

LA JURISDICCION PENAL FISCAL



GUSTAVO HUMBERTO RODRIGUEZ R.

Nuevamente está sobre el tapete de las inquietudes nacionales la necesidad de crear la Jurisdicción Penal Fiscal, en razón del auge que ha tenido el delito de peculado. Sobre tal preocupación hagamos algunas consideraciones.

La Administración Pública es la versión funcional del Estado, la estructuración jurídica de la sociedad puesta en acción para servicio de la comunidad. Además, la Administración Pública tiene su fuente y su función en el Derecho, pues a la vez que se origina en este, trata de realizarlo. Debe realizarlo, sobre el presupuesto de que constituye un mandato.

Partiendo de los conceptos estático y dinámico de la estructura social jurídica —esto es, del Estado y de la Administración Pública—, los códigos de las penas suelen diferenciar, como lo hace el colombiano, los delitos que atentan contra uno y otro de tales bienes jurídicos.

Es así como nuestro código distingue los delitos contra el régimen constitucional, la seguridad interior y la existencia del Estado, de los reatos contra la Administración Pública. Y aun cuando en la legislación nacional destinamos un título separado a los delitos contra la Administración de Justicia, estimamos que en verdad esta no constituye sino una modalidad de la Administración Pública. Sin embargo, tal distinción corresponde a la triple misión adscrita al Estado, quien no solo dicta la norma sino que también la ejecuta en forma inmediata,

real y concreta y, además, asegura su cumplimiento. En otras palabras, en este particular la distribución delictiva no puede ser ajena a las tres funciones estatales —que corresponden a las tres potestades que distingue la doctrina clásica— de legislación, jurisdicción y administración. Esta última se identifica en su acepción estricta con la función reglamentaria, pero en su sentido lato encierra a las demás.

Función especializada de la Administración Pública es el recaudo, custodia y distribución del fisco. Haciendo uso de las varias potestades decreta los gravámenes, realiza el recaudo, sirve de depositaria y está obligada a invertirlo en la satisfacción de las necesidades públicas. Por eso la distracción o el uso indebido doloso, como el extravío o pérdida culposos de tales caudales o efectos tipifican el delito de peculado, clásico reato contra la Administración Pública.

Sin embargo, en la legislación colombiana integramos bajo esta agrupación delictual a infracciones tales como la exacción ilegal que hacen funcionarios públicos, bajo la denominación de concusión, cuando en realidad se trata de un abuso de autoridad; la aceptación sin exigencia o violencia de dádivas o promesas remuneratorias hechas por los mismos funcionarios, la que se denomina cohecho, cuando estrictamente se trata de contratos ilícitos celebrados entre codelincuentes; el retardo o negación de justicia y la providencia injusta a sabiendas, por simpatía o animadversión, bajo la

denominación de prevaricato, cuando en verdad es un delito contra la administración de justicia; los abusos de autoridad, la usurpación de funciones públicas y los delitos contra tales funcionarios, que bien pueden agruparse igualmente dentro de los ilícitos contra la administración de justicia. El fisco solamente recibe perjuicios con el peculado, pero desde luego sí afectan la Administración Pública las demás infracciones.

II

Son las condiciones socio-económicas y estructurales de cada país y de cada época las que determinan las modalidades del ordenamiento jurídico. Han sido también los movimientos filosóficos los que le han impreso sello característico a tales ordenamientos para propiciar determinadas condiciones. No culpemos unilateralmente a las legislaciones abstractas de la arbitrariedad, la injusticia y la impunidad. El Derecho no es exclusivamente una ciencia jurídica dogmática con un propósito normativo, sino eminentemente un hecho social, que es simultáneamente causa y efecto, como todo hecho. Derecho solo puede ser entendido sociológicamente, en su significación normativa y en su acepción de fenómeno.

Por estas razones el Derecho y su función de administración pública deben ser apreciados en su condición dinámica. Esas condiciones y esos ordenamientos en un momento dado encierran la criminalidad por caminos específicos, de donde resulta que la so-

lución no puede darse sin verificar, revisar o modificar tales factores determinantes.

Así, las condiciones sociales colombianas dieron margen para pensar en traer a nuestro medio los conceptos foráneos de peligrosidad social y pre-delictual, y legislamos entonces sobre el llamado "estado peligroso" creando una jurisdicción penal especial, la que por improvisada y antitécnica se ha convertido en la más peligrosa de las jurisdicciones. Así también hizo auge la delincuencia juvenil, y preocupación inmediata fue la organización de la jurisdicción penal para menores, de la que no pueden esperarse frutos positivos mientras no se corrijan las condiciones educacionales y sociales de vastos núcleos de población. Del mismo modo erigimos en delito al contrabando porque tomó relieve dentro de la gama de infracciones, y para combatirlo fue instituída la jurisdicción penal aduanera. Si ella no ha bastado para satisfacer la extinción de esa delincuencia no será simplemente porque las normas jurídicas o el aparato punitivo han resultado ineficaces, nugatorios e inoperantes. Desde luego, la organización de tales jurisdicciones cumplen una función de administración pública específica, necesaria dentro de nuestra actual estructura estatal y social, pero sin la revisión estructural será imposible darle esa eficacia o sea operancia.

III

Caso análogo acontece con los delitos contra la administración pública, concretamente con su infracción clá-

sica, el peculado. Recientes estadísticas divulgadas por la Contraloría General de la República nos dicen que actualmente cursan 3.357 negocios de ese tipo en instrucción, dato básico para solicitar la creación de la Jurisdicción Penal Fiscal. Lo complementa la disparidad alarmante entre los negocios que en etapa sumarial corren a cargo de los Visitadores de la Contraloría y los procesos que en mínima cantidad se encuentran en período de causa, a cargo de la justicia ordinaria. Lo complementa igualmente las altas cifras de prescripción y la alegada carencia de versación de los jueces ordinarios en materias fiscal y contable.

Necesitamos, pues, una Jurisdicción Penal Fiscal autónoma, que pueda contar con instructores y falladores especializados en los meandros específicos de esta delincuencia, que agilice los trámites del proceso aunque sin mengua de los principios fundamentales que informan el procedimiento, y sin perjuicio de la acción fiscalizadora adscrita a la Contraloría General de la República. Una jurisdicción que produzca más sentencias sin dejar de ser justas.

Por otra parte, no encontramos conveniente, ni técnico, ni jurídico, que los mismos agentes contralores que desempeñan la función fiscalizadora —que es de tipo administrativo en su acepción restringida— sean los mismos funcionarios encargados de formar el acervo probatorio en la etapa sumaria, esto es, el de ejercer la potestad jurisdiccional. Es este otro argumento

válido y decisivo para abogar por la creación de tal jurisdicción. Si razones presupuestales lo exigieren, ella podría conocer e instruir los hechos constitutivos de delito de peculado y los restantes que hemos consagrado como ilícitos contra la Administración Pública. Aunque es obvio que si conociera de todos los demás, dejaría de ser justicia punitiva esencialmente fiscal, no se desnaturalizaría totalmente su objetivo y su contenido, pero tendríamos que denominarla Jurisdicción Penal Administrativa.

Simultáneamente procede la capacitación educativa y técnica del personal fiscalizador y del que integra el destinado al manejo de los bienes estatales. Hemos vivido de la improvisación, llevados por los llamados de la política partidista, con su impulso sectario y su secuela de empirismo y de negación de servicio, en este como en muchos otros aspectos de la gestión administrativa, y luego nos dolemos de los impactos deplorables que se causan en la vida nacional. Dentro de la atmósfera de criminalidad se mueven, en general, factores que la desorganización administrativa ha creado. Propiciamos tangencial o decididamente las condiciones criminosas y luego buscamos la aplicación implacable de la justicia como correctivo único, con criterio formalista y ejemplarizante. Es preciso repetir que las normas jurídicas abstractas, por perfectas que ellas sean, serán nugatorias y no evitarán la arbitrariedad, ni la injusticia, ni la impunidad.

Decimos también lo anterior porque si bien en toda delincuencia se ad-

vierten caracteres comunes de universalidad, es indudable la presencia de otros que le dan singularidad, que la tipifican clasificándola. En el país tenemos de ambas especies en relación con la criminalidad fiscal, y con su más amplia clasificación, la criminalidad administrativa. Las condiciones sociales y económicas colombianas en que se desenvuelve la vida nacional le asignan ese carácter genérico que le sirve de común denominador, incluyendo entre tales al sistema material que rige su desenvolvimiento, a su ordenamiento legal y a la relación de casualidad que los une, a la vez que esta delincuencia administrativa se singulariza o tipifica ordinariamente con un fondo de empirismo, casuismo y provisión electoral, sobre los cuales se levanta el aparato estatal. Elementales reglas nos hablan, además, de la incidencia recíproca entre estos caracteres, dentro de un peligroso círculo vicioso que alimenta con materia prima los elementos subjetivos y objetivos con que se integra todo delito.

Las condiciones positivas del pueblo colombiano, que aquí también queremos relieves, dan, por otra parte, los elementos necesarios para hacer de la Administración Pública la institución y la función que el Derecho y la doctrina les asigna, y a ellos debemos apelar.

IV

Sobre el estado actual de nuestra legislación penal fiscal debemos hacer, finalmente, algunas consideraciones.

Para efectos del control perceptivo y del posterior, a cargo de las Con-

tralorías, existen en ellas los funcionarios denominados Visitadores Fiscales. Estos practican visitas de tipo fiscal, de las cuales levantan las actas correspondientes. Y a partir de 1946 se les otorgó la calidad de funcionarios de instrucción penal, con criterio acertado de no separar cronológicamente la determinación de los alcances que aparezcan en las actas de visita fiscales de la iniciación e instrucción del sumario correspondiente.

Fue el art. 8º de la Ley 58 de 1946, la que invistió por primera vez a los Visitadores Fiscales de la Contraloría General de la República de la función de instructores penales. Posteriormente, por medio del art. 1º del Decreto 2459 de 1953, se hizo extensiva tal facultad a los Visitadores de las Contralorías Departamentales. La defectuosa y antijurídica redacción del art. 8º de la Ley 58 de 1946 condujo a una nueva reglamentación, actualmente vigente, y que está contenida en el Decreto 2119 de 1960. La vigencia de ese Decreto fue ratificada por medio del art. 66 del Decreto-Ley 1358 de 1964 —uno de los 18 de la reforma judicial—.

En el art. 1º del Decreto 2119 de 1960 se señalan los límites de la actuación de los Visitadores Fiscales, tanto en relación a su competencia sustantiva como a la procesal. En cuanto a la sustantiva, la reduce a la instrucción de los ilícitos por peculado y sus conexos. A título personal conceptuamos que quedaron excluidos de competencia para instruir penalmente negocios relativos a los demás delitos contra la

Administración Pública. Y en cuanto a la competencia procesal, ella se limita a un período que abarca desde el auto cabeza de proceso hasta la concesión del recurso de apelación del auto de detención preventiva, dentro de los trámites propios del procedimiento penal ordinario. Y además, deben llenar una exigencia perentoriamente exigida por el art. 3º del D. 2119: antes de dictar auto cabeza de proceso deben levantar acta de visita fiscal, en la cual se determinen —fiscalmente— los hechos ilícitos constitutivos del peculado.

Si no se interponen recursos de dicha providencia, el sumario debe remitirse al Juez del conocimiento competente, una vez que se ha ejecutoriado el auto de detención; si no hay mérito para dictar tal auto, el sumario debe remitirse al mismo funcionario una vez vencidos los términos de instrucción de todo sumario.

Esas limitaciones procesales resultan inconvenientes: el Visitador Fiscal debiera instruir el sumario en toda su extensión, es decir, hasta cuando se inicie el juicio. Ello, en ausencia de la jurisdicción penal fiscal autónoma, con instructores y falladores especializados simultáneamente en el derecho penal, sustantivo y procesal, y en las técnicas contable y fiscal. Así lo propuso desde 1966 la Contraloría de Boyacá, al 7º Congreso Nacional de Contralores reunido en Bucaramanga, con un anteproyecto de Ley, que no ha tenido curso legislativo, en donde se recogieron los anteriores planteamientos.