a medida que corra el discurso de este escrito, la acción civil y la acción

penal si bien tienen puntos comunes, también las separan profundos distanciamientos.

La primera gran diferencia radica en sus titulares. El de la acción civil puede ser cualquier persona natural o jurídica. Inclusive puede no ser el titular del derecho material pretendido. Llegó a decirse que la acción "es una emanación del derecho de petición que asiste a todo el mundo".

En cambio, la acción penal corresponde al Estado. Históricamente el Estado se ha venido atribuyendo el derecho de castigar. El *ius puniendi*, contenido del derecho penal subjetivo.

Se ha sentido, sin embargo, que este monopolio de imponer penas tiene las limitaciones del derecho penal objetivo, que describe el hecho punible y señala la pena, lo mismo que por la circunstancia de que la aplicación de la ley penal no puede desenvolverse sino a través del proceso, que es la conjugación de garantías en beneficio de los intereses entre la sociedad y el procesado, que repercutirá en la sentencia.

También en materia penal existe la separación entre el derecho subjetivo de penar y la acción penal. La concibió Binding, seguramente imbuído por sus compatriotas alemanes. La acción penal, enseña este maestro "es un derecho público, totalmente independiente del derecho de penar, a la constitución de la relación jurídica procesal y a la terminación de la misma mediante la sentencia..."

La doctrina ha establecido un conjunto de principios propios de la acción penal, entre los cuales sobresalen los siguientes: Es pública, en atención al derecho del Estado de penar y al daño social que causa el hecho punible. Es oficiosa, por cuanto la adelanta el Estado por conducto de uno de sus órganos, y no por particulares, así se trate de quien recibió el perjuicio. Es indivisible, porque vincula a todos los que participen en la comisión del delito. Es irrevocable, por cuanto que nadie puede tomarse la representación del Estado para desistir de ella. Es obligatoria, por cuanto que la aplicación del derecho punitivo se desenvuelve exclusivamente a través del proceso. Es continuada, si se tiene en cuenta que la ley señala términos para cada trámite y su incumplimiento injustificado acarrea sanciones, y porque los sujetos procesales carecen de la facultad de pedir la suspensión. Y el más valioso de estos principios es el de que se debe investigar la verdad histórica del acontecimiento sobre que versa el proceso por la sencilla razón de que el Estado no puede tener interés distinto.

Debe decirse que no se trata de principios absolutos, sino de reglas generales, cada una con notables excepciones como se irán apuntando en este trabajo cuando sea necesario.

Los principios fundamentales que se han enunciado caracterizan la acción en los países en donde predomina de manera radical el sistema acusatorio, de que es ejemplo México. Allí la investigación es efectuada por la policía judicial y el ministerio público, sin control de ninguna índole, con grave perjuicio para la administración de justicia. Recuérdese que en la reciente catástrofe sísmica ocurrida en ese país, cuando se levantaban los

escombros, fue hallado en el edificio de la Procuraduría un pabellón de celdas donde yacían moribundos un montón de presos, pero no como consecuencia de la calamidad acaecida, sino a causa de las torturas de que habían sido víctimas, y de hambre. Ahora mismo, en estos días, una comisión del Congreso de Colombia visitó las cárceles de México y son numerosas y graves las quejas que trajeron de nuestros compatriotas vinculados a la justicia de esa nación.

Esto quiere decir que de nada valen los principios que teóricamente rodean a una institución si la ley radica en un mismo funcionario actividades incompatibles, tales como la de investigar y acusar. Por tradición el Ministerio Público tiene mentalidad de parte, porque así fue concebido institucionalmente. Y ser parte es estar interesado en la resolución de la sentencia. Entregarle al ministerio público la investigación de los delitos es hacer posible que sus resultados sean voluntariamente determinantes en la parte resolutoria del fallo.

Vale la pena recordar que por medio del Acto Legislativo de 1979, con el propósito de establecer un sistema acusatorio, igual al de México, fue creada la Fiscalía General de la Nación, a cuyo mando estaban los fiscales instructores y la policía judicial. En desarrollo de esta reforma fue redactado el código de procedimiento penal promulgado por medio del Decreto 181 de 1981, que afortunadamente no tuvo vigencia debido a que la Corte Suprema de Justicia declaró inexecutable el mencionado Acto Legislativo. En "la pequeña historia" de esa caída mucha gente sospecha que la decisión fue determinada más que todo para evitar que el nuevo código tuviese vida, pues ya se advertía el cortejo de arbitrariedades que sobrevendrían de su aplicación. El ministro de Justicia de entonces en el prólogo que precedía al texto del código, escribió lo siguiente: "En términos generales, la estructura del nuevo código se divide en dos etapas, la primera a cargo de la Fiscalía General de la Nación y sus agentes, y la segunda, denominada de juzgamiento, estará a cargo de la Rama Jurisdiccional. La primera etapa comprende dos aspectos fundamentales donde se desarrolla la función investigadora y la función de acusación". Es decir, el sistema mexicano.

Como la ponencia que presento a este certamen del octavo Congreso del Instituto Colombiano de Derecho Procesal se refiere al estudio de la acción y del ministerio público tal como fueron regulados en el nuevo código de procedimiento penal, lo aconsejable es tener en cuenta el debate realizado en torno de esos dos puntos y los textos de los artículos que los contemplan, incorporados en el estatuto. Para estos efectos me he valido de las actas que aparecen en la parte final de un libro de Editorial Jurídica de Colombia, donde están los textos de los decretos integrantes de la Reforma.

Como es de conocimiento público, hubo dos comisiones designadas por el gobierno nacional para la elaboración del nuevo código. La primera funcionó bajo la dirección del ministro de justicia Enrique Parejo González, la cual presentó el proyecto que el anterior gobierno puso en consideración del que ahora nos preside. El nuevo ministro designó una comisión revisora, la cual escribió el texto definitivo. Pues bien, el acta No. 3 da cuenta del debate llevado a cabo respecto de la acción penal. Durante esa sesión se recordó que en el proyecto se había prescindido de la expresión "con la colaboración del ministerio público" que aparecía en el artículo décimo del có-

digo anterior, de este tenor: "La acción penal corresponde al Estado y se ejerce por el funcionario de instrucción y por el juez competente, con la colaboración del Ministerio Público". El comisionado doctor Edgard Saavedra Rojas explicó que la prescindencia de esa expresión se debía a que el propósito de la anterior comisión fue el de suprimir el ministerio público en el ejercicio de la acción penal, pero al revisar totalmente el articulado, finalmente se logró que nuevamente se aceptara al ministerio público como parte del proceso penal y al aceptarse era indispensable en este artículo disponer que el ejercicio de la acción penal corresponde a los jueces con la colaboración del ministerio público. Así que es indispensable hacer esa agregación.

Ciertamente, en la reunión celebrada en noviembre de 1984 se trató sobre los criterios básicos para la reforma. El doctor Miguel Sánchez solicitó que se hiciera un resumen sobre "los puntos fundamentales que se han comentado desde el primer instante de las dos etapas del proceso, si conviene separar tajantemente la instrucción del juzgamiento y desde qué momento y por medio de qué clase de actuación judicial se va a abrir la causa". Los doctores Hernando Londoño Jiménez y Alfonso Reyes Echandía atendieron esta solicitud. El primero, desarrolló su exposición alrededor de estos dos puntos: "Que la instrucción del sumario debe correr a cargo de un funcionario distinto al del conocimiento, y que el auto de proceder o el de citación a audiencia, debe proferirlo un juez distinto al competente para dictar la sentencia". Del ministerio público manifestó: "... que estaría por completo ausente del proceso penal en la mayoría de los procesos hasta la audiencia pública", y que no podríamos contentarnos, agregó, "de que su representación la llevarán los personeros municipales ante los jueces municipales ignorantes en las disciplinas jurídicas, casi siempre los jefes políticos de cada municipio".

Fue el doctor Alfonso Reyes Echandía quien hizo una exposición programática acerca de la estructura del nuevo código. Refiriéndose a la Reforma del año 71 explicó que el diseño que se hizo respecto de la policía judicial y de la instrucción fue "una solución transaccional", simplemente para establecer un puente de contacto entre esas dos actividades, pero que había llegado la oportunidad de dar un paso definitivo "para que policía judicial, Dirección Nacional de Instrucción Criminal e Instrucción Criminal propiamente dicha sean compendiadas en una sola cosa" a fin de que no continuaran dispersas como había sido la práctica común. Sostuvo que desde la época en que fue ministro de justicia el doctor Jaime Castro se había pensado en crear una Sala en la Corte Suprema de Justicia que se constituyera en el organismo nacional de investigación criminal, del cual dependiera el Director Nacional de Instrucción Criminal y la Policía Judicial. Agregó que esta solución podría ser reemplazada por una fórmula más práctica, que esbozó así: "... el Director Nacional de Instrucción Criminal pudiera seguir siendo nombrado por el ministerio, de ternas presentadas por la Corte. Y a su vez, los Directores Seccionales podrían seguir siendo nombrados por el Director Nacional, de ternas presentadas por los tribunales, de tal manera que habría una estrechísima vinculación entre los funcionarios jurisdiccionales y los administrativos, entre los jueces y la policía judicial, que dependería realmente de ese organismo nacional de instrucción criminal". Luego de otras explicaciones complementarias, el

ilustre maestro terminó de la siguiente manera: "Dentro de un sistema así concebido, el cual es muy simple y lógico, la presencia del ministerio público, tal como está institucionalizada en nuestro actual sistema procesal, no tendría ningún papel que desempeñar. Nuestro código de procedimiento teóricamente dice que el ministerio público representa la sociedad, pero a la sociedad ante la legislación penal y en la lucha contra la criminalidad la representa el Estado a través del juez, quien es el llamado a impartir justicia".

Con las transcripciones que se han hecho y las debidas explicaciones se evidencia la aseveración del comisionado Edgard Saavedra acerca de la abolición del ministerio público en el ejercicio de la acción penal implantada por la comisión anterior. En gracia de la verdad fue el mismo doctor Saavedra quien logró echar atrás en parte esa tendencia y se incorporaron algunos artículos para que apareciera de nuevo el ministerio público dentro de la actividad del proceso. Por este motivo reclamó de sus compañeros de la segunda comisión que se añadiera al artículo que originó el debate una expresión indicadora de que el ministerio público colaboraba en el ejercicio de la acción penal con la Rama Jurisdiccional, pero la solicitud fue descartada por mayoría de votos.

En el acta N° 3 se redactaron las discusiones verificadas por la comisión revisora acerca de la acción penal. Fueron los doctores Arias Carrizosa y Estrada Vélez quienes se extendieron más en el tema. El doctor Arias Carrizosa se lamentó de la orfandad de la acción penal "... donde no existe la Fiscalía General de la Nación como una institución jurisdiccional o con muy claras funciones en este campo, son sus palabras, donde existen instituciones como el acusador general, la titularidad de la acción penal como un simple enunciado en el Estado no pasa de ser un canto de sirenas...". "No hay quien se preocupe de la acción penal, ni quien la supervigile, ni quien esté pendiente de que ella se adelante cumplidamente". "Hay otros aspectos, continúa este comisionado, que están absolutamente ligados con la titularidad de la acción penal que le preocupan" y cita la hipótesis de que si no se descubre al delincuente "la transgresión de la norma penal se convierte en letra muerta". En estos casos, aun cuando se pregone con ampulosidad que el Estado tiene la titularidad de la acción penal lo cierto es que los instructores no se volverán a preocupar jamás. Lo que más lamenta el doctor Arias es la falta de vigilancia, de control para el ejercicio de la acción penal y de la información a la sociedad del estado de los procesos. "Se requiere, continúa el expositor, a alguien a quien el Estado, entendido como la sociedad política debidamente organizada, le confíe la vigilancia y los ciudadanos puedan pedirle cuentas de la acción penal, qué pasó con el homicidio cometido en la persona de fulano de tal, en qué estado se encuentra, y que haya un funcionario que esté en la obligación de rendirle cuentas a las cámaras, a la jurisdicción, a la ciudadanía en general, a la prensa... qué ha pasado con la acción penal, si se ha logrado establecer la identidad de las personas, si se han practicado cabalmente las pruebas, de que no ha habido INERCIA en el desarrollo de la acción penal, esas son las grandes preocupaciones de la comunidad y esas son las que hay que radicar en un funcionario del Estado. Piensa que sería mejor ahora que se vigoriza esta institución del Director Nacional de Instrucción Criminal en él...".

El doctor Estrada Vélez rectifica las aseveraciones del doctor Arias Carrizosa en el sentido de que la acción penal no es vigilar, ni controlar el proceso y que estas funciones corresponden al ministerio público, que suele no cumplirlas. Aseveró también que el proceso tiene que ser mixto "dadas las raíces constitucionales del proceso penal colombiano... tiene de malo este sistema que es inquisitivo en la parte sumarial, confunde la jurisdicción con el ejercicio de la acción penal y radica las dos potestades en un mismo órgano, en una misma persona". Finalmente, manifiesta: "Uno de los grandes errores del procedimiento penal colombiano, es que el acusador no es el ministerio público desde el punto de vista institucional, sino el juez, quien es el acusador y el juzgador, constituyendo dos funciones completamente antagónicas, asignándole casi una función de parte en el proceso...".

He traído estos antecedentes, inclusive haciendo transcripciones, en aras de la fidelidad a fin de manifestar que durante los debates conocidos por actas ninguna de las dos comisiones se detuvo para establecer un preciso concepto de la acción penal y cómo debía ser ejercida en el proceso. Es bien probable que en reuniones cuyas actas no son conocidas se hubieran tratado estos problemas. Mientras tanto me atengo a lo expuesto con la constancia de que esta ponencia está sometida a las limitaciones de la desinformación en que nos encontramos por la ausencia de la publicación oficial de las actas.

Conforme al orden que me he impuesto paso a comentar algunas disposiciones que tienen que ver con el tema de la ponencia.

Entre los principios rectores del código aparece el de la oficiosidad. "La acción penal se iniciará y adelantará de oficio, salvo las excepciones legales". (art. 7º). Aquí se pone de manifiesto la diferencia entre la acción civil y la penal en cuanto a sus titulares y en cuanto a la iniciación del proceso. Es el Estado el titular de la acción penal, la cual se inicia de oficio, por conducto de la rama jurisdiccional del poder público, según las voces del artículo 18. El ministerio público en los más países lleva esa titularidad. Es inexplicable que no suceda así en Colombia y que nuestros penalistas afirmen que limitaciones constitucionales lo impiden. No hay ninguna limitación. Todo lo contrario, la Constitución perentoriamente le fija esa función al ministerio público. El artículo 143 expresa que corresponde a los funcionarios del ministerio público, entre otras actividades, la de "PERSEGUIR LOS DELITOS Y CONTRAVENCIONES QUE PERTURBEN EL ORDEN SOCIAL". Perseguir es un verbo que pertenece al lenguaje especializado del derecho procesal. Precisamente es el verbo empleado en la definición romana de la acción: "Perseguir en juicio lo que a uno se le debe". Hay un libro español que se intitula "El proceso de Persecución", y el sub-título es el siguiente: "Análisis del concepto, naturaleza y específicas funciones de la instrucción criminal", escrito por Miguel Pastor López y prolongado por Juan Montero Aroca, ambos procesalistas de alta nota.

En todos los tratados de procedimiento se emplea el verbo perseguir. Manuel Rivera Silva en su libro sobre procedimiento penal tiene un capítulo que denomina "Función persecutoria", donde desarrolla los temas de la instrucción criminal y la pretensión punitiva.

Son de creación constitucional el Procurador General de la Nación, los fiscales de los tribunales superiores, los fiscales de los juzgados superiores y de los juzgados de circuito, funcionarios que tienen "los mismos privilegios y prestaciones que los magistrados y jueces ante quienes ejercen su cargo", según reza el art. 142 de la Carta. En el artículo 145, donde se fijan las funciones especiales del Procurador General, en el ordinal 2º aparece la de "acusar ante la Corte Suprema de Justicia a los funcionarios cuyo juzgamiento corresponde a esa Corporación". El constituyente emplea aquí un segundo verbo, acusar, identificándolo con el de perseguir que había usado en el artículo 143. Hay otro argumento todavía más poderoso, como si no valieran los anteriores. Luego de relacionar el artículo 142 que el Ministerio Público será ejercido "bajo la suprema dirección del gobierno, por un Procurador General de la Nación, por los fiscales de los Tribunales Superiores de Distrito y por los demás fiscales que designe la ley", añade la siguiente frase: "La Cámara de Representantes tiene determinadas funciones fiscales". Pues bien, esas funciones fiscales están señaladas en los ordinales 4º y 5º del artículo 102, de esta manera: "Acusar ante el Senado, cuando hubiere causas constitucionales o legales al Presidente de la República, a los Ministros de Despacho, al Procurador General de la Nación, a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, a los Consejeros de Estado, aun cuando hubieren cesado en el ejercicio de sus cargos...". "5º.— Conocer las denuncias y quejas que ante ella se presenten por el Procurador General de la Nación o por particulares, contra los expresados funcionarios, y si prestan mérito, fundar en ellas acusación ante el Senado".

Nada más claro que lo transcrito de la Constitución. Los dos artículos, el 142 y el 102, se concatenan perfectamente. La Cámara de Representantes acusa a determinados funcionarios de la cúpula administrativa por que tiene funciones de fiscal, conforme lo dispone el artículo 142. Perseguir y acusar poseen, en consecuencia, una misma significación constitucional y decir lo contrario es equivocarse intencionalmente.

Todavía más: El Art. 119 de la misma obra, donde se reúnen las atribuciones del Presidente de la República, "en relación con la administración de justicia, preceptúa en el ordinal 3º: "Mandar acusar ante el Tribunal competente, por medio del respectivo agente del Ministerio Público o de un abogado-fiscal nombrado al efecto, a los Gobernadores... o por infracción de la Constitución o las leyes, o por otros delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones...".

La atribución que la Constitución confiere al Ministerio Público, a los fiscales para perseguir los delitos y acusar a los procesados, es inconcusa, indubitable. Por lo demás, emplea a cabalidad lenguaje procesal porque esos verbos se refieren a actividades propias de la instrucción criminal y de la pretensión punitiva.

No existe unidad estructural en el nuevo estatuto de los procedimientos penales. La única razón que me he imaginado es la de que distintas subcomisiones debieron elaborar títulos o sectores del proyecto sin ser sometidos a la comisión en pleno. Digo que me imagino, porque resultaría incomprendible que hubieran participado en la redacción de los artículos referibles a los juicios especiales los señores comisionados de quienes hice

alusión anteriormente e incluí en esta ponencia parte de sus exposiciones. Recuerdo que en ellas se expresa que uno de los comisionados quiso que la acción penal se le adscribiera al Director de Instrucción Criminal y otro lamentó que "limitaciones constitucionales" impidieran establecer el sistema acusatorio en Colombia a fin de que el Ministerio Público acometiera la acusación para evitar el prejuzgamiento de los jueces. Y si tales comisionados hicieron esas manifestaciones, que fueron transcritas, cómo pudieron redactar los textos correspondientes a los juicios ante el Senado, o aceptar su redacción, si en ellos se vierte en su Plenitud la función acusatoria del Ministerio Público, consagrada constitucionalmente? El artículo 539 es fehaciente en tal sentido, pues dice así: "ACUSACION DE LA CAMARA DE REPRESENTANTES. El Juzgamiento de los funcionarios públicos, que de acuerdo con la Constitución Nacional, son justiciables por el Senado, se hará siempre mediante acusación de la Cámara de Representantes, que en tal caso actúa como fiscal".

Son flagrantes las violaciones constitucionales que ostenta el nuevo código de procedimiento penal. La prescindencia de la colaboración del Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal fue el primer paso que se dio en la desconstitucionalización de ese cuerpo normativo. No se trataba de que Ministerio Público iniciara y adelantara por su cuenta y riesgo la investigación del hecho punible, a la manera Mexicana, o como se había establecido en el código de 1981, con base en el Acto Legislativo de 1979. El país rechazó perentoriamente el sistema acusatorio absoluto teniendo en cuenta que investigar el hecho punible es preparar la etapa del juicio o juzgamiento, y esa tarea debe ser imparcial por autonomasia. Se ha enseñado en todos los idiomas que los sistemas acusatorio e inquisitivo se adaptan en cada país a su tradición, a su doctrina, a su cultura; y teniendo en cuenta estos factores, y otros, se toman, más o menos características de estos sistemas. En Colombia, por ejemplo, la instrucción sumaria es actividad jurisdiccional, también por mandato de la constitución. En la enumeración de los funcionarios que integran la rama jurisdiccional están citados los jueces de instrucción. Y la Corte Suprema de Justicia en sentencia muy conocida expuso la tesis de que esa circunstancia es demostrativa de que el Constituyente adoptó tal conclusión, que por lo demás, aceptaron las comisiones redactoras del código.

No hay incompatibilidad en las dos decisiones constitucionales. Está muy bien que la indagación previa y la instrucción del sumario las asuma la rama jurisdiccional en beneficio de la imparcialidad; pero el Ministerio Público debe colaborar en el adelantamiento de estas actividades, atribuyéndose la titularidad de la pretensión punitiva. En este punto es muy interesante recordar un capítulo del hermoso libro intitulado "TEORIA DE LA ACCION", que escribió nuestro noble compañero y sabio procesalista Carlos Ramírez Arcila. Son suyas estas palabras: "...Ni la significación semántica, ni su interpretación filosófica, ni siquiera el sentido que comúnmente le dan las gentes al vocablo acción, permiten pensar en un significado que apenas implique una facultad anímica. Creemos, por esto, que la acción procesal es algo más que una potencia o que un derecho subjetivo, aún tomando a éste en cualquiera de sus definiciones comunes... De la acción, pues, no podemos decir que sea simplemente un derecho subjetivo, ni un poder, sino que es preciso integrarla con otro elemento que sea manifes-

tación de ese derecho, de ese poder. Este elemento podríamos encontrarlo en las palabras ejercicio, o expresión, o manifestación, antepuestas a uno de los dos vocablos relacionados. La acción, por consiguiente, podríamos considerarla como el ejercicio de un derecho subjetivo o como la manifestación de un poder jurídico".

Imposible que por la presentación de una denuncia se cumpla el ejercicio de la acción penal. Considero que la denuncia corresponde al deber cívico que tienen los habitantes del país mediante el cual se hace posible el principio de la oficiosidad. No basta golpear en la puerta del templo de la justicia. Hay que entrar en él y participar en la ceremonia. Los funcionarios del Ministerio Público deben ser obligados a actuar en el ejercicio de la acción penal, utilizando el cuerpo técnico de la policía en la consecución de las informaciones tendientes al descubrimiento de los delitos y de sus autores o partícipes, pidiendo pruebas, interviniendo en su práctica, interponiendo recursos, todo esto y más, para que al término de la investigación estén en condiciones de instaurar pretensión punitiva o no, si es el caso de hacer calificación distinta.

Los fiscales de los juzgados superiores y de los juzgados de circuito quedaron marginados de la indagación previa y de la instrucción del sumario, y solamente pueden actuar en la etapa del juzgamiento. Prácticamente en la última actividad del proceso, la audiencia pública. No se sabe a qué título, puesto que quedaron exceptuados de la colaboración en el ejercicio de la acción penal. Son más de 300 funcionarios que ahora se encuentran en la inactividad gracias a la reciente reforma de la justicia.

La representación del Ministerio Público la tienen ahora los personeros municipales, quienes no son preparados en las ciencias jurídico penales y su estabilidad burocrática no depende su asistencia en el proceso, sino de sus gestiones administrativas. El comisionado Hernando Londoño Jiménez rinde el siguiente concepto acerca de este punto: "El Ministerio Público (no hemos sido sus defensores) estaría por completo ausente del proceso penal en la mayoría de los procesos hasta la audiencia pública, ya que no podríamos contentarnos de que su representación la llevaran los personeros municipales, ignorantes de las disciplinas jurídicas, casi siempre los jefes políticos de cada municipio".

También fue despojado el ministerio público de toda participación directa u orientadora de la policía judicial. El artículo 283 del anterior código preceptuaba que correspondía a la Procuraduría General "la dirección, vigilancia y coordinación de las labores de la policía judicial". En la nueva obra se crea el cuerpo técnico de policía judicial "destinado a prestar a los jueces la colaboración investigativa que sea necesaria", y se asigna al director nacional de instrucción criminal y a sus directores seccionales la dirección de ese cuerpo técnico. La dirección y coordinación que ejerció la Procuraduría General fueron muy relativas debido a que la Policía Nacional y el Departamento Administrativo de Seguridad nombraban sus agentes y oficiales, quienes ejercían su oficio bajo la dependencia de los superiores de esas instituciones. Todo se resumió a pequeños grupos de detectives de que disponían la Procuraduría y los Procuradores distritales.

En los países donde funciona el sistema acusatorio absoluto la policía

judicial depende del ministerio público. Conforme al sistema constitucional de Colombia la policía debería estar al servicio de los jueces y del ministerio público, bajo una dirección muy jerarquizada de la administración nacional.

Soy muy partidario de la concepción que desarrolló el maestro Reyes Echandía. Debería crearse una Sala de la Corte Suprema de Justicia que se llamara de instrucción criminal. La Corte designaría un director de instrucción con rango de magistrado de esa Corporación y directores seccionales, con rango de magistrados de tribunales. Bajo la dirección de la Corte y de los directivos seccionales debería organizarse un copioso cuerpo de policía técnica, sometido a la más rigurosa disciplina. La existencia de este organismo se compadece con el sistema acusatorio preceptuado en nuestra constitución. Porque los servicios policivos se prestarían por igual a jueces y fiscales. Cada vez que ocurra un delito que cause conmoción colectiva podría asumir la investigación uno de los magistrados de la Sala de Instrucción Criminal, o un magistrado de tribunal, o un juez superior, designados en comisión. Así se satisfacería el reclamo angustioso de las gentes de bien para que se haga justicia.

El problema de la policía judicial es mucho más grave de lo que se piensa. El cuerpo técnico que creó la comisión redactora del código de procedimiento penal fue puesto en manos de un funcionario sin mayor jerarquía. No me refiero de ninguna manera al ciudadano que actualmente ocupa el cargo, sino a la circunstancia de que la Dirección de Instrucción Criminal fue creada con propósito más logísticos que técnicos, y es, simplemente, otra dependencia del Ministerio de Justicia. Además, se creó sin ninguna infraestructura y es la hora en que aún no se ha dictado uno de los decretos reglamentarios. La opinión pública se ha venido enterando de las deficiencias de las agencias de inteligencia y de los permanentes fracasos investigativos. Nadie confía en las autoridades ante el hecho dramático de que han sido asesinados cerca de quinientos ciudadanos, al parecer por una misma causa, sin que se vea persona alguna comprometida en estos delitos.

Volviendo al Ministerio Público, debo decir que perdió también su facultad conceptuadora. Durante medio siglo los fiscales emitían concepto sobre la aplicabilidad de la cesación de procedimiento y sobre las solicitudes de libertad. Lo hacían en representación de la sociedad, que se le reconocía por consenso unánime. En gracia de la brevedad los comisionados prescindieron de estos conceptos, pero prescindieron también de los términos mínimos que había fijado el anterior código dentro de los cuales se debía resolver la solicitud de libertad. Resultó mucho más nocivo el remedio que la enfermedad, y queda en pie el desequilibrio de intereses entre la sociedad y el procesado, en el sentido de que aquella no es oída en el trámite de incidentes tan definitivos como la cesación de procedimiento, una de las formas de la extinción de la acción penal, o la negativa o concesión de la libertad, ambas hipótesis vinculadas a la fuerza de convicción de las pruebas que obran en el proceso. La intervención del Ministerio Público en estas oportunidades era un control que tenía el juez respecto de sus determinaciones, muy conveniente, por cierto, frente a la crisis moral que padece la nación.

La cesación de procedimiento como medio de calificar el sumario, luego de la reapertura de la investigación, es cosa aparte. En los casos en que no se descubre al delincuente se doblan los términos de la indagación preliminar y del sumario. Al hacerse la calificación se ordena la reapertura investigativa, que no podrá exceder de sesenta días. "Vencido este término —el juez, preceptúa el art. 473— cerrará la investigación, correrá traslado a las partes, luego del cual, decretará cesación de procedimiento, si no hubiere mérito para formular resolución acusatoria". Es la consagración de la impunidad. Transcurridos doscientos cuarenta días sin ser descubierto el delincuente, se extingue el derecho punitivo.

Una de las causas de mayor desprestigio de la administración de justicia es la morosidad. Este fenómeno aqueja a Colombia y a muchos países, y las fórmulas de solución se han concentrado en aligerar el procedimiento y aumentar, a todo nivel, el personal de la rama jurisdiccional.

Las comisiones redactoras adoptaron el primer camino. Seguramente advertidas de la absoluta pobreza de este tramo del poder público. Así fue como se abolieron términos, se abreviaron otros, se prescindió de los conceptos fiscales y se da por terminado el proceso a los doscientos cuarenta días si no se identifica al delincuente, sea cualquiera el delito cometido. El Código Penal Aduanero siguió el mismo criterio y ya se han dado casos que han producido reacción unánime de protesta a esas medidas. Van para la cesación de procedimiento, en cuenta regresiva, los asesinatos de los intelectuales de Medellín, de Pardo Leal y sus compañeros de lucha si no se logra descubrir a los asesinos.

Me parece loable, en cambio, la política adoptada en relación con la querrela. Doctrinariamente se tiene establecido que la querrela es una condición de procedibilidad, atendiendo en cada caso razones especiales. El proceso no se inicia mientras no lo solicite el sujeto pasivo del hecho punible que recibe el perjuicio y, además, hay lugar al desistimiento con la aceptación del procesado. En adelante las razones no provienen de los particulares, sino del Estado. Desde hace buen número de años se ha criticado el expansionismo de las conductas delictivas, circunstancia que ayuda a congestionar el trabajo de los despachos judiciales. De otro lado, cada día es más criticada la cárcel-hacinamiento como respuesta al delito, hasta el punto de que se ha concluido que es "un gran fracaso histórico". La tendencia moderna se dirige al establecimiento carcelario muy tecnificado, donde puedan ser atendidos los autores de aquellos hechos que perturban en materia grave las relaciones normales de la comunidad, a fin de que la resocialización se cumpla satisfactoriamente. Así se defiende la política de la descriminalización y la de la desjudicialización a que aludió el doctor y comisionado Edgard Saavedra Rojas para explicar el cambio de criterio respecto de la querrela. Dice así el acta correspondiente en cuanto a este punto: "... Entonces quiere explicar la razón de ser de por qué se aumenta a 35 el número de delitos querellables, proponiendo fundamentalmente una solución que ha expuesto la criminología crítica especialmente en Canadá y en Europa que se denomina "desjudicialización", para que en la medida de lo posible, el menor número de procesos lleguen al conocimiento de los jueces para que éstos realmente se puedan dedicar a los delitos importantes o los más graves que atentan contra la seguridad del Estado, contra la

seguridad de los bienes individuales y de la comunidad y que delitos de menor importancia sean desjudicializados de cualquier forma, y una de éstas es la situación de la querrela. Se escogieron principalmente algunos delitos que tienen poca importancia o afectan intereses muy privados, dejándose entonces al criterio de la víctima que decida si solicita la apertura de la investigación".

Dejo así expuesto el tema que presento a la consideración del 8º Congreso del Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

SISTEMA DE...