

REFLEXIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL FRENTE A LA REVISORÍA FISCAL

Édgar Henry Ortiz Ricaurte¹

RESUMEN

El siguiente trabajo muestra la implicación que tiene la Revisoría Fiscal con el derecho penal aplicado al sector privado, donde se tienen en cuenta tanto las relaciones de índole civil, comercial y penal. Se muestra cómo además de las funciones contraloras también requiere del revisor fiscal una labor investigativa y de responsabilidad jurídica que inclusive le implique denunciar o investigar conductas ilícitas o irregulares.

Como antecedente, analiza el nuevo sistema penal y la situación actual de los fiscales, y su relación con los revisores fiscales. Expresa las funciones de la Fiscalía General de la Nación, y la Policía Judicial y su relación con la revisoría fiscal en lo referente a velar por los intereses que afectan al Estado y a la comunidad en general.

GENERALIDADES

El derecho penal en nuestro medio ocupa una posición cada vez más preponderante en las relaciones del sector privado, entre sí, y con lo estatal. Sin saber, el control judicial se ha convertido en catalisis de una economía sana o de una economía desviada. Podemos afirmar de manera previa que traduce lo *sui generis* de la relación estado-justicia-sociedad.

Por esto, aunque en la teoría se mantiene el postulado que el derecho penal es la *ultima ratio* para dirimir conflictos, encontramos que se volvió usual el encuentro de una verificación judicial para definir una relación económica como correcta.

No extraña la ocurrencia de inducir que un acto comercial o mercantil está de-

¹ Profesor Universidad Externado de Colombia Experto Consultor ONU. Abogado, especialista en sociología jurídica, especialista en derecho Penal y Criminología, docente de Derecho Penal en esp. en Revisoría Fiscal.

finido por una decisión judicial en lo penal. Lo preocupante es la falta de conocimiento y por ende capacidad acerca del manejo de la economía, ya sea macro o micro por el ente fiscal.

Es una posición de gran relevancia la que ocupa el derecho penal, que a mi modo de ver no está correctamente utilizada. Incluso puede ser tendenciosa su incorporación, toda vez que se ha instrumentalizado para dilatar los resultados de una relación comercial o financiera, o simplemente para que sirva de justificación para institucionalizar una clara animadversión entre actores económicos. Esto por factores de conveniencia económica, estrategia financiera o simplemente por empezar a rodar las circunstancias con fines poco altruistas. Diría que nos ajustamos un poco a la cultura colombiana.

Lamentablemente los alcances de la acción penal, que en Colombia es adelantada exclusivamente por la Fiscalía General de la Nación, y definida por los jueces de la República, ocupa una verdadera dimensión del poder decisorio, llegando a extremos de señalar empíricamente cuando se está frente a un acto jurídicamente válido o no. No tiene en cuenta que una relación netamente económica es propia del ámbito civil o comercial, mas no del penal.

No obstante, nos encontramos con la fácil confusión entre ambas jurisdicciones: la penal y la civil. La penal implica una conducta considerada como desviada y esquematizada por la legislación penal como conductas penalmente relevantes, mientras que la civil, la conducta está

implícitamente definida en una relación comercial, bajo la estructura comercial o contractual.

Aunque la Fiscalía hace esfuerzos para sobrepasar esa cultura de definir dicha relación en el ámbito penal, lamentablemente la ausencia de agilidad y decisión de la jurisdicción civil hace que sea más práctico llevar la controversia a lo penal. La sola intimidación hace que, así no posea el derecho, se le reconozca y busque cualquier mecanismo para evitar dicha injerencia.

Por esto es muy práctico llegar a conciliaciones, indemnizaciones, a pagos de lo adeudado.

El problema surge del estado en que se encuentre la jurisdicción penal.

Veamos algunas aproximaciones:

1. El nuevo sistema penal no traduce la cultura jurídica ni investigativa. Pese a la visión exitosa a cerca del proceso oral, lo cierto es que el mismo no se ocupa de los casos de más trascendencia.

Su éxito radica en los casos de flagrancia, en donde el sujeto que ha sido capturado en momentos de efectuar el delito, al ser llevado a audiencia decide aceptar su responsabilidad. El premio se da en la rebaja matemática e inmediata del 50% de la pena, sin sopesar la verdadera ocurrencia de los hechos o de las circunstancias como ocurrieron los mismos, pues la rapidez evita investigar más de fondo.

El alcance del instantáneo ofrecimiento es atractivo. En muchos casos de capturas equivocadas, los mismos imputados deciden aceptar la responsabilidad porque de esa manera se llega más rápido a la libertad.

Esto frente a la no aceptación, que hace necesario, para poder obtener un principio de defensa, contratar abogado experto en investigación (hay muy pocos), que además de costoso requiere de la asistencia de un grupo profesional que le auxilie en las pesquisas, ya que no poseen herramientas jurídicas para realizar su trabajo, como puede pensarse.

No pueden interceptar, tampoco hacer seguimientos. Incluso el más elemental derecho a poder conocer los antecedentes de la contraparte no es posible porque los archivos del DAS o la SIJIN son de uso exclusivo oficial y están protegidos por la reserva, en donde se vislumbra el abismo con la capacidad estatal de investigación. El concepto pericial lo hace Medicina Legal que depende de la misma Fiscalía, lo cual no permite conocer de una posición “neutra”.

2. Ausencia de capacitación para los fiscales y para los investigadores judiciales

El sistema oral no significa conocer la técnica de la oralidad. El derecho ha evolucionado al extremo que el concepto de prueba se hace técnico, y cada vez más la ciencia rodea la verificación de los hechos. No es la pasión del verbo, sino la lógica de la prueba, que se hace siempre silenciosa y se propone en audiencia

para poder alcanzar una categoría a favor de una de las partes.

La capacitación ofrecida ha girado en torno de la técnica de la oralidad más que de la sabiduría para poder obtener evidencias, por tanto es dejada atrás, pues lo básico es la evidencia con la que se tropieza la investigación. Evidencia que ha de significar un conocimiento y una estructura ligada a la obtención de la verdad.

Por esto, la falla llega en momentos cuando ya hay investigaciones tradicionalmente empíricas, en donde se hace ostensible que la capacidad investigativa carece de los más elementales medios y conocimientos y, por ende, realza la capacidad individual del investigador para producir resultados, sobre una ausencia marcada de sistemas de investigación.

La ausencia de capacitación es real. Capacitar no significa producir cursos aislados, como es usual. Es importante que el alumno evolucione académicamente sobre bases ciertas, con herramientas que estén al alcance y se deriven de nuestra cultura. Es decir, crear una cultura de la investigación, sobre bases ciertas y propias.

El curso de lofoscopia (antes dactiloscopia) tiene una duración de 10 horas y no más. Si bien el polígrafo sirvió al esquema investigativo de Estados Unidos durante mucho tiempo, hasta que perdió credibilidad, al enfrentarse con grandes falencias, para hoy en Colombia resulta ser un instrumento sofisticado y de mucha curiosidad, pero que lamen-

tablemente se hace incomprensible, no obstante queremos aceptarlo de todas maneras.

Hasta el momento no existe una escuela para aspirantes a fiscales. Todavía las universidades se concentran en el estilo del abogado jurista, experto en temas de gran relevancia en la dogmática jurídica, pero con absoluta falta de investigación, ya sea de campo o criminalística. Ese tema aún pertenece a la cultura de los investigadores, propios de aquellas épocas, quienes a pesar de no haber cursado la primaria, asumieron con gran sentido común el peso de la justicia. Por esto, dichos investigadores crearon una cultura subyacente de gente de poca preparación, que vivían en los mismos barrios en donde lo mismos delincuentes eran sus vecinos, con una tala de valores exactamente igual, pero con roles de trabajo distintos.

Épocas de las investigaciones con positivos porque sí, porque lo aceptó en confesión gracias a las maniobras de fuerza, de lo cual el juzgador aceptaba sin reproche alguno, pues su deber era dictar sentencia, sin poseer una orientación sobre la veracidad o no de lo decidido. Se creía más a la institución antes que al concepto de prueba.

Pero hoy no es así, se hace necesario cambiar tal esquema cultural.

Pese a lo descrito, tal rol ha pasado hoy a manos del fiscal, quien sin saber está forzado al aprendizaje sobre la marcha, y ahí está el error. Debe aprender sobre bases empíricas, y esto hace que la teoría

de acierto-error sea su orientación. El producto, el sindicato no tuvo ni idea de quién le está siguiendo el proceso y que esta persona no conoce bien de su función. Esto produce impunidad.

Y peor aún si se trata de especialidades, muchos fiscales no poseen conocimiento de los casos que les ha correspondido investigar.

La causa, en gran medida, corresponde al continuo traslado de unidad de fiscalía, lo que se hace sin la menor contemplación. Encontramos casos de un fiscal de la unidad de violencia intrafamiliar asignado a la unidad antiterrorismo y posteriormente, gracias a la suerte, a la unidad especializada de anticorrupción.

Son funciones diríamos radicalmente opuestas y por que no antagónicas. No es posible asumir el rol como fiscal anticorrupción sin conocer de manera clara el fenómeno y la lógica para su investigación. Si conoce solamente el tema de violencia intrafamiliar es porque posee el entrenamiento, así sea empírico, de lo psicológico del actuar o de la sociología del delito.

Pero sin conocer el ámbito socio-económico, como las leyes de mercado, los ajustes por inflación que hacen incrementar los valores de lo contratado en las obras civiles, las distintas variables de la oferta y la demanda, entre muchas otras situaciones, no es posible emitir un parámetro de juzgamiento. Así, podemos tener fiscales con la mejor pretensión laboral, con la mejor disponibilidad, pero que lamentablemente no poseen

la capacitación suficiente para afrontar dichas responsabilidades.

De ahí que los funcionarios que irían a estudiar los casos nuestros, de los revisores fiscales, no poseen los suficientes conocimientos de su tarea. De ahí lo peligrosa que resulta la jurisdicción penal.

EL REVISOR FISCAL Y LA SOCIEDAD

No es posible deslindar la labor del revisor fiscal con el hecho de la economía, del desenvolvimiento y el protagonismo de sus relaciones al ocupar un espacio trascendental en la vida de una sociedad.

Por esta razón la función del revisor va más allá que la tarea de observación y verificación de los aspectos contables. Su importancia se traduce en la posibilidad de alimentar las investigaciones por la mala gestión económica.

Además de la responsabilidad social que tienen frente a los asociados, a los posibles inversionistas, a los acreedores, al Estado y frente a la comunidad en general, los fiscales están sujetos a guardar una tala de acciones que originan una serie de cargas.

En lo social, surge del trato entre sociedad y las relaciones económicas, de lo cual deriva la trascendencia para el conglomerado. No podemos establecer una separación entre estos elementos, pues de suyo estaríamos observando el fenómeno de manera aislada.

Hay que tener en cuenta que la labor del revisor fiscal en la economía tiene el alcance inmediato de apoyar a la gestión económica y de ahí a la gestión de empresa, pero también va más allá, al pretender definir una real dimensión en las estructuras de la sociedad, al asesorar y avizorar los impactos en la economía de su labor.

Pensamos que la ley al proponer un alcance de tipo funcional al revisor fiscal, otorgándole una responsabilidad en el ámbito del derecho penal, prácticamente determina una responsabilidad en el marco de lo social, pues el derecho penal pretende el estudio de las conductas de las personas que han trasgredido el marco legal del delito.

No olvidemos que existe una relación entre lo que la sociedad no quiere que se haga, y que se traduce por medio de una ley (principio de delito-tipicidad) y la función del revisor fiscal. Son parámetros totalmente distintos, puesto que resume una clara intervención en el quehacer contable, no bajo la órbita de lo contable, sino bajo el entendido de que lo técnico es superado por el alcance social.

UNA OBSERVACIÓN ACERCA DEL REVISOR FISCAL FRENTE A LO PENAL

La justificación deviene en su labor, que si bien es enmarcada en el aspecto financiero, implica una repercusión en el ámbito económico, y por ende en lo penal.

De ahí, cómo un tipo de responsabilidad probable supera ampliamente el ámbito individual para convertirse al ámbito social, temas que tiene en cuenta el aspecto jurídico y consecuentemente el doctrinario y jurisprudencial.

Las investigaciones penales no contemplan una orientación hacia tales tópicos, pues señalan una directriz de responsabilidad sin tener en cuenta aspectos como la ausencia de actividad del revisor fiscal.

Entonces, es necesario observar cómo la función individual y muchas veces solitaria del revisor fiscal tiene repercusiones en lo laboral y social. De ahí la complejidad de la situación del revisor fiscal al definirla en el ámbito penal.

Desde la posición pasiva de antaño, en donde solamente su tarea significaba una observación y constatación de los estados financieros, y que sobre la misma se establecían estándares de reproche sobre delitos como la falsedad, hoy busca rápidamente un lugar en la esfera económica del Estado y trasciende mucho más allá.

Esto relaciona su papel preponderante en el Estado moderno, por eso pretende con afán discurrir sobre las bases de la conceptualización privadas y estatales. Por esto, encontramos que la posición del revisor fiscal se torna de vital importancia en la economía sana del país.

Si observamos, temas jurídicos como la anticorrupción, el lavado de activos, el narcotráfico, entre muchas otras, ocu-

pan un espacio muy importante en el campo de la revisoría fiscal. Incluso la misma ley define una responsabilidad directa enmarcada sobre dichas actividades. Entonces no es posible mantener una propuesta de política pública en tal sentido, sin contar con la actividad del revisor fiscal.

Pretendo enfatizar, sin que sea una justificación, en que la actividad se hace cada vez más relevante en la esfera penal. No solamente el reproche puede ir en tal sentido, sino que se incorpora en la dinámica de la justicia penal en Colombia. Podemos señalar que dicha relación se descubrió desde hace más de diez años, cuando la actividad había marcado un paso histórico en el país.

No hablo con exclusividad de los casos de la banca de antaño, que aunque parezcan remotos, aún se presentan, como el del reciente fallo adverso de la fusión de Bancolombia. Hablo de la actividad del narcotráfico con la llegada de grandes capitales descontextualizados en la esfera de la política económica del país. No extraña a las épocas de antaño en donde existió también blanqueo de capitales producto de la violencia o del contrabando, pero que no fue decisión social ni jurídica depurar.

Esto ha derivado en una economía ficticia, del aparente bienestar económico de la sociedad y, por qué no, de una relación malsana entre la riqueza y el poder, ya sea político o económico.

Y ahí nos encontramos con relaciones económicas difíciles, de grandes capi-

tales y de la necesaria legalización de los mismos. En un principio, de manera torpe, cuando los mismos dueños de empresa se convirtieron en los titulares de propiedades de gran extravagancia económica, hasta la sofisticada manera en que se convirtió, gracias a la ineficaz persecución que se tradujo en el necesario ocultamiento de la actividad y del dinero, lo cual ha impedido hasta el momento definir una verdadera lucha en su contra.

Por esto, el papel preponderante de la función de la economía sana en el país, y que el Estado, mediante sus instituciones, ha querido explorar, ofreciendo jurisprudencialmente la posición del revisor fiscal como una visión de regulación oficial en ausencia de la directa injerencia estatal.

La Corte Constitucional, de manera reiterada, lo asume, lo cual ha derivado en algunas normas penales, como la del control del delito de lavado de activos, estando el revisor fiscal como garante de que tal hecho no suceda. Su desatención le llevaría a plantear una acción penal adversa en calidad de coautor o en el mejor de los casos de complicidad.

Difícil entonces, pues él tiene menos calidad investigativa que la antes referida, pero sí le acompaña la carga de la prueba negativa. Aquí la agremiación del sector ha de intervenir en la complejidad del análisis de la política legislativa, y poder interpretar de manera racional dicho alcance. La falencia estatal no puede convertirse en justificación para definir

en su contra una carga de efectividad en la vigilancia.

1. El revisor fiscal como sujeto pasivo de la ley penal. Es decir, como trasgresor de la ley penal

Uno de los aspectos de más crítica del derecho penal consiste en el exceso de positivismo que lo enmarca, es decir, la gran cantidad de normas que se refieren no sólo al tema de las conductas que han de castigarse por ser consideradas como hechos punibles sino por los procedimientos, es decir, los pasos por seguir con la finalidad de verificar la conducta del sujeto que ha violado la ley penal.

De ahí que las nuevas reformas de los estatutos penales no tienen otro fin que el de unificar en un todo los aspectos antes descritos, y en consecuencia, producir seguridad y confianza en los ciudadanos que acuden a los estrados judiciales en busca de justicia o de resolución de los conflictos.

Pero no sucede lo mismo con el tema del revisor fiscal. Es de anotar que continuamente las superintendencias agregan tareas a los revisores fiscales, aparte de las ya puntualizadas legalmente, hecho que se traduce en una serie de imprecisiones en materia de responsabilidad. Tareas que constituyen un marcado lineamiento de lo que debe o no hacer el revisor fiscal; lo cual en alguna medida hace difícil la tarea jurisdiccional en definir una responsabilidad, o dicho de otro modo, no es fácil tener seguridad de la actuación.

Podríamos pensar en un derecho del revisor fiscal como una forma de unificar y, por qué no, complementar con exactitud la tarea y posible consecuencia de reproche en materia penal. Es decir, un derecho de los mínimos en el cual no pueda extenderse la actividad más allá.

Por lo pronto, observando ya la práctica jurídica en los estrados judiciales, es dable acudir a la “buena fe” como una herramienta de la máxima importancia. Lamentablemente a ésta se le atraviesa el positivismo que en un momento dado señala alguna imprevisión y de ahí sigue el camino al juzgamiento en materia penal.

2. El revisor fiscal, de su actuación, aporta las pruebas que pueden tener relevancia dentro de una investigación penal (función pasiva de Policía Judicial)

De una manera rápida se puede afirmar cómo la relación antes referida entre sociedad y conducta del individuo hace definir cuando se trata de delito, lo mismo que del deber del Estado en tutelar la manera como ha de investigarse y castigarse, a manera de reproche, dicho comportamiento. Este reproche desencadena toda una política alrededor en materia criminal, que no sólo es normativa sino de tipo estructural, pues allí radica una sincronía institucional al permitir o no un tratamiento determinado.

Pero es importante resaltar que al Estado le corresponde propender por dicho alcance y reproche, mas no a los particulares. Interesante discusión, pues debe permitir hasta donde se produce una real investigación con la respectiva definición, sanción o absolución, o que simplemente es incapaz de encontrar una estructura cualificada de reproche.

Tal como lo define Martínez Rave²: “se convierte así la acción penal en una obligación estatal que debe cumplirse por conducto de los funcionarios públicos encargados de investigar y juzgar los delitos”. El impulso, el motor que permite iniciar, continuar y terminar la investigación de los hechos delictuosos, así como la facultad de juzgarlos, radica en el Estado y se conoce como acción penal.

Así que al producirse impunidad, genera de suyo una reacción, la cual implica un impacto negativo en la economía, pues la acción penal debe comprender los correctivos y la economía sana que toda sociedad ha de tener. La impunidad en materia de responsabilidad de los casos que giran alrededor de la función del revisor fiscal señala varias situaciones. No sólo podemos definir una relación con la actuación del sistema penal, sino también de la sociedad.

El Estado maneja una serie de estructuras a su alrededor que le indican no sólo el deber de estudiar y reprimir las conductas anómalas o desviadas sino de

² MARTÍNEZ RAVE. Procedimiento Penal Colombiano, 8.ª ed. Bogotá, Temis, 1994, p. 59.

producir desaliento en el querer actuar contra derecho.

La Fiscalía General de la Nación goza de autonomía orgánica o funcional frente a los demás entes estatales, pues es ella la única que puede ejercer la acción penal, adelantando la investigación y acusando a los presuntos responsables de los delitos. El sistema acusatorio en Colombia es mixto, correspondiéndole a la Fiscalía la investigación y acusación de los infractores de la ley penal, y a los jueces el juzgamiento de los mismos.

Es el organismo encargado de adelantar la acción penal, pues constitucionalmente posee las atribuciones de investigar los delitos y acusar a los posibles responsables. Pertenece al sistema acusatorio pues indica la función de investigar como prevalente.

A diferencia del anterior sistema, es importante resaltar cómo el protagonismo del sistema de investigación denota la labor del fiscal, como protagonista de la función de Policía Judicial.

La Fiscalía General de la Nación hace parte de la rama judicial y, por tanto, sus decisiones son independientes. La actividad desplegada por la Fiscalía corresponde en su contenido al ejercicio ordinario de sus funciones, según lo establece la Carta Política, ya que está orientada a la investigación de delitos así como a la búsqueda, localización y acusación de los presuntos infractores.

Según el artículo 250 de la Constitución, 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. Para tal efecto, la misma norma dispone que la Fiscalía asegure la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, adoptando las medidas correspondientes y las providencias que fueren necesarias para hacer efectivos el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito.

A la Fiscalía General corresponde, además, calificar y declarar precluidas las investigaciones realizadas; 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 el proceso, e investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado, respetando sus derechos fundamentales y las garantías procesales que le asisten.

La nueva normatividad, que sustituyó el sistema inquisitivo, vigente antes de la Constitución, por el acusatorio, dejó pues en claro que las funciones de investigación y acusación, por una parte, y de juzgamiento, por otra, fueron confiadas a organismos diferentes que, muy a pesar de lo alegado por el demandante, pertenecen a la rama judicial si bien actúan de manera autónoma e independiente (arts. 116, 228 y 250 C. P.).

Es importante resaltar que el proceso penal tiene como función primordial la de estudiar la conducta del sindicado, pues allí debe incluir toda la investiga-

ción, como las pruebas, la diligencia de indagatoria, y la postura de la ciencia de la criminalística señala el abordaje alrededor de la forma como ocurrieron los hechos y por ende su participación o no.

Por tanto, podemos afirmar que la estructura del proceso señala la posibilidad del Estado de ejercitar la acción penal, es decir la potestad de castigar a los responsables de los delitos, mediando la lógica de los principios rectores del Código Penal y del proceso penal, teniendo en cuenta el respeto por los derechos humanos; y de otra parte, de ejercitar los derechos del sindicado, en aras siempre de la demostración de la responsabilidad como principio de la carga de la prueba.

Podemos definir que las partes del proceso describen las dos formas de estudiar la conducta del sindicado, mediante la *investigación o llamada etapa de instrucción*, y de otra parte, la del juzgamiento *o causa*. Es decir, denota la manera como primero es imperativo investigar para después, si hay mérito para el efecto, juzgar la conducta.

Es necesario que exista sincronía entre las dos etapas, pues no es posible acusar, como resultado de la investigación, para que se vaya a juzgar por otro delito. Para el efecto, la ley procedimental es clara en establecer una lógica del juzgamiento, pues en caso contrario se llegaría a establecer una violación al derecho de defensa, pues el sindicado no podría desvirtuar las pruebas que utilizaría el juez de conocimiento a efectos de proferir la sentencia respectiva.

Hay casos en que las pruebas no hacen claridad de la posibilidad de adelantar una acción penal, de ahí que se requiera tener un marco de pruebas que den seguridad a la actuación. En otras palabras, no toda denuncia conlleva indefectiblemente a abrir proceso penal, o que todo delito conduzca a que se abra proceso penal, pues es indispensable que se conozca el posible autor del hecho punible.

Por eso resulta indispensable anotar la importancia del tema de la Policía Judicial, pues se trata de la lógica del Estado en las investigaciones penales, lógica que va acompañada de una serie de funciones y atribuciones que posibilitan el accionar penal, el juicio de reproche y, por qué no, un equilibrio en la sociedad.

Por eso observo la importancia del tema, que amerita una explicación, deriva la posición del revisor fiscal en dicha lógica, como una herramienta muy importante en las investigaciones penales.

3. *Policía Judicial e investigación*

Corresponde a una lógica de la investigación de la prueba y de la valoración. Corresponde a una sincronía entre los hechos y la forma en que el Estado percibe y orienta la investigación judicial, porque la justicia es una responsabilidad del Estado.

Esta lógica, con sus falencias está produciendo el desgaste de la efectividad judicial y, peor aún, genera impunidad y no credibilidad en la justicia. Aspecto que no es tenido en cuenta.

El nuevo Código de Procedimiento Penal es simplista y atiende a la lógica normativa, pero esconde todo el concepto que la sociedad pueda definir para combatir el crimen. No en vano el concepto de Policía Judicial originó, por su desgaste e inoperancia, la reforma de la justicia y que llevó a la creación de la Fiscalía General de la Nación.

El problema radica en separar el concepto social del normativo, como por ejemplo crear un código o compilación normativa alejado de la sociedad o cultura pero preciso en sus normas.

Problema que nos lleva a repensar si las normas y posibles reformas estén separando estos dos conceptos o, en otros términos, la cultura esté en contra o a favor de la codificación. Y en caso de la lógica en el reproche de la investigación de los delitos es muy preocupante.

Es preocupante observar que la percepción de la nueva creación de los códigos no establece en parte alguna esa unión entre sociedad-Estado y ley. Percibo un éxito relativo, pues carece de la cultura, de la lógica y de aproximación cultural.

¿Cómo podemos definir un juicio oral cuando nuestra cultura es totalmente escritural, o qué pasaría si como abogado no reproduce totalmente el contenido de la declaración en el acta?

Cuando se creó la Fiscalía General de la Nación, nuestra percepción directa indicaba que la impunidad judicial para la época tenía una clara percepción de

la ausencia de dirección de los entonces jueces de instrucción criminal en las investigaciones y, a su vez, de la absoluta independencia de los organismos de Policía Judicial en el derrotero, lógica y eficacia de las investigaciones. Por tal razón, él se acomodaba en su escritorio, muchas veces gerencial, en espera paciente o impaciente de los resultados que reportaban las instancias de investigación.

4. ¿Pero qué es función de Policía Judicial?

Nuestra definición consiste en el ejercicio de la prueba en torno a la causación de un hecho delictivo. Ejercicio de la prueba que radica en la percepción de los rastros, elementos o simples testimonios que pueden orientar en la consecución de las pruebas, dentro de una lógica que produce el Estado por medio de sus estructuras normativas, todo de acuerdo con la percepción sociológica en torno al diálogo crimen-respuesta social.

En este medio, que parece de excesiva delincuencia, podría indicarnos que el concepto de Policía Judicial se encuentra en permanente crisis. No aparece estrategia alguna en torno a la prevención del delito. Es inexistente una intervención socioeconómica del Estado que conlleve a la deslegitimación social del delito.

Todo lo contrario, el ciudadano común percibe a diario al Estado como contrario y abusivo, que incluso atenta en su contra, tal como sucede en los casos tributarios, en el conflicto armado, en la delincuencia, en el concepto de desarrollo,

etc. Incluso como se muestra la justicia, llena de dificultades y abusos.

Al hacer referencia a la cultura, nuestra percepción rodea la misma respuesta, no sólo del ente estatal de justicia (juzgados, Fiscalía, CTI.) sino de respuesta social, la colaboración de la sociedad, la presencia de testigos o el reproche del ámbito social al testigo de un caso.

No olvidemos que en muchos lugares del país la justicia oficial aparece como contraria a una verdadera justicia (término relativo), tenemos casos como los lugares en donde están asentados los grupos del conflicto armado, allí la justicia oficial es antagónica y de por sí inexistente. Simplemente ante la evidente no credibilidad se torna supletoria a una justicia que no reacciona ni cumple con los cometidos que la sociedad en un momento espera.

Ahora bien, la estructura de Policía Judicial establece un verdadero diálogo entre el direccionamiento y la operatividad. Así quedó definido en los respectivos códigos y traspasa al nuevo código. Lamentablemente el perfil del fiscal se aparta de su labor de direccionamiento y queda en una dinámica de recibir resultados en los cuales no tuvo incidencia alguna.

Una postura de la crítica académica señala que el problema de impunidad deriva en gran parte de la inactividad del fiscal en el proceso, pues atiende lo jurídico mas no lo investigativo.

La respuesta de los fiscales a los operativos del CTI o de los organismos de Policía Judicial desconoce en gran medida la relación existente de manera formal. La respuesta judicial a la actividad investigativa es disímil y a veces desconcertante, lo que produce el vacío y desánimo de la actividad.

No son pocas las oportunidades en las cuales la Policía Judicial se queda ad portas de una ratificación de los resultados, encontrándose que el devenir procesal los contradice de manera fácil y sobre todo desconoce los esfuerzos y desgaste institucional.

De otra parte, la independencia del fiscal debe ser clara y bien definida. No es posible que exista una investigación sin que haya mediación de la prueba, aspecto claro de Policía Judicial de acuerdo con nuestra definición.

5. Cómo funciona la labor de policía judicial hacia el revisor fiscal

Si analizamos la jurisprudencia, encontraremos una excelente aproximación en CARLOS GAVIRIA DÍAZ, quien definió un lindero entre secreto profesional y la función del revisor fiscal.

“No puede pensarse entonces, que la existencia del secreto profesional y la confidencialidad de ciertas actuaciones sea razón suficiente para paralizar o suspender el deber constitucional que tiene todo ciudadano de colaborar con las autoridades, y que tampoco se puede crear alrededor de lo irregular, de lo

ilícito, de lo torcido, una apariencia de corrección que se ampara en lo secreto. Porque de lo que se trata, se insiste, no es de la simple regulación de una actividad profesional y su manera de cumplirse (la contabilidad), con sus cargas y deberes. Estamos frente a una función —**la revisoría fiscal**— que trasciende la defensa de las expectativas individuales, que está llamada a velar por intereses superiores que afectan al Estado y a la comunidad en general; que no se reduce al cumplimiento de ciertos requisitos de idoneidad técnica —como los exigidos al contador profesional para que pueda desplegar la actividad que le es propia—, sino que demanda probidad y compromiso con valores sociales que busca proteger la norma demandada al establecer ciertos mecanismos de control sobre las sociedades, y al exigir la presencia de funcionarios que vigilen el desarrollo de estas entidades.

En síntesis, una cosa es el contador que ejerce su profesión como tal, amparado (y obligado), sin duda, por el secreto profesional, y otra, muy diferente, el revisor fiscal que ejerce funciones contraloras que implican el deber de denunciar conductas ilícitas o irregulares, del cual deber no puede relevarlo el hecho de que para cumplirlas cabalmente deba ser un profesional de la contabilidad”.

6. En la reforma se presenta el tema de la investigación “oficial” y de la investigación “privada”; posición del revisor fiscal

Al crear un deber de investigación para la defensa debemos tener en cuenta la

necesaria observación de la función de policía judicial al servicio de los particulares, y aquí entraría a sopesar la funcionalidad en un doble interés: el del protagonismo del Estado; y de otro lado, el del protagonismo de los particulares o protagonismo de la *defensa*.

Es necesario verificar que el deber de la defensa es hallar el equilibrio de fuerzas en el juicio, pues no es posible aceptar que la Fiscalía como sujeto procesal cuente con todas las herramientas para la investigación, apoyado por el Estado e institucionalidad; de otra parte, la *defensa* debe ejercer de manera opuesta, encontrando los elementos de prueba que pueda en un momento dado desvirtuar la acusación que la Fiscalía proponga.

El tema sería las atribuciones que le dan la titularidad de la acción penal y por ende que le dan la titularidad de la Policía Judicial, pero trasladado a los particulares, pues aquí no habría espacio para la discusión de la sincronía entre agencias e investigador, pues la tarea implica una dirección sobre la base de encontrar o demostrar elementos de prueba que han de servir a la defensa.

Podríamos definir un espacio injusto y por cierto de desventaja, pero ya en la práctica daría con facilidad al hallazgo de fuentes de prueba, muchas veces inexplorado y de la gestión y recursos con mayor practicidad del entorno “oficial”.

Entonces, debemos hacer una observación en este doble aspecto, pues se quiere garantizar en un plano de *igualdad* las

posibilidad de funcionalidad y ejercicio de la investigación.

Lamentablemente la investigación particular *no existe*, y menos aún que sea asumida por la Fiscalía General de la Nación, pues sería incompatible no sólo por los intereses sino por la naturaleza de la función. No es posible pensar que la investigación, dirigida hacia la defensa, sea el defensor quien la oriente. Sencillamente no sería posible, pues crearía un caos conceptual.

Entonces la función de Policía Judicial podría definirse en dos aspectos: a cargo del Estado y pedida por los particulares.

La primera significa una labor ya instalada en el interior de la Fiscalía General de la Nación, mas sin embargo requiere de ajustes de coordinación y funcionalidad como previamente hemos señalado.

La segunda en cambio *no tiene* ninguna referencia, puesto que se hace nueva, y por su naturaleza tiene necesariamente el deber de trasladarse hacia los particulares. Ya se ven escuelas, demasiado informales, que tratan de capacitar en temas de investigación, lamentablemente sin contexto y cohesión práctica. La creación de un mecanismo deberá ser formalmente regulado, pues daría con facilidad para abrir espacios que generen inseguridad a los ciudadanos, pues si se permite que la investigación privada lleve a levantar la reserva bancaria, o para conocer los archivos del registro de automotores o para conocer las direcciones, etc.

Difícil tarea pues, si pensamos en la diaria tarea de acumular información que ha de servir a la investigación, la cual debe ser evaluada por la defensa; podríamos hablar de una tarea de inteligencia privada, que sería alimentada diariamente con todo tipo de informaciones, como sustentadas por seguimientos o simplemente por entrevistas que pueden tener la defensa con posibles testigos o, por qué no, con informantes.

En un plano especulativo, podría decirse que la competencia siempre ha de producir beneficios, mas sin embargo está en juego toda una serie de actividades que pueden dar con una problemática de fondo, cual es el desalojo fácil de la seguridad del Estado que debe proporcionarle a los particulares.

No ocurriría lo mismo con la creación de laboratorios particulares de criminalística, los cuales es fácil pronosticar que con el paso del tiempo, debido a su eficiencia y rapidez, serán una competencia sana de los llamados oficiales, tal como está sucediendo con los laboratorios privados que analizan las pruebas de ADN. Laboratorios que deberán ser regulados desde el punto de vista funcional como el de aportar pruebas.

La tarea de investigación privada aparentemente es fácil, pero no lo es, habrá de regularse y, peor aún, contendrá el esquema de funcionamiento del ente estatal, pues será limitada jurídicamente, no sólo bajo la esfera de lo ético sino el respeto por los derechos de los ciudadanos, incluso contrario a una cultura predominante en el país.

Un abogado, en la actual situación, difícilmente tiene posibilidad de solicitar los registros de antecedentes del DAS, sino es por medio del aparato judicial, es imposible escudriñar los archivos de inteligencia de las agencias de investigación, no para desvirtuarlos sino para discutir, por ejemplo, de la información recibida, etc., no podría interceptar líneas de comunicación o definir seguimientos a las personas, sino es con el riesgo de caer en algún delito. Pienso que estas tareas de todas maneras van a ser de prevalencia estatal y que muy difícilmente podría señalárselas a los particulares.

La norma de dicha regulación deberá ser aparejada del contenido de una reforma como la planteada, con la finalidad de evitar una contraria observación de los dos sujetos de la investigación en un plano de igualdad.

Bueno, aquí nos encontramos. Es una situación de gran relevancia, incrustada en un todo en la lógica de la investigación judicial, ya sea al servicio del Estado o de la defensa.

Complicada situación pues el revisor fiscal carece de la formación que le haga incursionar en dichas tareas, que sin quererlo el Estado le ha puesto en medio del concepto de la justicia con la gran falencia de una estructura que le dé apoyo y verifique los alcances y procedimientos en el actuar.

Por esto, la ponencia que a grandes pasos he querido plantear, es correlativa a una posición en doble direccionamiento, lo estatal y lo privado. Lo uno no puede ser sin lo otro, es un diálogo que merece el país y de lo cual aún está por definirse en bien de la economía, de la sociedad y en consecuencia de la justicia.

