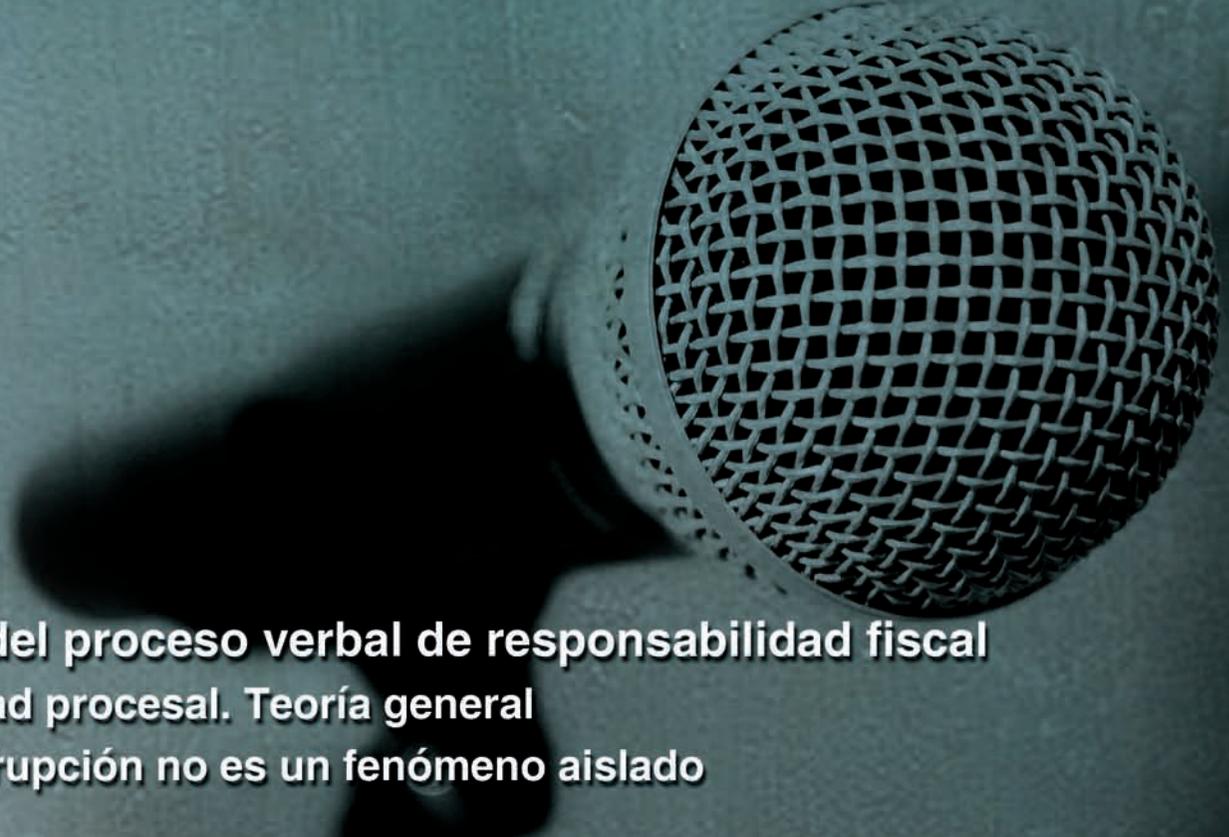


SINDÉRESIS 15

- 
- * Guía del proceso verbal de responsabilidad fiscal
 - * Oralidad procesal. Teoría general
 - * La corrupción no es un fenómeno aislado

SINDÉRISIS

Revista de la Auditoría General de la República No. 15

Diciembre de 2011 — Bogotá - Colombia — ISSN 0124 - 471X



AUDITORÍA
GENERAL DE LA REPÚBLICA

Esta publicación ha sido editada en Bogotá D.C., Colombia. Cra. 10 17-18 P-9
E-mail: sinderesis@auditoria.gov.co — ISSN 0124 - 471X — Derechos Reservados

Las opiniones aquí expresadas son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no reflejan, necesariamente, el pensamiento de la Auditoría General de la República

SINDERESIS

AUDITOR GENERAL DE LA REPÚBLICA

Jaime Raúl Ardila Barrera

DIRECTOR

Fredy Céspedes Villa

COMITÉ EDITORIAL

**Rossana Payares Altamiranda
Oscar Francisco Mantilla Rey
Fredy Céspedes Villa
Reynaldo Ríos Pérez**

EDICIÓN, DISEÑO Y COMPOSICIÓN

**Juan de Dios Cano Londoño
David Garzón Rodríguez**

COMUNICACIONES Y LOGÍSTICA

Jhon Alexander Agudelo Córdoba

IMPRESIÓN

Imprenta Nacional de Colombia

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	5
PABLO CÉSAR DÍAZ BARRERA	
GUÍA DEL PROCESO VERBAL DE RESPONSABILIDAD FISCAL	11
– Aspectos normativos de la responsabilidad fiscal	13
– Elementos estructurales de la responsabilidad fiscal	14
– Los desafíos de la oralidad en el proceso de responsabilidad fiscal	24
– El procedimiento verbal de responsabilidad fiscal	27
– Principales modificaciones al proceso ordinario de responsabilidad fiscal en virtud del estatuto anticorrupción	52
– Adecuaciones locativas para el desarrollo de procesos de responsabilidad fiscal verbales	56
– El nuevo rol del auditor en los procesos verbales de responsabilidad fiscal	57
– Nuevos temas a Auditar al amparo del estatuto anticorrupción	60
– Bibliografía	73
OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE	
ORALIDAD PROCESAL. TEORÍA GENERAL	75
– Entre la escritura y la oralidad	76
– La oralidad y sus elementos esenciales	76
– Subconsecuencias de oralidad	83
– La escritura	86
– Subconsecuencias de la escritura	88
– El proceso concentrado	89
– Lo extranormativo	92
JAIME ARDILA BARRERA	
LA CORRUPCIÓN NO ES UN FENÓMENO AISLADO	93
– Los corruptos son expertos en cumplir los requisitos	95
– La pedagogía	96
– La falta de capacidad de las contralorías	96
– Ausencia de política pública de control fiscal	97
– La tecnología como herramienta para mejorar el control fiscal	99
– Control electrónico a la contratación	100
– El proyecto CCC	100



JAIME RAÚL ARDILA BARRERA. Auditor General de la República
LILIANA MARÍA HURTADO LONDOÑO. Auditora Auxiliar
REYNALDO RÍOS PÉREZ. Auditor Delegado para la Vigilancia de la Gestión Fiscal
SARA GARCÍA PADILLA. Secretaria General
FREDY CÉSPEDES VILLA. Director Oficina Estudios Especiales y Apoyo Técnico
OSCAR FRANCISCO MANTILLA REY. Director Oficina de Planeación
LUZ ADRIANA VIVAS GARCÍA. Directora Oficina Jurídica
GLORIA ELENA RIASCOS MORA. Directora Oficina de Control Interno
JUAN DIEGO DONCEL RAMÍREZ. Director de Control Fiscal
JOSÉ LUIS FRANCO LAVERDE. Director de Responsabilidad Fiscal
LUZ STELLA VARGAS LÓPEZ. Directora de Recursos Financieros
MARGARITA MARÍA MÁRQUEZ FIGUEROA. Directora de Recursos Físicos
BEATRIZ AMALIA SÁNCHEZ LUQUE. Directora de Talento Humano
NORA ELENA CORREA LONDOÑO. Gerente Seccional I [Medellín]
ARGEMIRO VARGAS SUÁREZ. Gerente Seccional II [Bogotá]
CARLOS ALBERTO FRANCO HURTADO. Gerente Seccional III [Cali]
ALEXANDRA SOSSA SÁNCHEZ. Gerente [E] Seccional IV [Bucaramanga]
SUSANA DEL CARMEN ABRAHAM DAU. Gerente Seccional V [Barranquilla]
JAIME PARRA SÁNCHEZ. Gerente Seccional VI [Neiva]
GERMÁN BARCO LÓPEZ. Gerente Seccional VII [Armenia]

Control fiscal con pedagogía social

PRESENTACIÓN

Las solas normas para evitar o castigar la corrupción no son suficientes, pero son indispensables para poner a la sociedad en el camino correcto”

Juan Manuel Santos. Presidente de la República

Existe una premisa incuestionable según la cual, una justicia lenta es la denegación de la misma.

Existe una premisa incuestionable según la cual, una justicia lenta es la denegación de la misma.

Esta premisa es claramente aplicable en relación con la gestión que realiza el control fiscal para procurar el resarcimiento al daño patrimonial.

Si no se actúa a tiempo, si no se vincula a todas las personas que han ocasionado el daño al patrimonio público, si no se decretan y hacen efectivas las medidas cautelares, estamos creando situaciones propicias para que la corrupción se apropie de manera indebida del erario. Estamos creando una situación de permisibilidad.

Para hacerle frente a este problema y ante las dificultades para adelantar procesos de responsabilidad de manera oportuna, el Estatuto Anticorrupción estableció la oralidad, como un instrumento para simplificar los trámites de los procesos.

Se estima que con este nuevo esquema procedimental las contralorías van a poder adelantar procesos en un término aproximado de un año.

Teniendo en cuenta que la misión de la Auditoría General se orienta a generar la transformación y mo-

dernización de los órganos de control fiscal en el firme propósito de alcanzar la erradicación de la corrupción en la ejecución de los recursos, asumiremos el reto de apoyar las contralorías en la implementación de este nuevo esquema para adelantar procesos en forma oportuna.

En la AGR hemos consultado a algunos expertos en el tema de la oralidad para transmitirle a las contralorías unos conceptos doctrinales que facilitarían que se asuma este nuevo procedimiento y pondremos a disposición en unos pocos días una “guía del proceso verbal de responsabilidad fiscal”.

Esta Guía contiene instrucciones relacionadas con el trámite de los Procesos Verbales, así como un análisis de los elementos estructurales de la Responsabilidad Fiscal, los desafíos en la oralidad, las principales modificaciones al proceso ordinario de responsabilidad fiscal y el nuevo rol del auditor en desarrollo de los procesos verbales, entre otros. Durante 2012 estaremos realizando el año entrante permanentes capacitaciones a las contralorías para unificar criterios y facilitar su implementación.

En la búsqueda de unos procesos ágiles, y bajo el lema “**control fiscal con pedagogía social**”, el Plan Estratégico Institucional 2011 – 2013, de la Auditoría General se ha señalado como uno de sus objetivos estratégicos “*fortalecer las labores de vigilancia fiscal y del resarcimiento del daño a nivel interno y externo*” encaminado a la labor de mejorar la calidad del ejercicio del control fiscal en especial el desarrollo de los procesos de responsabilidad fiscal.

Este objetivo que comporta entre otros la realización y ejecución de actividades institucionales orientadas a implementar en la AGR y promover en las Contralorías el procedimiento verbal, se convierte en un reto para los órganos de Control fiscal con el propósito único de encaminar la responsabilidad fiscal hacia lograr un verdadero y oportuno resarcimiento de los daños causados al erario como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de quienes realizan gestión fiscal, mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal.

Nos hemos propuesto entonces, el compromiso de coadyuvar en la implementación de la oralidad en los procesos de responsabilidad fiscal a cargo de las Contralorías y la Auditoría General de la República, en cumplimiento de la aplicación del “*Estatuto Anticorrupción*”, Ley 1474 de 2011, y que se convierte en uno más de los instrumentos diseñados para combatir la corrupción.

Como diría Jorge Vásquez Posada, Presidente de la Corporación Universitaria Remington, la corrupción que azota a la humanidad es la consecuencia de la pobreza y la degradación de valores de nuestra sociedad. El irrespeto por lo ajeno es una elemental y pobre conducta anti-ética, que corrompe las costumbres, deterioran el tejido social y consecuentemente incuba una cultura de violencia, por la falta de valores que impidan a los humanos, trasegar por senderos de la dignidad y la decencia.

La convención de las Naciones Unidas contra la corrupción declaró que este flagelo representa una

grave amenaza para *“la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley.”*

Para atacar de manera idónea y oportuna esta amenaza, las contralorías no deben ahorrar esfuerzos, ni escatimar recursos humanos o logísticos con el fin de adelantar acciones y proferir decisiones de tal forma que la corrupción se vea realmente amenazada y en riesgo de ser detectada y sancionada.

El desafío que asumimos no se limita a implementar dentro de nuestros procedimientos la oralidad, sino además, asumir con entereza el reto de entregar decisiones lo más pronto posible respecto de investigaciones de impacto que generen un mensaje positivo en la ciudadanía respecto de la gestión que van a adelantar las contralorías para cumplir con su misión.

En consecuencia la implementación de la oralidad se debe convertir en un hito que parta en dos la historia del control fiscal. Dejaremos en los anales de la historia esta etapa que estamos cursando en donde se nos prescribieron un importante número de procesos, y en donde se tomaron decisiones en otros, pero sólo sirvieron para engrosar los archivos por cuanto no venían acompañados de medidas cautelares.

Esta nueva fase del control fiscal está orientada a construir legitimidad y gobernabilidad mediante la obtención de resultados medibles y oportunos en la recuperación del daño patrimonial.

No obstante, que el control fiscal es posterior, este debe ser oportuno, y esa oportunidad no es otra cosa que ser coherente con los tiempos que las distintas actividades de gestión involucran.

Si bien el régimen creado por la Ley 1474 de 2011, Estatuto Anticorrupción, permite la implementación progresiva de la oralidad, de acuerdo a su capacidad operativa de las contralorías, invito a los contralores salientes a que dejen consolidado un esquema jurídico y logístico que facilite las investigaciones bajo el criterio de la oralidad de tal manera que se facilite que en el mes de enero la gran mayoría de los procesos se adelanten en forma verbal.

He impartido instrucciones para que la calificación de la gestión de las contralorías durante el año 2012 sea directamente proporcional al esfuerzo que se realice para la implementación de este proceso, inicialmente verificando la implementación de la oralidad en los procesos de responsabilidad fiscal y además realizando una evaluación de la gestión en desarrollo de los mismos, claro está, respetando la autonomía de las contralorías para decidir cuales procesos se van a tramitar por el nuevo modelo.

Hay importantes precisiones conceptuales sobre la oralidad, sin embargo, voy a resumir **cuatro aspectos** que considero importante resaltar:

- **Discrecionalidad.** Significa que las contralorías cuentan con la potestad de decidir cuales hallazgos, indagaciones preliminares y procesos activos se van a adecuar al proceso verbal de responsabilidad fiscal.

- Precisión de las etapas procesales. Se establecen dos audiencias una de descargos y otra de decisión y se indica que las pruebas se practicarán únicamente en la audiencia de descargos, con lo cual se evita que los implicados estén solicitando pruebas durante todas las etapas del proceso.
- Agilidad en las notificaciones: La Ley 1474 dio un vigencia anticipada al procedimiento de notificación personal previsto para el Código Administrativo y de la Contencioso Administrativo previsto en la Ley 1437 de 2011. De esta forma las notificaciones personales se agilizan.
- Incremento de esfuerzos para decretar medidas cautelares. En el proceso auditor se tendrán que identificar los bienes de propiedad de los presuntos responsables fiscales con miras a que el auto de apertura e imputación del proceso lleve aparejado el decreto de medidas cautelares, evitando así procesos meramente declarativos, como sucede en la actualidad con la mayoría de investigaciones que se adelantan.

Para implementar la oralidad las contralorías tendrán que adquirir los equipos de grabación de las audiencias para conservar el registro de las mismas, por cuanto estas memorias constituyen el nuevo expediente virtual.

También se deberá reforzar los grupos de auditoría, en capacitación y en talento humano, por cuanto los funcionarios auditores no se limitarán a configurar hallazgos demostrando el daño como único requisito de procedibilidad para iniciar investigaciones de responsabilidad fiscal, el nuevo

esquema exige que los funcionarios auditores evalúen la conducta de los presuntos responsables fiscales y entreguen a las dependencias que adelantarán el proceso, el análisis de la culpabilidad para que se puedan estructurar los tres elementos esenciales para proferir un auto de apertura e imputación de responsabilidad fiscal.

Somos conscientes que este nuevo modelo de investigación conlleva a un cambio conceptual de la forma de adelantar el proceso auditor y sustanciar procesos de responsabilidad, por cuanto los funcionarios investigadores que dirijan las audiencias públicas tendrán que afrontar y decidir en la misma audiencia toda clase de incidentes, recursos, nulidades entre otros, lo cual exige una preparación especial en oratoria, argumentación, expresión oral, contra-argumentación, en la cual no contarán con el tiempo necesario para redactar escritos, sino que tendrán que responder y decidir en forma inmediata la mayoría de estas situaciones.

Por ello, la capacitación en estos temas se constituirá en una de las principales actividades que estaremos adelantando en las contralorías durante el año 2012.

Para facilitar la comprensión de la forma como se desarrolla una audiencia pública, haremos una simulación de audiencia de descargos, actuaciones que serán explicadas en detalle en la Guía que será entregada a las contralorías.

La Auditoría General hará todos los esfuerzos necesarios para apoyar e impulsar este nuevo esquema de investigación con el cual se pretende que en una primera fase las investigaciones de

mayor trascendencia sean avocadas y decididas con la mayor agilidad posible.

Estaremos analizando la forma más expedita de apoyar a las contralorías con tecnología para facilitar el control fiscal y en especial el proceso auditor y el proceso de responsabilidad fiscal, en el marco del convenio que fue suscrito el día de ayer entre la Auditoría, la Contraloría, la Procuraduría, la Contaduría y el Ministerio de las Tecnologías de la Información.

Se estima que con la ejecución de este convenio promovido por la Auditoría, se dote a la totalidad de las contralorías de plataformas tecnológicas

para facilitar el cumplimiento de sus funciones. En este esfuerzo consideramos importante utilizar las lecciones aprendidas en las contralorías que han innovado y sistematizado algunos procesos, partiremos de los aplicativos que ya se han construido, los evaluaremos y estandarizaremos para implementarlos en las demás contralorías.

Espero entonces que el desarrollo de las diferentes actividades que realizaremos, contribuyan y coadyuven en la puesta en marcha de este nuevo esquema de investigación en la cual la Auditoría estará siempre disponible para atender sus inquietudes y apoyarlos en lo que ustedes requieren en aras a garantizar el éxito del mismo.

Jaime Raúl Ardila Barrera

Auditor General de la República

GUÍA DEL PROCESO VERBAL DE RESPONSABILIDAD FISCAL

ESTATUTO ANTICORRUPCIÓN LEY 1474 DE 2011

Por: Pablo César Díaz Barrera

PRESENTACIÓN

“La oralidad es la forma suprema de la comunicación”¹

Desde tiempos inmemoriales el concepto de oralidad ha sido abstraído por la administración de justicia con el firme propósito de poner en marcha el aparato judicial de manera más ágil y eficaz, en los últimos años fue acogido y puesto en funcionamiento de forma integral en nuestro ordenamiento penal y en los procesos disciplinarios, partiendo de la base que la oralidad es un elemento integrante del derecho de defensa, hoy los órganos de control fiscal se encuentran ante el desafío de implementarla en sus procesos, es por ello que se hace necesario establecer estándares y procedimientos claros que coadyuven en el firme propósito de resarcir el patrimonio público, en los cuales primen los principios de celeridad y publicidad dentro reglas claras que respeten y acaten principio constitucional y legal del debido proceso.

Pablo César Díaz Barrera. Abogado egresado de la Universidad Católica de Colombia, especializado en Derecho Administrativo por la Universidad del Rosario y en Derecho Comercial por la Universidad Externado de Colombia. Aspirante a Magíster en Derecho Público en la Universidad Externado de Colombia. En su experiencia profesional se destacan cargos como abogado sustanciador de la Aeronáutica Civil, abogado de la Auditoría General de la República, de la Registraduría Nacional del Estado Civil y de la Secretaría Distrital de Ambiente de Bogotá. Ha sido abogado contratista de la Contraloría General de la República, consultor sector privado y litigante en temas de derecho administrativo.

1 Francisco Garzón Céspedes

El propósito del presente documento es dar a conocer a las entidades de Control Fiscal los criterios, aspectos y referencias normativas más relevantes relacionadas con la oralidad en los procesos de responsabilidad fiscal en virtud de lo establecido en el capítulo VIII *“Medidas para la eficacia y eficiencia del control fiscal en la lucha contra la corrupción”* del denominado Estatuto Anticorrupción adoptado mediante la Ley 1474 de 2011. Esta Guía permitirá a los funcionarios sustanciadores de los procesos fiscales encontrar un esquema de cada una de las etapas que comportan dicho proceso y lo más importante una referencia normativa del desarrollo y aplicación de cada una de ellas.

La realización de este tipo de acciones con participación activa de la Auditoría General de la República como organismo de control del segundo nivel, conllevan un objetivo fundamental que se enmarca en el propósito de lograr que el ejercicio del Control fiscal en Colombia cada vez sea más efectivo y eficiente y que permitan cada vez cerrarle el paso a la corrupción y a la impunidad frente a los detrimentos que se ocasionan al erario y a su vez recuperar la credibilidad de los ciudadanos en sus instituciones de control.

La convención de las Naciones Unidas contra la corrupción declaró que este flagelo representa una grave amenaza para *“la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley.”*

De igual manera se afirmo en la Convención Interamericana contra la Corrupción que *“La corrupción es uno de los fenómenos más lesivos para los Estados modernos, pues a través del mismo se vulneran los pilares fundamentales de la democracia y se desvían millonarios recursos en perjuicio de las personas menos favorecidas. Por esta razón, Colombia ha ratificado tratados y convenios internacionales en desarrollo de los cuales se han aprobado leyes y decretos tendientes a perseguir este flagelo”*.

El reto que se impone a los órganos de control fiscal, no es solo el de contemplar y actualizar en sus procedimientos el proceso verbal de responsabilidad fiscal, sino que adicionalmente se convierte en un factor más de vigilancia sobre la gestión de las contralorías, por parte de la Auditoría General de la República, esto es, sobre los procesos de responsabilidad fiscal adelantados por ellas, en orden a establecer la eficiencia, la economía y la eficacia en el desempeño de las funciones a ellas asignadas, incluyendo como conclusión del mismo, el análisis del recaudo efectivo del daño causado a los recursos del Estado y el cumplimiento en el diseño e implementación del proceso verbal de responsabilidad fiscal.

La inclusión de la oralidad en los procesos no constituye un principio en sí mismo, sino que es un instrumento facilitador de los principios políticos básicos y de las garantías que lo estructuran. Ello es importante tomarlo en consideración porque al discutirse acerca de la opción entre un sistema oral y uno escrito, no se discute alrededor de cuestiones ideológicas, sino formales y pragmáticas, y lo que debe tomarse en cuenta para adoptar uno en

lugar del otro es, principalmente, su eficacia para realizar y cumplir los principios básicos y las garantías que constituyen así como un oportuno y efectivo resarcimiento de los daños causados al erario y sobre todo de cara a la opinión pública.

La Auditoría General de la República no ha sido ajena frente a esta situación y ha iniciado varias acciones encaminadas a contribuir y coadyuvar a que las contralorías tengan de su lado un instrumentos metodológicos como la presente guía la cual pongo a disposición de todos los órganos de control fiscal y la ciudadanía, documento que contiene los elementos relacionados con el trámite de los Procesos Verbales de Responsabilidad Fiscal en virtud del mencionado estatuto, así como un análisis de los elementos estructurales de la Responsabilidad Fiscal, los desafíos en la oralidad de los procesos de Responsabilidad Fiscal, las principales modificaciones al proceso ordinario de responsabilidad fiscal, el nuevo rol del auditor en desarrollo de los procesos verbales y algunos aspectos a auditar con ocasión de la expedición del Estatuto Anticorrupción entre otros.

En el presente trabajo se plasman algunos aspectos de índole procesal y sustancial en los cuales el legislador dejó algunos vacíos; sin embargo dicho enfoque no compromete la posición institucional de la Auditoría General de la República, tal argumentación se constituye en un planteamiento referencial del suscrito, el cual seguramente generara algunos debates entre los conocedores y operadores de la responsabilidad fiscal, que probablemente se decantarán con las sentencias de constitucionalidad que profiera la Corte Constitucional y por los fallos o conceptos que se emitan en la jurisdicción contencioso administrativa.

Finalmente espero que este documento se convierta en un instrumento en la búsqueda de una mayor efectividad del control fiscal, de la gestión eficaz de los procesos de responsabilidad fiscal y de un verdadero resarcimiento de los daños causados al patrimonio público, respetando siempre los postulados del debido proceso y el derecho de defensa máxime si se ejerce la doble función de juez y parte.

ASPECTOS NORMATIVOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL

De conformidad con la Carta Política de 1991 y el concepto integral del Estado Social de Derecho, los elementos orientadores de la Gestión Pública, están dirigidos a la consecución de los fines esenciales del Estado, dentro del marco de una Gestión Integral con participación de la ciudadanía y la capacidad institucional de los entes gubernamentales.

Con la promulgación de la Constitución de 1991, la función pública de control fiscal adquiere una nueva dimensión en la medida de que la actividad debe orientarse dentro de la filosofía del nuevo Estado Social de Derecho en general, y específicamente dirigida a la aplicación de los principios de eficiencia económica, equidad y valoración de los costos ambientales².

2 Corte Constitucional, Sentencia C-167 de 1 abril 20 de 1995, Magistrado Ponente, Fabio Morón Díaz.

La Carta Magna precisó en el artículo 267 y siguientes, los contenidos básicos del Control Fiscal, calificándolo como una Función Pública encomendada a la Contraloría General de la República y a las contralorías territoriales, en aras de vigilar la Gestión Fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes del Estado.

De igual manera el artículo 274 de la Constitución Política crea la figura del Auditor General de la República, encargado de ejercer la vigilancia del control fiscal sobre la Contraloría General de la República y las contralorías territoriales.

Aspectos Constitucionales y Legales

La responsabilidad fiscal encuentra fundamento constitucional en los artículos 6°, 124 y específicamente en el numeral 5° del artículo 268 de la Constitución Política, que confiere al Contralor General de la República la atribución de establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal.

El artículo 124 de la Carta, contenido del precepto superior denominado Reserva Legal, defiere a la ley la forma de determinar la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva, al efecto, en materia de responsabilidad

fiscal, dicha prerrogativa legal se ha materializado en la ley 42 de 1993, en la ley 610 de 2000, y posteriormente en la Ley 1474 de 2011 las cuales en sus articulados determinan el procedimiento para establecerla y hacerla efectiva.

El literal a) del artículo 114 de la Ley 1474 de 2011, señala que las Entidades de control fiscal tienen la facultad de adelantar las investigaciones que estimen convenientes para establecer la ocurrencia de hechos generadores de daño al patrimonio del Estado originados en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o deterioro de los bienes o recursos públicos, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente e inoportuna.

El Decreto Ley 272 de 2000 en su artículo 2°, fijó el ámbito de competencia de la Auditoría General de la República al señalar que ejercerá la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República y de las contralorías departamentales.

El numeral 11 del artículo 17 del Decreto Ley 272 de 2000, estableció que al Auditor General de la República le corresponde establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma.

ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL

Acción Fiscal

La acción fiscal es una de las prerrogativas jurídicas atribuida a los órganos que ejercen la

función pública de control fiscal, a través de la cual conocen e investigan los hechos que atentan contra la eficiente, económica y eficaz gestión fiscal, en orden a identificar los responsables y

exigir el resarcimiento del daño que legalmente corresponda.

Esta acción se puede originar en hallazgos derivados del ejercicio de los sistemas de control fiscal, o por solicitud, queja o denuncia. Es independiente de la acción penal o disciplinaria. No es renunciable y caduca a los cinco (5) años contados a partir de la ocurrencia de los hechos de ejecución instantánea; y para los de tracto sucesivo el término se empieza a contar a partir de la ocurrencia del último hecho o pago según sea el caso.

La acción de responsabilidad fiscal tiene como principio o razón jurídica la protección del patrimonio económico del Estado; su finalidad no es sancionatoria, puesto que no se orienta a reprimir una conducta reprochable, sino eminentemente reparatoria y resarcitoria, dado que pretende garantizar el patrimonio público frente al daño causado por la gestión fiscal irregular; ella se encuentra determinada por un criterio normativo de imputación subjetivo que se estructura con base en el dolo y la culpa grave, y parte del daño anti-jurídico sufrido por el Estado, la acción u omisión imputable al funcionario y el nexo de causalidad entre el daño y la actividad del agente³.

Proceso de Responsabilidad Fiscal

El Proceso de Responsabilidad Fiscal es una actuación eminentemente administrativa. La ley

610 de 2000, en su artículo 1º, define el proceso de responsabilidad fiscal en los siguientes términos:

“como el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado”.

Esta definición y el desarrollo jurisprudencial destacan la naturaleza administrativa del proceso de responsabilidad fiscal y su carácter patrimonial y resarcitorio, y dentro del contexto de la gestión fiscal, cuyo ejercicio, como marco de la conducta dañina, determina el alcance del estatuto de responsabilidad fiscal⁴.

La finalidad del proceso de responsabilidad fiscal es el resarcimiento del perjuicio ocasionado al patrimonio del Estado, producto de comportamientos dolosos o gravemente culposos de quienes realizan gestión fiscal, mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el daño de que fue objeto el Estado, tal y como se desprende de lo señalado por el artículo 4º de la Ley 610 de 2000.⁵

Además de ser de naturaleza administrativa, patrimonial, claramente resarcitoria, independiente

3 Sentencia C-340/2003 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

4 Corte Constitucional [Sentencias SU 620-96](#); [C-189-98](#), [C-840-01](#).

5 Corte Constitucional [Sentencias C-374/1995](#), [C-540/1997](#), [C-127/2002](#)

y autónoma, es solidaria tal y como fue preceptuado en el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011⁶.

Gestión Fiscal

Para efectos de determinar la responsabilidad fiscal, se requiere que la conducta desplegada por parte del servidor público o el particular, funcional o contractualmente, se encuentre en el ámbito de la gestión fiscal, es en consecuencia un elemento sustancial de la responsabilidad fiscal.

La Constitución Política de Colombia señala como atribución del Contralor General de la República, y por extensión normativa del mismo Estatuto Superior a los contralores territoriales y al Auditor General de la República, en su artículo 268, numeral 5º, la de establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal.

De igual manera, la ley 610 de 2000, en su artículo 3, determina que, para los efectos de dicha ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así

como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales.

Sin embargo, para poder establecer la responsabilidad fiscal derivada de una conducta, ésta debe tener una relación directa con el ejercicio de actos de gestión fiscal. Si la conducta que produce el daño sobre el patrimonio público se despliega por fuera de dicho concepto, estaríamos en presencia de una simple responsabilidad patrimonial, pero no de una de carácter fiscal.

No obstante la amplitud del concepto de la gestión fiscal, se requiere a más de la simple disponibilidad material que tienen los servidores públicos sobre el patrimonio público para el cumplimiento de sus funciones o los particulares, según el caso, cuando administran o custodian dicho patrimonio, tener una disponibilidad o titularidad jurídica sobre los mismos, esto es, que el sujeto tenga la capacidad funcional o contractual de ejercer actos de gestión fiscal sobre ese patrimonio. Si carece de dicha titularidad jurídica, no tiene mando o decisión de disponibilidad sobre los fondos o bienes públicos así tenga la disponibilidad material, no habría gestión fiscal, y por lo tanto no habría responsabilidad fiscal, sino patrimonial, lo

6 Solidaridad: En los procesos de responsabilidad fiscal, acciones populares y acciones de repetición en los cuales se demuestre la existencia de daño patrimonial para el Estado proveniente de sobrecostos en la contratación u otros hechos irregulares, responderán solidariamente el ordenador del gasto del respectivo organismo o Entidad contratante con el contratista y con las demás personas que concurran al hecho, hasta la recuperación del detrimento patrimonial.

cual obligaría a que la reparación se surtiera por otra vía judicial.⁷

En relación con la interpretación de las normas constitucionales y legales en el tema del gestor fiscal y, en especial, respecto de la calidad de destinatario del proceso fiscal del particular contratista con el Estado, tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional como la del Consejo de Estado, ha sido enfática en sostener no sólo que los contratistas con el Estado son sujetos de vigilancia fiscal, sino también que el control sobre la gestión adelantada por las autoridades públicas y los particulares en la contratación pública se justifica por la naturaleza misma del control fiscal que fue diseñado para defender el erario público y garantizar la eficiencia y eficacia los recursos públicos

Daño Patrimonial del Estado

El daño, consiste de acuerdo con el artículo 6 de la Ley 610 de 2000, en la lesión representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los

sujetos de vigilancia y control de las contralorías.

Agrega la disposición legal que dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos⁸ o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público.

Este precepto legal, tiene un carácter enunciativo, pues incluye dentro del concepto de daño, los perjuicios, definidos como la ganancia lícita que deja de obtenerse, o gastos que se ocasionen por acto u omisión de otro y que éste debe indemnizar, a más del daño o detrimento material causado por modo directo que pueda sufrir la Nación o el establecimiento público.

La Honorable Corte Constitucional, en sentencia SU-620/96, al referirse a las características del daño señaló:

“...Para la estimación del daño debe acudirse a las reglas generales aplicables en materia de responsabilidad; por lo tanto, entre otros factores que han de valorarse, debe considerarse que aquél ha de ser cierto, especial, anormal y cuantificable con arreglo a su real magnitud. En el proceso de determinación del monto del daño, por consiguiente, ha de establecerse no sólo la dimensión de éste, sino que debe examinarse también si eventualmente, a pesar de la gestión fiscal irregular, la administración obtuvo o no algún beneficio...”

⁷ Corte Constitucional en Sentencia C- 840 del 9 de agosto de 2001

⁸ Artículo 6º de la Constitución Política de Colombia.

En la cuantificación del daño se debe considerar los perjuicios, y así mismo se debe producir su actualización, es decir traer el daño al valor presente en el momento que se produzca la decisión de responsabilidad, de acuerdo con los índices de precios al consumidor certificados por el DANE para los períodos correspondientes, según prescripción del artículo 53 de la ley 610 de 2000, Sentencia Consejo de Estado de 7 de marzo de 2001, expediente 820 y Concepto 732 de 3 de octubre de 1995.

Para efectos de determinar el IPC certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), se debe consultar la página web de la Entidad⁹.

Sobre el elemento daño vale la pena recordar el pronunciamiento de la Corte Constitucional, mediante Sentencia C- 340 de 2007, con ponencia del Magistrado Rodrigo Escobar Gil, en la cual declaró inexequibles las expresiones “uso indebido” e “inequitativa” contenidas en el artículo 6º de la Ley 610 de 2000, relativas a las modalidades de daño al patrimonio del Estado en los siguientes términos:

*“...Al incluir la norma demanda el **concepto de uso indebido** como categoría autónoma representativa de la lesión al patrimonio público, paralela a otras expresiones de daño como menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida o deterioro, **desnaturaliza el concepto de daño, con implicaciones no sólo desde el punto de vista de la técnica legislativa -lo***

cual no es objeto del control de constitucionalidad- sino desde la perspectiva de su conformidad con la Constitución, puesto que, ciertamente, como se señala en la demanda, se afecta la posibilidad de desvirtuar la responsabilidad fiscal acreditando la ausencia de daño, con lo cual el juicio fiscal se tornaría en sancionatorio, porque la condena no tendría efecto reparatorio o resarcitorio, sino meramente punitivo, lo cual implicaría, a su vez, atribuir a las contralorías una competencia para investigar conductas indebidas e imponer las correspondientes sanciones, lo cual, como lo ha señalado esta corporación, no puede hacer el legislador, puesto que no está a su alcance, más allá de la distribución de competencias realizada por la Constitución, atribuir a las contralorías el ejercicio de un control disciplinario que de acuerdo con la Carta corresponde a otros órganos...”.
Subrayado y resaltado por fuera de texto.

La Conducta, la Culpa Grave y el Dolo en los procesos de Responsabilidad Fiscal

Lo primero que deben tener en cuenta los organismos de control fiscal con la incorporación en la legislación de las presunciones de dolo y culpa grave inclusive dentro del nuevo procedimiento de responsabilidad fiscal, es precisamente que no

porque sea el trámite de naturaleza oral se pueda obviar el análisis de uno de los pilares de la actuación de responsabilidad fiscal como lo es la forma de culpabilidad, so pena de caer en el tema de la responsabilidad objetiva.

Desde el Auto de Apertura e imputación de responsabilidad fiscal y en la audiencia de descargos se le debe indicar con toda claridad al imputado a título de qué tipo de conducta está siendo investigado. Es decir que el funcionario competente deberá explicar si es a título de dolo o culpa grave. En caso que se omita este aspecto el proceso estará en riesgo de nulidad.

Es la acción u omisión del gestor fiscal, a título de culpa grave o dolo y la que hace relación al ejercicio de las funciones inherentes al cargo, ejercicio que de ser irregular puede acarrear un perjuicio al patrimonio del Estado. En todo caso, la actividad del gestor fiscal debe ser personal, es decir, la responsabilidad en estos procesos es de aquella denominada por la doctrina civilista por el hecho propio.

La calificación de la conducta bajo el esquema de gravemente culposa, como elemento de la responsabilidad fiscal, fue precisada por la Corte Constitucional en sentencia C-619 DE 2002, cuyos efectos son aplicables desde el 8 de agosto de 2002, tal como se expuso en Sentencia de Tutela T-832 de 2003 donde se aclara que *“la fecha de la sentencia debe corresponder a aquella en que se adoptó”*.

De igual manera se debe rotular que, dentro de las disposiciones comunes al procedimiento ordinario y al procedimiento verbal del proceso de responsabilidad fiscal, la Ley 1474 de 2011 reiteró en su artículo 118, que el grado de culpabilidad para establecer la existencia de responsabilidad fiscal será el dolo o la culpa grave, e introdujo las presunciones de dolo y culpa grave en condiciones concretas y específicas en materia de contratación, aseguramiento de bienes del Estado y pago de salarios, prestaciones y otros emolumentos con violación de normas de carácter constitucional y legal.

Como se afirmó anteriormente el hecho de establecer la presunción a favor de los órganos de Control Fiscal del Estado no quiere decir que nos encontremos frente a la responsabilidad objetiva, dicha presunción consiste básicamente en dar por cierto un hecho o situación sin que este probado, sin que al funcionario de la Contraloría necesariamente le conste.

Es decir que le corresponde al investigado o imputado demostrar y probar que lo afirmado por el órgano de control no corresponde a la realidad jurídica y probatoria; en términos reales se invierte la carga de la prueba, situación que no vulnera el derecho de defensa, pues las presunciones legales admiten prueba en contrario tal y como ha sido señalado por la Corte Constitucional en diferentes sentencias¹⁰.

Ello se entiende en la medida que las presunciones no son un medio de prueba sino por el contrario

10 Corte Constitucional Setencias. C- 690/1996, C- 374/2002, C- 506/2002, C-780/2007 y C-595/ 2010

se constituyen en un razonamiento posible y probable del legislador orientado a eximir de prueba a los órganos de control y se fundamentan precisamente en contingencias moderadas y verosímiles; razón por la cual se considera que NO se excluyen de la posibilidad de error.

El legislador estableció seis (6) conductas descritas en el artículo 118 del Estatuto Anticorrupción en ciertos temas claramente determinados, pero en los demás casos las Entidades de Control Fiscal seguirán conservando la carga de probar la conducta dolosa o gravemente culposa de los gestores fiscales al amparo del artículo 63 del Código Civil y de acuerdo con las pruebas que se logren recaudar en desarrollo del proceso.

Presunción de Dolo contemplada por la Ley 1474 de 2011.

- Se presumirá que el gestor fiscal ha obrado con dolo cuando por los mismo hechos haya sido condenado penalmente o sancionado disciplinariamente por la comisión de un delito o una falta disciplinaria imputados a ese título.

A nuestro entender en la redacción de esta presunción se da la figura de la prejudicialidad para efectos de su aplicación en el proceso de responsabilidad fiscal, pues resulta evidente que un organismo de control fiscal, no podrá presumir la conducta a título de dolo, si por los mismos hechos el investigado no ha sido condenado en materia penal o sancionado disciplinariamente, es decir que las decisiones se encuentren debidamente ejecutoriadas de lo con-

trario será el órgano de control fiscal, quién deba probar la culpabilidad del investigado.

Lo que la experiencia demuestra es que normalmente los entes de control fiscal realizan simultáneamente los respectivos hallazgos fiscales, disciplinarios y penales por los mismos hechos, situación que de entrada no le permitiría al funcionario competente del órgano fiscal presumir el dolo en materia fiscal, pues tan sólo dichos procesos de igual manera estarán empezando en dichas jurisdicciones.

La Ley 1474 de 2011, de igual manera señala que se presumirá que el gestor fiscal ha actuado con culpa grave en los siguientes casos:

Presunción de Culpa Grave en Materia Contractual:

1. Cuando se haya elaborado pliego de condiciones o términos de referencia en forma incompleta, ambigua o confusa, que hubieren conducido a interpretaciones o decisiones técnicas que afectarán la integridad patrimonial de la Entidad contratante¹¹.

Esta presunción se establece por el legislador como consecuencia de los altos índices de corrupción que se vienen presentado en materia de contratación y específicamente en la elaboración de los denominados pliegos de condiciones o términos de referencia, los cuales en ocasiones se encuentran claramente direccionados por las Entidades encargadas de adjudicar el contrato.

¹¹ Artículo 118, Literal a) Ley 1474 de 2011.

Sin embargo de la lectura de la norma se debe tener en cuenta que comporta varios elementos importantes para su aplicación puesto que además del pliego estar incompleto, ambiguo o confuso debe necesariamente conducir a interpretaciones o decisiones que inobjetablemente afecten el patrimonio del Estado, es decir que en el caso que no se den tales elementos no se podrá iniciar el proceso de responsabilidad fiscal amparado en la reseñada presunción de culpa grave.

2. Cuando haya habido una omisión injustificada del deber de efectuar comparaciones de precios, ya sea mediante estudios o consultas de las condiciones del mercado o cotejo de los ofrecimientos recibidos y se hayan aceptado sin justificación objetiva ofertas que superen los precios del mercado¹².

Esta causal se refiere a la omisión injustificada por parte de la Entidad del Estado de velar por el cumplimiento de los principios de selección objetiva, transparencia y economía, en la medida que castiga el hecho de no permitir que la compra de bienes y servicios se otorgue en condiciones de una sana competencia e igualmente que se contrate por encima de los precios del mercado.

3. Cuando se haya omitido el cumplimiento de las obligaciones propias de los contratos de interventoría o de las funciones de supervisión,

tales como el adelantamiento de revisiones periódicas de obras, bienes o servicios de manera que no se establezca la correcta ejecución del objeto contractual o el cumplimiento de las condiciones de calidad y oportunidad ofrecidas por los contratistas¹³.

Aunque los diferentes órganos de control vienen castigando a los supervisores e interventores por el incumplimiento de sus funciones y obligaciones en la ejecución de los contratos, gracias al desarrollo jurisprudencial del tema, esta presunción se constituye en una herramienta importante para los entes de control fiscal, pero previamente debe determinarse y probarse que el objeto contractual no se cumplió en las condiciones de calidad y oportunidad prescritas en él mismo; pero evidentemente esa consecuencia deberá ser atribuida a la actuación omisiva e irregular del supervisor o interventor para que se pueda encuadrar dentro de la presunción enunciada por la Ley 1474 de 2011.

Presunción de Culpa Grave en materia de Aseguramiento de Bienes del Estado:

1. Cuando se haya incumplido la obligación de asegurar los bienes de la Entidad o la de hacer exigibles las pólizas o garantías frente al acaecimiento de los siniestros o el incumplimiento de contratos¹⁴.

¹² Artículo 118 Literal b) Ley 1474 de 2011.

¹³ Artículo 118 Literal c) Ley 1474 de 2011.

¹⁴ Artículo 118 Literal d) Ley 1474 de 2011.

Esta presunción de culpa grave lleva implícito dos (2) incumplimientos castigables separadamente; uno primero referente a la omisión de los funcionarios competentes de asegurar los bienes de las Entidades del Estado y otro relativo a la obligación de hacer exigibles las pólizas o garantías cuando se presente incumplimiento contractual o el respectivo siniestro; es decir que para efectos de su aplicación se requiere simplemente probar una de las dos omisiones.

Presunción de Culpa Grave en materia Salarial y prestacional:

1. Cuando se haya efectuado el reconocimiento de salarios, prestaciones y demás emolumentos y haberes laborales con violación de las normas que rigen el ejercicio de la función pública o las relaciones laborales¹⁵.

Esta presunción de culpa grave se estableció como consecuencia del generalizado y reiterado pago de salarios, prestaciones y demás emolumentos que los Representantes legales de las Entidades y ordenadores del gasto de los entes territoriales autorizan a sus empleados por fuera de los límites constitucionales y legales, sin embargo se debe ser cuidadoso en la aplicación de dicha presunción pues en ocasiones la autorización y pago, no puede ser considerado a priori como ilegal, razón por la cual se acude a la jurisdicción contencioso administrativa,

quién en últimas tiene la facultad de determinar la legalidad o no del acto administrativo, pero en ocasiones la autorización y pago de dichas erogaciones se encuentra claramente rebasando los límites de constitucionalidad y legalidad, momento en el cual será aplicable por las contralorías la mencionada presunción.

Antecedentes de Constitucionalidad de las Presunciones de Dolo y Culpa Grave.

Algunos doctrinantes y juristas consideran que establecer este tipo de presunciones en la Ley es claramente inconstitucional puesto que las denominadas presunciones de dolo y culpa grave implican que la carga de la prueba se traslade al servidor público, quien asume la obligación de probar la inexistencia del dolo o la culpa grave lo que significa que debe demostrar su inocencia, situación que para algunos contraría el principio constitucional de la presunción de inocencia cuando se trata de definir o derivar la responsabilidad de las personas que pueden ser sujetos de una sanción. Por ello deben respetarse los principios y garantías de rango constitucional que enmarcan en términos generales el *ius puniendi* del Estado.

Sin embargo la Honorable Corte Constitucional¹⁶ se ha pronunciado respecto de la legalidad de las presunciones de dolo y culpa grave establecidas en los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001, referente a la acción de repetición que se tiene respecto de los servidores públicos que hayan

¹⁵ Artículo 118 Literal e) Ley 1474 de 2011.

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencias C-423/2002, C-455/2002, C-484/2002 y C-778/2003.

causado detrimento al patrimonio del Estado, situación que claramente es compatible con los procesos de responsabilidad fiscal, pues en ambos casos se persigue la defensa del patrimonio público y la moralidad administrativa.

En dicha ocasión la Corte Constitucional expresó:

*“... Conviene recordar que la existencia de presunciones legales no comprometen el derecho al debido proceso ni el derecho de defensa, pues si bien es cierto que por regla general los sujetos procesales están obligados a demostrar los hechos que alegan como fundamento de su pretensión -onus probandi incumbi actori-, también lo es que con el fin de promover la equidad en las relaciones procesales que surgen a raíz de la acción de repetición, así **como de propender por la protección y efectividad de bienes jurídicos relevantes como la moralidad y la defensa del patrimonio público, el legislador bien podía relevar al Estado de la carga de la prueba cuando al ejercer dicha acción alega en su favor presunción de dolo o culpa grave, sin perjuicio de que la parte demandada pueda desvirtuarla mediante prueba en contrario...**”¹⁷. Subrayado y resaltado por fuera de texto.*

De igual manera el máximo Tribunal Constitucional de nuestro Estado Social de Derecho, se pronunció positivamente sobre la exequibilidad de la presunción de dolo y culpa del infractor en

materia ambiental norma contenida en el párrafo del artículo 1º de la Ley 1333 de 2009, mediante Sentencia C-595 del 2010, con ponencia del magistrado Jorge Iván Palacio, sobre el tema de la legalidad de establecer presunciones en proceso distintos al penal *señalo*:

“...La presunción de culpa o dolo establecida en el procedimiento sancionatorio ambiental se encaja dentro de las denominadas presunciones legales -iuris tantum-, toda vez que admiten prueba en contrario, como puede advertirse de una lectura literal de los párrafos legales cuestionados. En esa medida, hasta antes de imponerse la sanción definitiva, el presunto infractor podrá desvirtuar la presunción utilizando todos los medios probatorios legales.

***Una presunción legal resulta ajustada a la Constitución en la medida que aparezca como razonable, es decir, que responda a las leyes de la lógica y de la experiencia, que persiga un fin constitucionalmente valioso, y que sea útil, necesaria y estrictamente proporcionada para alcanzar el fin...**”*. Subrayado y resaltado por fuera de texto.

Ante los antecedentes jurisprudenciales citados se puede afirmar válidamente que las presunciones en materia de responsabilidad fiscal señalados en el Estatuto Anticorrupción podrían pasar la prueba de constitucionalidad, no obstante lo anterior será la misma Corte Constitucional quién

¹⁷ Corte Constitucional.Sentencia C-374 del 14 de mayo de 2002. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

finalmente se pronuncie específicamente sobre la exequibilidad de estas normas; mientras tanto los órganos de control fiscal deben aplicar integralmente las presunciones de dolo y culpa grave tanto el proceso ordinario como en el verbal de responsabilidad fiscal.

Nexo de Causalidad

Hace referencia a la relación de causalidad entre la conducta dañina y el daño patrimonial causado. Es decir que debe quedar suficientemente probado y determinado que la conducta del gestor fiscal fue la causa eficiente del detrimento patrimonial, o que sin su actuar este no hubiera ocurrido; es decir, que el daño debe ser consecuencia directa

del comportamiento activo u omisivo del gestor fiscal.

La jurisprudencia y la doctrina indican que para poder atribuir un resultado a una persona y declararla responsable como consecuencia de su acción u omisión, es indispensable definir si aquél aparece ligado a esta por una relación de causa efecto.

El nexo causal debe ser probado por parte de la Entidad de control, pues al contrario de la culpa grave o el dolo, no admite ningún tipo de presunción.

Se debe tener en cuenta que el nexo causal entre uno y otro se rompe por circunstancias eximentes de responsabilidad, como la fuerza mayor, el caso fortuito o el hecho de un tercero.

LOS DESAFÍOS DE LA ORALIDAD EN EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL

Desde tiempos inmemoriales el concepto de la oralidad ha sido abstraído por la administración de justicia, con el firme propósito de poner en marcha el aparato judicial de manera más ágil y eficaz, varios años atrás fue acogido y puesto en funcionamiento de forma integral en nuestro procedimiento penal, partiendo de la base que la oralidad es un elemento integrante del debido proceso, es claro entonces que, es un poder o derecho conferido a las partes y específicamente a la defensa, que no debe someterse a interpretaciones las posibilidades de gestiones orales.

El permitir, que los presuntos responsables de la deficiente utilización de los recursos del erario y

los funcionarios competentes de los órganos de control fiscal se expresen libremente ante un auditorio compuesto por los sujetos de la controversia, y por la comunidad en general, implica que se haga efectivo en el proceso el postulado de la dignidad humana, principio de principios de los Estados que se precien de democráticos y de Derecho.

Dentro del marco de la aplicación del denominado “*Estatuto Anticorrupción*”, Ley 1474 de 2011, el cual fue aprobado por el Presidente de la República el pasado 12 de julio de 2011, resulta procedente realizar un análisis jurídico y práctico de la manera en que se deberá actualizar el proceso de responsabilidad fiscal y el proceso

auditor y su correspondiente implementación por parte de los órganos de control fiscal no solamente dentro de la etapa de auditoría sino el nuevo rol que desempeñarán los auditores dentro de la fase de investigación que abordará la Dirección de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, quienes en últimas ejercerán jurisdicción y competencia de los procesos verbales de responsabilidad fiscal.

El punto de partida del tema que nos ocupa es tener claro que con ocasión de la expedición de la Ley 1474 de 2011¹⁸ y la vigencia de la Ley 610 de 2000, el legislador estableció dos clases de procedimientos para adelantar los procesos de responsabilidad fiscal:

1. El proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal.¹⁹
2. El Proceso verbal de Responsabilidad Fiscal²⁰.

En ambos casos el Estado ejerce su potestad de buscar el resarcimiento al patrimonio del Estado, causado por el daño que ocasionaron los servidores públicos o los particulares que administran recursos de la Nación y que con ocasión de su conducta calificada a título de culpa grave o dolo originaron el daño.

Procesalmente hablando, dicha potestad de resarcimiento encuentra en el nuevo proceso verbal de

responsabilidad fiscal, una herramienta, un elemento legalmente concebido por el legislador y que ha dado interesantes resultados en los procesos disciplinarios que adelantan las Personerías y la Procuraduría General de la Nación, para imprimirle movimiento a la norma sustantiva, y en virtud de ello poder obtener de una manera ágil el resarcimiento del daño al patrimonio del Estado, acorde con cada una de las etapas que lo gobiernan y definidas en el Estatuto Anticorrupción²¹.

Sin embargo teniendo en cuenta la condición de juez y parte que aún ostentan los funcionarios encargados de adelantar los procesos de responsabilidad fiscal deben ser cuidadosamente respetuosos del principio rector constitucional y legal del debido proceso²², según el cual el presunto responsable fiscal deberá ser investigado por el juez competente y con observancia formal y material de las normas que conciben el proceso de responsabilidad fiscal.

Es indiscutible que con la implementación del proceso verbal dentro de la esfera de la responsabilidad fiscal en Colombia, ponemos en práctica el principio de celeridad, pues uno de sus postulados se refiere a que el funcionario competente impulsará inclusive oficiosamente, los términos previstos en la norma, sin perjuicio de la responsabilidad que

¹⁸ Estatuto Anticorrupción.

¹⁹ Ley 610 de 2000 y Ley 1474 de 2011, Artículos 110 a 120.

²⁰ Ley 1474 de 2011. Artículos 97 a 120.

²¹ Audiencia de Descargos, Audiencia de Decisión.

²² Artículo 29º de la Constitución Nacional.

les atañe a éstos en cuanto al no acatamiento de los nuevos términos perentorios señalados por el Estatuto Anticorrupción.

El nuevo procedimiento verbal dentro del ámbito del proceso de responsabilidad fiscal tiene como propósito fundamental investigar y conseguir el resarcimiento al Estado en un término relativamente corto, cuyos elementos característicos son la aplicación del principio de oralidad y el de concentración de la prueba, así como su tramitación en audiencia. De igual manera tiene implícitos principios como el de legalidad, debido proceso, igualdad, celeridad y economía procesal.

No obstante lo anterior considero que el hecho de superponer los dos procedimientos fiscales el ordinario y el verbal para el operador jurídico requiere de un profesionalismo y de una competencia especial, pues dirigir el segundo requiere no solamente de un conocimiento minucioso de lo que representa el trípode de la responsabilidad fiscal²³, sino también la experticia necesaria para presidir una audiencia pública con todos los ribetes que ella lleva inmersa, para ello los organismos de control fiscal deben propender por brindar la capacitación a quienes adelantarán los procesos en las audiencias.

El legislador no busca cosa distinta que dotar a los órganos de control fiscal de un proceso ágil y sumario en el que los términos son claramente cortos pero garantistas, un procedimiento eficaz y sencillo pero claramente reparador del daño al patrimonio del Estado.

Resulta indiscutible la bondad de contar con un procedimiento verbal, teniendo en cuenta que éste responde a la implementación de un sistema oral que en nuestro ordenamiento jurídico viene promoviéndose en diferentes áreas del Derecho, pues la administración pública requiere de nuevos sistemas de administración de justicia en la que los archivadores que soportan sendos expedientes colmados de papel, y de ganchos, sean sustituidos por medios técnicos que guarden, conserven y den fe de lo acontecido en la audiencia pública, como por ejemplo la filmación de la totalidad del proceso desarrollado en las respectivas audiencias de descargos y de decisión.

Quienes adelanten los procesos verbales fiscales al interior de las contralorías deben tener en cuenta que este procedimiento goza de características tales como el ser ágil, eficiente, transparente y en razón de ello exige en su aplicación de todas las garantías que devienen del debido proceso constitucional, para quienes en él intervienen, esto es, conocer la imputación y el acervo probatorio que sustentan la imputación, presentar pruebas, refutar y contradecir la imputación, interponer recursos frente a las medidas cautelares, pruebas, nulidades y el fallo, materializar la presunción de inocencia que le asiste al presunto responsable fiscal, con el propósito que se cumpla formal y materialmente tanto en la investigación como en el juzgamiento los principios de legalidad y de culpabilidad.

23 Daño al Estado, Gestor Fiscal que actúa con culpa grave o dolo y nexos causal entre los dos anteriores.

Por último vale la pena señalar que si bien es cierto al proceso de responsabilidad fiscal se le incluyó la oralidad como elemento determinante e importante para lograr el resarcimiento del patrimonio del Estado en un tiempo prudencial, ello no necesariamente quiere decir que los mismos se sustraigan del tema escrito.

Lo que realmente se dará en la práctica con la implementación del nuevo proceso verbal de res-

ponsabilidad fiscal es que el proceso será mixto, pues durante el desarrollo de las audiencias, se deberá levantar un acta de lo esencial que en ellas ocurrió, de las pruebas practicadas y del fallo proferido por el funcionario competente del órgano de control fiscal, pues en últimas este acto administrativo será el que se ejecute por la vía de la jurisdicción coactiva o el que resulte demandado por el responsable fiscal ante la jurisdicción contencioso administrativa.

EL PROCEDIMIENTO VERBAL DE RESPONSABILIDAD FISCAL

Esquema del Procedimiento Verbal de Responsabilidad Fiscal

Ver esquema en inserto entre págs. 26 y 27.

Régimen de Transición²⁴

El proceso verbal de responsabilidad fiscal se aplicará de la siguiente manera en los entes de control fiscal:

- Para la Contraloría General de la República y la Auditoría General de la República a partir del 12 de julio de 2011, fecha en la cual entró en vigencia la Ley 1474 de 2011.
- Para las contralorías departamentales, distritales y municipales será aplicable a partir del (01) de enero de 2012.

Se establece la posibilidad que las indagaciones

preliminares que se encuentren en trámite a la entrada de la vigencia de la Ley, puedan adecuarse al procedimiento del proceso verbal al momento de calificar el mérito, es decir deberá proferirse Auto de Apertura e Imputación de Responsabilidad Fiscal.

De igual manera en los procesos de responsabilidad fiscal en trámite y en los cuales NO se haya proferido Auto de Imputación de Responsabilidad Fiscal, se podrá adecuar al trámite del procedimiento verbal.

En los procesos de responsabilidad fiscal en los cuales se haya proferido Auto de Imputación de Responsabilidad Fiscal se deberá continuar con el trámite señalado para el proceso ordinario de responsabilidad fiscal en la Ley 610 de 2000.

La forma de adecuar el proceso de responsabilidad al procedimiento verbal por parte de las Entidades

²⁴ Parágrafos 1, 2 y 3 del Artículo 97 de la Ley 1474 de 2011.

de control fiscal, será indicando claramente en el Auto de Apertura e Imputación de Responsabilidad fiscal las razones de hecho y de derecho para su adecuación, se citará para audiencia de descargos y se adoptarán las provisiones procesales necesarias para continuar el trámite verbal.

Presupuestos para adelantar el Procedimiento Verbal²⁵

Lo que busca el legislador primordialmente con la expedición de esta nueva normativa es otorgarle mayor celeridad a los procesos de responsabilidad fiscal siempre y cuando se verifiquen los siguientes presupuestos:

- Que la Entidad de Control Fiscal tenga la capacidad operativa para adelantar el nuevo procedimiento²⁶.
- Que se encuentre objetivamente establecida la existencia del daño al patrimonio del Estado²⁷.
- Que exista prueba que comprometa la responsabilidad del gestor Fiscal.

Sin la identificación clara de estos elementos la mejor opción para el ente de control fiscal será la continuar el proceso de responsabilidad fiscal por la vía ordinaria en los términos de la Ley 610 de 2000, so pena que eventualmente pueda evidenciarse alguna nulidad procesal.

Importancia del Hallazgo²⁸

La normatividad contenida en el Estatuto anticorrupción contempla claramente la posibilidad que producto del análisis del dictamen del proceso auditor o de la aplicación de los sistemas de control o inclusive de una denuncia se pueda iniciar el proceso de responsabilidad fiscal por el trámite verbal.

No obstante lo anterior, para lograr la efectividad en el desarrollo de dichos procesos, entra a jugar un papel bien importante el rol del auditor quién deberá ser más riguroso en el análisis probatorio y en la determinación de los elementos constitutivos de responsabilidad fiscal, pues evidentemente si ello no se encuentra claramente determinado y debidamente fundamentado el proceso de responsabilidad no podrá adelantarse por la vía verbal y se tendrá que acudir necesariamente al procedimiento ordinario contenido en la Ley 610 de 2000, situación que no guardaría coherencia con la voluntad del legislador al contemplar este procedimiento como el más ágil y adecuado para lograr el resarcimiento del patrimonio del Estado.

Sumado a lo anterior, la labor y responsabilidad del auditor en la medida que éste determine que existen presuntos daños patrimoniales, será el de obtener las evidencias pertinentes a través de las pruebas, las cuales deberán ser aportadas en

²⁵ Artículo 97 y literal a) del Artículo 98 de la Ley 1474 de 2011.

²⁶ Párrafo 3 del Artículo 97 de la Ley 1474 de 2011.

²⁷ Artículo 98. Literal a). Estatuto Anticorrupción.

²⁸ Inciso Primero del Artículo 97 de la Ley 1474 de 2011.

el momento del traslado del respectivo hallazgo, situación que permitirá al juzgador tener los elementos probatorios que orienten de una manera certera su veredicto.

El auditor tendrá la responsabilidad de evaluar y dar a conocer los elementos constitutivos de los hallazgos como son la condición, el criterio, la causa y el efecto, así como aportar toda información que permitirá al juzgador identificar claramente los hechos o circunstancias que soportan su opinión y que a su vez contribuyen a la toma de decisiones de manera oportuna.

Con el tiempo los auditores de los órganos de control fiscal deberán convertirse en verdaderos fiscales o acusadores, pues los denominados “hallazgos fiscales” deberán ser absolutamente contundentes y probatoriamente sólidos para que los procesos de responsabilidad fiscal que se inicien al amparo de la nueva norma estén llamados a prosperar.

Auto de Apertura e Imputación de Responsabilidad Fiscal²⁹

Este Auto adquiere importancia y relevancia para el proceso verbal en la medida que mediante su

expedición se cita a los imputados y además debe ser expedido como consecuencia de una juiciosa, tranquila y ponderada reflexión dentro del escenario de la responsabilidad fiscal y de sus elementos.

No se trata de formular imputaciones para luego, tener que absolver a los investigados, y dejar como registro simplemente un marco estadístico de su expedición, pues ese trasegar inoficioso desgastaría al ente de control fiscal haciéndolo perder seriedad, credibilidad y respeto ante la sociedad y a la vez se estaría perdiendo precioso tiempo para impulsar asuntos de verdadera importancia para el resarcimiento del daño al patrimonio del Estado.

Este auto deberá cumplir expresamente con los requisitos contemplados en la Ley 1474 de 2011, pues en él se indicarán todos y cada uno de los elementos probatorios, fácticos y de derecho que la Entidad de Control Fiscal debe sustentar para imputar los tres elementos de responsabilidad fiscal. El citado acto administrativo debe cumplir con las siguientes exigencias:

- Dar cumplimiento a los requisitos señalados en los artículos 41³⁰ y 48³¹ de la Ley 610 de 2000, y además indicarse lo siguiente:

²⁹ Literal a) del Artículo 98 de la Ley 1474 de 2011.

³⁰ **Artículo 41.** Requisitos del auto de apertura. El auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal deberá contener lo siguiente: 1. Competencia del funcionario de conocimiento. 2. Fundamentos de hecho. 3. Fundamentos de derecho. 4. Identificación de la entidad estatal afectada y de los presuntos responsables fiscales. 5. Determinación del daño patrimonial al Estado y estimación de su cuantía. 6. Decreto de las pruebas que se consideren conducentes y pertinentes. 7. Decreto de las medidas cautelares a que hubiere lugar, las cuales deberán hacerse efectivas antes de la notificación del auto de apertura a los presuntos responsables. 8. Solicitud a la entidad donde el servidor público esté o haya estado vincu-

- Las razones jurídicas, fácticas y probatorias de su adecuación al nuevo procedimiento³².
- Citación para la audiencia de descargos a los presuntos responsables, a sus apoderados, defensor de oficio o garantes³³.
- Se tomarán las previsiones procesales necesarias si es del caso.
- Formulación individualizada de cargos a los presuntos responsables.
- Motivos por los cuales se vincula al garante.
- En el auto de apertura e imputación se debe indicar lugar, fecha y hora para dar inicio a la Audiencia de Descargos.
- Al día hábil siguiente a la expedición del Auto de apertura e Imputación se remitirá citación para notificar personalmente la providencia³⁴. Esta notificación es especial y debe ser tenida en cuenta por los órganos de control fiscal.
- Concomitantemente con la notificación personal del Auto de Apertura e Imputación, se citará a audiencia de descargos.

De la construcción adecuada y del cumplimiento de los requisitos legales establecidos para el Auto de Apertura e Imputación, dependerá el resultado final de la decisión del proceso verbal, pues justamente éste es el acto administrativo que será objeto de contradicción por parte de los imputados y de sus apoderados.

Instancias del Proceso³⁵

El Estatuto Anticorrupción estableció instancias procesales tanto para el proceso verbal como para el ordinario, los cuales serán de única instancia cuando la cuantía del presunto daño estimado en el Auto de Apertura e Imputación de responsabilidad fiscal, sea igual o inferior a la **menor cuantía** para la contratación de la respectiva Entidad afectada con los hechos y será de doble instancia cuando supere la suma señalada.

Lo anterior significa que el proceso verbal de responsabilidad de acuerdo con la cuantía procederá el recurso de reposición o apelación contra

lado, para que ésta informe sobre el salario devengado para la época de los hechos, los datos sobre su identidad personal y su última dirección conocida o registrada; e igualmente para enterarla del inicio de las diligencias fiscales. 9. Orden de notificar a los presuntos responsables esta decisión.

31 **Artículo 48.** Auto de imputación de responsabilidad fiscal. El funcionario competente proferirá auto de imputación de responsabilidad fiscal cuando esté demostrado objetivamente el daño o detrimento al patrimonio económico del Estado y existan testimonios que ofrezcan serios motivos de credibilidad, indicios graves, documentos, peritación o cualquier medio probatorio que comprometa la responsabilidad fiscal de los implicados. El auto de imputación deberá contener: 1. La identificación plena de los presuntos responsables, de la entidad afectada y de la compañía aseguradora, del número de póliza y del valor asegurado. 2. La indicación y valoración de las pruebas practicadas. 3. La acreditación de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal y la determinación de la cuantía del daño al patrimonio del Estado.

el fallo con responsabilidad fiscal o contra cualquier decisión que en el proceso se adopte.

Ello se corrobora en la misma redacción del artículo 110 de la Ley 1474 de 2011, que señala expresamente que el proceso en término amplio y general será de única o doble instancia, es decir que los diferentes incidentes procesales que se surtan tanto en el proceso verbal como en el ordinario de acuerdo con la cuantía procederá el recurso de reposición o el de apelación según el caso.

De igual manera el inciso 4º del artículo 102 de la Ley 1474 de 2011, establece que contra el fallo con responsabilidad fiscal proferido en audiencia proceden los recursos de reposición o apelación dependiendo de la cuantía determinada en el Auto de Apertura e Imputación para el caso del proceso verbal y para el caso del proceso ordinario se establecerá la cuantía a partir del Auto de Imputación.

Sobre el tema de las instancias procesales es necesario anotar que a pesar que la Constitución Política de Colombia consagra expresamente el

principio de la doble instancia³⁶, también establece excepciones³⁷, es decir que el principio de doble instancia no tiene carácter absoluto, en el sentido que toda providencia deba tener la posibilidad de ser apelada, más aún cuando el artículo 31 de la Carta magna permite que el legislador introduzca excepciones, siempre y cuando no desconozca los mandatos constitucionales preceptuados en los artículos 29 y 86 de la Constitución Política. El máximo órgano constitucional se ha pronunciado sobre el carácter relativo del principio de la doble instancia en sendas oportunidades³⁸.

Investigación de Bienes y Medidas Cautelares³⁹

Estas medidas buscan fundamentalmente prevenir o evitar que el investigado en el proceso de responsabilidad fiscal se insolvente con el fin de anular o impedir los efectos del fallo que se dicte dentro del mismo. En este sentido, *“el fallo sería ilusorio si no se proveyeran las medidas neces-*

32 Es decir que se encuentre objetivamente establecida la existencia del daño al patrimonio del Estado y exista prueba que comprometa la responsabilidad del gestor fiscal.

33 Esta citación se hará una vez notificada la providencia que ordena la Apertura e Imputación de Responsabilidad Fiscal.

34 Literal a) del Artículo 98 de la Ley 1474 de 2011.

35 Artículo 110 de la Ley 1474 de 2011.

36 Artículo 29 C.N. *“...Quién sea sindicado tiene derecho a impugnar la sentencia condenatoria...”*

37 Artículo 31 C.N. *“... Toda sentencia podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que la Ley consagre...”*

38 Corte Constitucional. Sentencias C-153/1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell; C-040/2002. M.P. Eduardo Montealegre; C-377/2002. M.P. Clara Inés Vargas.

39 Artículo 103 de la Ley 1474 de 2011.

rias para garantizar sus resultados, impidiendo la desaparición o la distracción de los bienes del sujeto obligado.”⁴⁰

Las medidas cautelares se deben entender como independientes de la decisión de condena o de exoneración que recaiga sobre el investigado como presunto responsable del mal manejo de bienes o recursos públicos, entiendo que los funcionarios competentes tienen la facultad de decretarlas, inclusive antes de la notificación del Auto de Apertura e Imputación de Responsabilidad Fiscal.

De acuerdo con la redacción del artículo 103 de la Ley 1474 de 2011, en el trámite de la investigación y adopción de medidas cautelares se debe realizar el siguiente procedimiento:

- La investigación de bienes a los presuntos responsables se puede realizar inclusive dentro del mismo proceso auditor, para tal efecto, los auditores deberán procurar en sus visitas la recolección de elementos como la declaración de bienes y rentas de los servidores públicos y de los contratistas que presuntamente hubieren incurrido en actuaciones que afecten el patrimonio del Estado.
- Antes de la expedición del Auto de Apertura e imputación de Responsabilidad fiscal, el funcionario competente del adelantamiento del proceso deberá expedir los requerimientos a las autoridades competentes solicitando información de los bienes de los presuntos responsables fiscales.
- Una vez identificados los bienes de los presuntos responsables se debe decretar mediante Auto las respectivas medidas cautelares, previo a la notificación del Auto de Apertura e Imputación de Responsabilidad fiscal.
- El Auto que decreta las medidas cautelares se notificará en estrados en desarrollo de la Audiencia de Descargos.
- Las medidas cautelares, deberán estar limitadas al valor estimado del daño al momento de su decreto.
- Cuando la medida cautelar recaiga sobre sumas líquidas de dinero, se podrá incrementar hasta en un 50% sobre el valor del presunto daño, para cada uno de los presuntos responsables.
- Cuando la medida recaiga sobre otro tipo de bienes el valor se podrá incrementar hasta en un 100%.
- El funcionario competente para decretar las medidas cautelares no requiere prestar caución.
- Se puede solicitar el desembargo en cualquier momento del proceso o cuando el acto que estableció la responsabilidad se encuentre demandado ante la Jurisdicción competente, siempre que exista previa constitución de garantía real, bancaria o expedida por una compañía de seguros, suficiente para amparar el pago del valor integral del daño estimado y probado por quien decretó la medida cautelar.

⁴⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-840 del 9 de agosto de 2001. M.P. Jaime Araujo Rentería.

- Un aspecto importante que deben tener en cuenta quienes ordenen la práctica de medidas cautelares es precisamente lo regulado por el artículo 12 de la Ley 610 de 2000, pues responderán por los perjuicios que se causen en el evento de haber obrado con temeridad o mala fe⁴¹.
- Las medidas cautelares decretadas se extenderán y tendrán vigencia hasta la culminación del proceso de cobro coactivo, en el evento de emitirse fallo con responsabilidad fiscal.

Recursos Contra el Auto que decreta medidas cautelares⁴²

Teniendo en cuenta que el Auto mediante el cual se decreta medida cautelar será notificado en estrados en la Audiencia de Descargos, es oportuno señalar que la Ley 1474 de 2011, estableció dos normas diferentes para efectos de la procedencia de los recursos de la vía gubernativa a saber:

- El Artículo 102 en su inciso tercero señala que procederá el recurso de reposición y en subsidio el de apelación contra el auto que decreta medidas cautelares.
- El Artículo 103 en su inciso tercero establece

que únicamente procederá el recurso de reposición.

Lo anterior evidencia un lapsus del legislador en la redacción de la norma; en nuestro criterio consideramos que los entes de control fiscal en aras de garantizar los principios constitucionales y legales del debido proceso y del derecho de defensa debe conceder el de reposición y en subsidio apelación máxime si tenemos en cuenta que se ostenta la doble calidad de juez y parte.

El recurso de reposición deberá interponerse y sustentarse en forma verbal e igualmente será resuelto por el funcionario competente en forma oral.

En caso de interponerse en subsidio el de apelación se concederá en el efecto devolutivo⁴³ en la audiencia por el funcionario competente de primera instancia y se dará traslado al de segunda instancia con el propósito que lo resuelva antes de proferir decisión definitiva.

Trámite Audiencia de Descargos⁴⁴

La Audiencia será presidida por el funcionario del nivel Directivo o en ausencia de éste por el funcionario designado para la sustanciación y práctica de pruebas y deberá iniciarse en la fecha y hora determinada en el Auto de Apertura

41 Corte Constitucional Sentencia C - 840 del 9 Agosto de 2001. M.P. Jaime Araujo Renteria. “...en todo caso, el respectivo funcionario responderá siempre que obre con dolo o culpa grave...”

42 Inciso Tercero del Artículo 103 e Inciso Tercero del Artículo 102 de la Ley 1474 de 2011.

43 No suspende el trámite del Proceso ni la decisión adoptada.

44 Artículos 99 y 100 Ley 1474 de 2011.

e Imputación del Proceso. De las audiencias deberá dejarse registro de la misma extendiendo un acta suscrita por el Director del Proceso y por el funcionario sustanciador, además del respectivo medio magnético

Se declarará abierta con la presencia de los profesionales técnicos de apoyo designados⁴⁵; el presunto responsable y su apoderado, si lo tuviere, o el defensor de oficio y el garante.

En caso que el presunto responsable no asista a la audiencia, se le designará un defensor de oficio.

Una vez reconocida la personería jurídica del apoderado del presunto responsable fiscal, la audiencia se instalará y será válida, aún sin la presencia del presunto responsable o del garante, es decir que el imputado puede estar representado por el apoderado o por el defensor de oficio⁴⁶.

La ausencia injustificada del presunto responsable fiscal, su apoderado o del defensor de oficio o del garante a alguna de las sesiones de la audiencia, cuando existan solicitudes pendientes de decidir implicará el desistimiento y archivo de la petición y en caso de que se trate de la sustentación de un recurso se declarado desierto⁴⁷.

En caso que el garante en su calidad de tercero civilmente responsable, o su apoderado previa citación, no acudan a la audiencia, se allanarán a las decisiones que en la misma se profieran.

En esta audiencia se podrán utilizar todos los medios tecnológicos de comunicación como las videoconferencias y otros que permitan la interacción virtual remota entre las partes y los funcionarios investigadores.

En la Audiencia de descargos los sujetos procesales pueden intervenir con todas las garantías procesales y tendrán los siguientes derechos:

Derechos de los Investigados

- Ejercer el derecho de defensa
- Rendir Versión libre⁴⁸.
- Presentar Descargos a la imputación.
- Aceptar los cargos y proponer el resarcimiento del daño o la celebración de un acuerdo de pago.
- Interponer recursos de reposición.
- Aportar y solicitar pruebas.

45 Hace referencia a los funcionarios de apoyo logístico e igualmente a los funcionarios auditores.

46 Artículo 98 literal d) Ley 1474 de 2011.

47 Artículo 98 Inciso final Ley 1474 de 2011.

48 En el proceso verbal la Ley no señala ritual especial para recibir versión libre, lo cual podría acarrear eventualmente inconstitucionalidad pues la Ley 610 de 2000, que es fuente del adelantamiento de este proceso plantea en su artículo 42 que *“En todo caso, NO podrá dictarse auto de imputación de responsabilidad fiscal si el presunto responsable no ha sido escuchado previamente dentro del proceso en exposición libre y espontánea o no está representado por un apoderado de oficio si no compareció a la diligencia o no pudo ser localizado”*.

- Formular recusaciones.
- Interponer nulidades.
- Controvertir las pruebas incorporadas al proceso en el Auto de Apertura e Imputación y las practicadas durante la Audiencia.

Actuaciones Obligatorias del Órgano de Control Fiscal

- Notificar medidas cautelares.
- Decretar o denegar la práctica de pruebas.
- Declarar, aceptar o denegar impedimentos.
- Resolver nulidades y recursos.
- Vincular nuevos presuntos responsables.
- Decidir sobre la acumulación de actuaciones.
- Decidir cualquier actuación conducente y pertinente.
- Citar o requerir a los servidores públicos, contratistas, interventores y en general a las personas que hayan participado, determinado, coadyuvado, colaborado o hayan conocido de los hechos objeto de investigación.
- Todas las decisiones deberán ser notificadas en estrados.

De igual manera, resulta oportuno mencionar que en el desarrollo de las audiencias, las diligencias en general pueden llevarse a cabo en lugares distintos a la sede del funcionario competente para

adelantar el proceso, a través de medios como la audiencia o comunicación virtual, siempre que otro servidor público controle materialmente su desarrollo en el lugar de evacuación⁴⁹.

Finalmente, se debe señalar que si bien es cierto la Ley 1474 de 2011, no estableció el momento en el cual se cierra la Audiencia de Descargos, de acuerdo con la lectura integral de la normativa, se debe entender que se cerrará una vez se practiquen la totalidad de las pruebas decretadas por el funcionario competente, procediendo a fijar fecha y hora para la Audiencia de Decisión.

Versión Libre del Imputado⁵⁰

En desarrollo de la función investigativa desplegada por los organismos de control fiscal, la versión del imputado de manera verbal aparece como la principal manifestación del debido proceso y del derecho de defensa, mediante este mecanismo se dinamiza el derecho a la defensa material y técnica frente a la imputación de la conducta formulada por la Contraloría competente.

No obstante la Honorable Corte Constitucional ha considerado que el hecho que el investigado no se encuentre representado por abogado, no viola el debido proceso y el derecho de defensa del implicado, por el carácter facultativo de la defensa técnica durante la diligencia de exposición libre y espontánea que se rinde en el proceso de responsabilidad fiscal.

⁴⁹ Artículo 116 de la Ley 1474 de 2011.

⁵⁰ Numeral 3 del Artículo 99 de la Ley 1474 de 2011 y Artículo 42 de la Ley 610 de 2000.

En palabras de alto tribunal no se vulneran Derechos Constitucionales, pues tales situaciones resultan compatibles con la manera como la Constitución Política ha consagrado el derecho de defensa técnica; con la inexistencia de referencias expresas del constituyente a las condiciones de ejercicio del derecho de defensa técnica en el proceso de responsabilidad fiscal; con la consecuente remisión de ese punto a la capacidad de configuración normativa del legislativo; con la naturaleza del proceso de responsabilidad fiscal; con la relación que se advierte entre los fines pretendidos por el legislador y los medios dispuestos para ello y con el espacio que para el ejercicio de ese derecho suministra el régimen legal del proceso de responsabilidad fiscal⁵¹.

Una de las principales características de la versión libre es precisamente la intermediación entre el funcionario competente y el versionado, ella debe ser voluntaria, espontánea y sin presión de naturaleza alguna, por lo cual la declaración se constituye en la oportunidad que se tiene para que el presunto responsable fiscal relate en la audiencia las circunstancias relativas al hecho que se investiga o elementos de convicción que aporte a su favor.

En la versión libre se presentan las siguientes situaciones:

- Datos e identificación personal del imputado. (Generales de Ley)
- Manifestaciones convenientes para su exculpación o para la explicación de los hechos investigados y plasmados en el Auto de Apertura e Imputación.
- Interrogatorio dirigido a explicar las circunstancias del hecho y que puedan contribuir a comprobar sus afirmaciones.
- El funcionario competente podrá formularle preguntas pertinentes y necesarias para el esclarecimiento de los hechos.
- El versionado podrá eventualmente anexar las pruebas que pretenda hacer valer para su defensa técnica.
- De igual manera posteriormente se podrá solicitar la ampliación de la versión libre, la cual estará sujeta a la decisión que adopte el funcionario competente.

Descargos Apoderado⁵²

Estos descargos se refieren a los que deben rendir los imputados, los abogados de los imputados, apoderados de oficio o representantes legales de las compañías aseguradoras dentro del proceso de responsabilidad fiscal.

Es la oportunidad técnica y jurídica para desvirtuar uno a uno los puntos esgrimidos por el organismo de control fiscal en su Auto de Apertura e Imputación, y tiene como propósito desvirtuar pruebas acopiadas al proceso, y ejercer el derecho de

51 Corte Constitucional Sentencia C-131/2002. M.P. Jaime Araujo Rentería.

52 Numeral 2 del artículo 99 de la Ley 1474 de 2011.

contradicción sobre los elementos fácticos que contribuyeron a la imputación del defendido.

En el procedimiento verbal los descargos equivalen a las explicaciones verbales, es decir para la defensa técnica, es esta la oportunidad crucial de actuar libremente en ejercicio del derecho de defensa de su defendido, una vez se conozca la imputación por parte del órgano de control fiscal.

De igual manera en esta etapa también es posible aportar pruebas y solicitar la práctica de otras, pues resulta claro y evidente que en el proceso de responsabilidad fiscal existe la libertad probatoria, máxime si se ostenta la doble calidad de juez y parte.

Es oportuno señalar que el apoderado o el mismo implicado se pueden abstener de presentar explicaciones por razones estratégicas, lo cual no impide que siga adelante la actuación.

Resulta necesario que el operador jurídico del órgano de control, señale expresamente a los implicados que además de su versión libre y de los descargos de su apoderado podrá rendir los descargos que considere pertinentes sobre el Auto de Apertura e Imputación de Responsabilidad Fiscal.

Solicitud de Pruebas⁵³

Tanto en el procedimiento ordinario como en el verbal, la búsqueda de la verdad material, por los medios legales, debe ser, un imperativo, el fun-

cionario competente del órgano de control fiscal y los imputados nunca deben olvidar que lo que no existe en el proceso, no existe en el mundo.

Aquel principio procesal consistente en que *“dadme las pruebas, y yo te daré el derecho”*, tiene plena aplicabilidad en el proceso verbal de responsabilidad fiscal, pero bajo el entendido que, por ser un proceso resarcitorio y punitivo, la carga de la prueba le corresponde al Estado, es decir al funcionario competente del órgano de control, quien debe procurarse en la audiencia todos los elementos de juicio que constituyan la columna vertebral de la decisión que en derecho se adopte.

En la Audiencia de Descargos las partes tienen la facultad de controvertir las pruebas incorporadas al proceso en el Auto de Apertura e Imputación de Responsabilidad Fiscal, las decretadas y practicadas en la audiencia.

Únicamente durante el curso de la audiencia de descargos, los sujetos procesales podrán aportar y solicitar pruebas.

Las pruebas solicitadas y las decretadas de oficio serán practicadas o denegadas en la misma audiencia.

Las pruebas cuya práctica deba ser evacuada en la misma audiencia serán decretadas y llevadas a cabo dentro de un término máximo de un (1) año, debiendo señalarse el lugar, fecha y hora para su práctica. Este término es perentorio razón por

53 Artículo 99, literales e) y f) Artículo 100 Ley 1474 de 2011.

la cual la Auditoría General de la República conforme a su competencia y en aras de garantizar la celeridad en el proceso y evitar prescripciones vigilará el cumplimiento del mismo.

Las pruebas y diligencias serán recogidas y conservadas en medios técnicos y su práctica puede llevarse a cabo en lugares diferentes a la sede del funcionario competente para adelantar el proceso.

Recursos Contra el Auto que niega la práctica de pruebas⁵⁴

Resulta claro que parte del período probatorio del proceso verbal se surte en la Audiencia de descargos, es decir que las notificaciones se deberán realizar en estrados.

Al igual que en el caso de los recursos contra el Auto que decreta medidas cautelares en este evento sucede el mismo yerro del legislador en cuanto que señaló dos normas diferentes para efectos de la procedencia de los recursos de la vía gubernativa a saber:

- El literal e) del Artículo 100, preceptúa que procederá únicamente el recurso de reposición contra el auto que deniegue pruebas, el cual deberá sustentarse y resolverse en la misma audiencia.
- El inciso tercero del Artículo 102 rotula que el recurso de reposición y en subsidio apela-

ción procede contra la decisión que deniegue la práctica de pruebas.

En nuestro criterio consideramos que los entes de control fiscal en aras de garantizar los principios constitucionales y legales del debido proceso y del derecho de defensa deben conceder el de reposición y en subsidio apelación máxime si tenemos en cuenta que se ostenta la doble calidad de juez y parte, además resulta evidente que la norma señala la posibilidad de interponer los dos recursos.

En caso de interponerse en subsidio el de apelación se concederá de igual manera en el efecto devolutivo⁵⁵ en la audiencia por parte del funcionario competente de primera instancia y se dará traslado al de segunda instancia con el propósito que lo resuelva antes de cerrar la audiencia de descargos.

Ello resulta importante para el desarrollo adecuado del proceso y resulta evidente a la luz del adelantamiento del proceso verbal, pues si no se ha agotado la totalidad de las pruebas solicitadas incluyendo las que se encuentren pendientes por resolver por la segunda instancia, se podría eventualmente violar el debido proceso y el derecho de defensa de los imputados.

Medios de prueba⁵⁶

La actividad investigativa del funcionario competente del órgano de control, no puede ni debe

⁵⁴ Literal e) Artículo 100 e inciso tercero Artículo 102 Ley 1474 de 2011.

⁵⁵ Artículo 354 numerales 2 y 3; Artículo 355 Código de Procedimiento Civil.

⁵⁶ Artículo 99 de la Ley 1474 de 2011.

centrarse exclusivamente en buscar los hechos que afecten o consumen al imputado, porque se infringiría la imparcialidad y universalidad de la prueba, de las cuales no es posible apartarse.

Tiene el funcionario investigador, el deber, con el mismo esfuerzo y dedicación de verificar los hechos que beneficien o favorezcan al imputado, lo cual necesariamente implica un mayor esfuerzo en el procedimiento verbal.

En desarrollo de la audiencia de descargos el investigado, su apoderado, y el representante de la Compañía de Seguros pueden aportar y solicitar todos los medios de prueba, que estimen conducentes, pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos objeto de investigación.

El daño patrimonial al Estado y la responsabilidad del investigado podrán demostrarse con cualquiera de los medios de prueba legalmente reconocidos.

Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto por parte del funcionario competente de acuerdo con las reglas de la sana crítica y la persuasión racional.

El funcionario del órgano de control fiscal en ejercicio de las facultades de policía judicial con que cuenta, tomará las medidas que sean necesarias para asegurar que los elementos de prueba no sean alterados, ocultados o destruidos.

Las pruebas recaudadas sin el lleno de las formalidades sustanciales o en forma tal que afecten

los derechos fundamentales del investigado, se tendrán como inexistentes⁵⁷.

El investigado, su apoderado o el garante podrán controvertir las pruebas a partir de la notificación del Auto de Apertura e Imputación de Responsabilidad fiscal.

El Testimonio

Para efectos de la práctica de las pruebas testimoniales que se ordenen durante la audiencia de descargos, el solicitante deberá suministrar la dirección y teléfono con el fin que sean citados por el Despacho. Una vez en la diligencia de interrogatorio del testigo, las partes y el funcionario competente podrán interrogarlo y contrainterrogarlo en aras de establecer la verdad, la existencia o no de los elementos de responsabilidad fiscal.

El testimonio consiste en una narración con circunstancias de tiempo, modo y lugar de los hechos que le consten y se hace bajo la gravedad de juramento, por parte de una persona que ha tenido conocimiento de dichos hechos de manera directa o indirecta y sobre los cuales el funcionario competente lo interroga.

Esta prueba no está concebida para emitir juicios de valor por el declarante, sino simplemente para reproducir los hechos o conductas.

El testimonio, por la premura del procedimiento verbal, debe concentrarse en los específicos aspectos que interesan al proceso, debiendo ser

⁵⁷ Artículo 30 de la Ley 610 de 2000.

exigente el funcionario competente, con el propósito que no se disperse la diligencia.

Con el testimonio se busca traer el pasado, al tiempo presente del proceso, los acontecimientos y los protagonistas de los hechos y conductas ocurridas, con la mayor fidelidad que se logre.

No se debe olvidar por parte de los funcionarios competentes del órgano de control la aplicación del principio de contradicción y del derecho de defensa de los imputados en tanto que ellos y sus apoderados tienen la facultad, para que si lo estiman conveniente cualquiera pueda interrogar o contrainterrogar al testigo.

Informe Técnico⁵⁸

Los órganos de control fiscal podrán comisionar a sus funcionarios para que rindan informes técnicos que se relacionen con su profesión o especialización y dichos funcionarios podrán ser citados a la Audiencia de descargos, con el fin que aclaren o adicione el informe rendido.

De igual manera se podrá requerir a Entidades Públicas o particulares, para que en forma gratuita rindan informes técnicos o especializados que se relacionen con su naturaleza u objeto. Estas pruebas estarán destinadas a demostrar o ilustrar hechos que interesen al proceso. El informe se pondrá a disposición de los sujetos procesales para que ejerzan su derecho de defensa y contradicción por el término que sea establecido por el funcionario competente, de acuerdo con la com-

plejidad del mismo.

Es oportuno señalar que el incumplimiento por parte de las Entidades Públicas o privadas en rendir informes técnicos podrá dar lugar a la imposición de sanciones entre cinco (5) y veinticinco (25) salarios mínimos mensuales legales vigentes, por parte de las Entidades de Control Fiscal a través del proceso administrativo sancionatorio.

Inspección o Visita Especial

Esta prueba en esencia está constituida para realizar el examen judicial de personas, lugares, cosas, documentos.

Quien solicite la prueba debe indicar en la audiencia con precisión los puntos sobre los cuales ha de versar y si se pretende realizar con peritos deberá presentar el cuestionario que éstos deberán absolver.

En la respectiva audiencia, al decretar la prueba es requisito indicar el lugar, el día y la hora en que se va realizar, para que si éstos lo consideran estén presentes con el fin de ejercer el debido proceso, el derecho de defensa y el principio de contradicción.

En desarrollo de la visita especial o inspección se debe eliminar una mala práctica consistente en asistir a la dependencia donde reposan los documentos objeto de la diligencia, y levantar un acta en la que no se registra ningún examen juicioso de ellos, sino simplemente se piden copias en ocasiones innecesarias. Lo conducente sería que se

58 Artículo 117 de la Ley 1474 de 2011.

examinen los documentos, personas y lugares, y se hagan en la audiencia las pertinentes aseveraciones relativas específicamente a los puntos que se pretenden aclarar, reproduciendo únicamente las piezas indispensables.

634.14.4 Prueba Documental

Debe entenderse por documentos los escritos, discos compactos, casetes, diskettes, impresos, planos dibujos, cuadros, fotografías, discos, grabaciones magnetofónicas, radiografías y en general cualquier otro medio similar a los anteriores.

La orden de aportarlos o el decreto requiere los juicios de pertinencia⁶⁹, conducencia⁶⁰ y utilidad⁶¹, que se emitan en la respectiva audiencia, tras ser solicitadas.

Existen hechos, actuaciones o conductas en las que su demostración está reservada de manera exclusiva a los documentos a pesar del trámite verbal que se siga del proceso, como por ejemplo el registro civil de las personas, la adjudicación de un contrato, la declaratoria de insubsistencia de

un servidor público. Se debe señalar que el documento público se presume auténtico, mientras no se compruebe lo contrario.

Solicitud de Recusación e impedimentos⁶²

Las causales de impedimento o recusación que regulan el tema, como se sabe son las mismas, pero se les denomina de aquella o de esta manera, según donde se originen; así cuando el funcionario del órgano de control fiscal sea quien la invoca se conoce como impedimento; mientras que si se aducen por personas distintas a él se califican como recusaciones.

Las únicas causales de impedimento y recusación para los servidores públicos intervinientes en el trámite de las indagaciones preliminares y procesos de responsabilidad fiscal serán las previstas para los jueces y Magistrados en la Ley 1437 de 2011⁶³. La norma en su párrafo expresó que únicamente empezarán a regir estas causales hasta julio de 2012, fecha en la cual entra en vigencia el nuevo Código Contencioso Administrativo⁶⁴.

59 Cuando la prueba resulta inherente al hecho o la conducta, en tanto existe relación entre aquella y ésta.

60 Idoneidad legal que tiene la prueba para demostrar un hecho o conducta.

61 Este concepto se opone a la innecesario o superfluo.

62 Artículo 113 de la Ley 1474 de 2011.

63 Por medio de la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso administrativo.

64 Es decir que mientras entra en vigencia la Ley 1437 de 2011 las causales de impedimento serán tanto las del Código Contencioso Administrativo actual, como las señaladas en el artículo 150 del Código de Procedimiento Civil.

El funcionario competente del órgano de control fiscal en quien concurra alguna causal de impedimento deberá hacerlo saber de manera sustentada y allegando las pruebas necesarias ante el superior jerárquico, quien deberá decidir si lo acepta o lo rechaza.

En caso de aceptar el impedimento deberá en el mismo auto que lo acepta designar al funcionario que llevará el proceso a partir de dicho momento.

El momento procesal para recusar al funcionario competente será en la misma audiencia de descargos tal y como lo establece el numeral 10° del artículo 99 de la Ley 1474 de 2011, para tal efecto el funcionario competente suspenderá la audiencia y pasará el proceso a su superior jerárquico o funcional quien deberá decidir. En caso que la niegue así lo hará saber mediante auto y ordenará continuar con el trámite del proceso verbal y en el evento que el superior acepte la recusación éste deberá designar un funcionario de la misma jerarquía del recusado para seguir adelante con el proceso verbal de responsabilidad fiscal.

Solicitud de Nulidades⁶⁵

Las nulidades son rectificaciones procesales previstas por la Constitución y la Ley, en este caso específico el legislador la estableció en la Ley 610 de 2000, señalando causales precisas y excluyentes de nulidad con el fin de enderezar el proceso y que en la práctica se traduce en retrotraer a la etapa o actuación inválida con el fin de repetirla con apego a las normas.

La solicitud de nulidad del proceso podrá formularse hasta antes de proferirse la decisión final y deberá resolverse durante el desarrollo de la Audiencia de Descargos y será decretada por el funcionario competente de primera o segunda instancia según el caso.

Las causales de nulidad serán las previstas en el artículo 36 de la Ley 610 de 2000 a saber:

– **La falta de competencia del funcionario para conocer y fallar.**

Esta causal tiene su origen en el artículo 29 de la Constitución Política, en cuanto dentro de los presupuestos del debido proceso, nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes, y ante el funcionario competente del ente de control fiscal.

En el procedimiento verbal esta causal adquiere relevancia no solo de cara a la decisión final sino frente a la instrucción del proceso en las audiencias, pues si el proceso no es adelantado y decidido por el funcionario competente a todas luces el proceso estaría viciado de nulidad.

Se debe señalar que si los sujetos procesales detectan sobre la competencia inconsistencias en cualquier momento del tránsito de la audiencia, o el funcionario competente se percata de la carencia de aquélla, las diligencias deben de manera inmediata remitirse por solicitud del interesado o de oficio, a quien corresponda para que continúe con el proceso.

⁶⁵ Numeral 11 del Artículo 99 de la Ley 1474 de 2011.

– **La violación del derecho de defensa del imputado.**

Encuentra fundamento o sustento igualmente en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia.

Contrario a la anterior, esta causal es de aquellas que se denominan abiertas en cuanto no precisa el vicio y en tanto el derecho de defensa se puede violar en cualquier etapa y de diversas formas en las actuaciones que se surten en los procesos de responsabilidad fiscal.

A los sujetos procesales les corresponde identificar la actuación en la cual presuntamente se vulneró el derecho de defensa, argumento que se debe sustentar en la audiencia para demostrar que en efecto, de manera material se afectó el derecho de defensa y además que la deficiencia no se haya subsanado en el trámite del proceso; es decir que NO cualquier irregularidad puede constituirse como nulidad.

Se pueden eventualmente presentar dentro del procedimiento verbal las siguientes: no citar adecuada y oportunamente al imputado a la audiencia de descargos, proferir el auto de Imputación sin reunir los requisitos contemplados en la Ley 610 de 2000 y 1474 de 2011, ello en razón que la omisión de estos requisitos, le impiden al acusado, a la Compañía de Seguros o sus apoderados ejercer en debida forma el derecho de defensa.

Otra nulidad que se puede presentar es cuando en cualquiera de las decisiones de fondo no se haga un análisis del material probatorio, toda vez que el imputado no tiene los elementos de

juicio para defenderse, pues desconoce el sustento y alcance probatorio fijado por el funcionario competente para sustentar la decisión. En estas condiciones, el defecto es sustancial y debe ser declarado decretando la nulidad, y procediendo a reparar tal defecto, incluyendo el análisis que se omitió inicialmente.

La manera adecuada de solucionar los errores consiste en repetir con las garantías, la actuación viciada siempre y cuando no existan otros elementos evidentes que, sin duda, determinen la existencia de responsabilidad fiscal o la exclusión de la misma, porque en estos eventos, para qué desgastarse en estos trámites contrariando de esta manera el principio de economía y celeridad, si finalmente la decisión final será de archivo o exoneración de responsabilidad fiscal.

– **La comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso.**

Dicha causal al igual que las dos anteriores, tiene como fuente el artículo 29 de la Constitución Política, en cuanto ordena que el debido proceso se aplicara a toda clase de actuaciones judiciales o administrativas, su radio de acción es más amplio que la anterior, puesto que el debido proceso subsume el derecho de defensa y además incluye otros elementos.

No obstante esa amplitud, la irregularidad tiene que ser sustancial y no formal, es decir de tal entidad que claramente afecte de manera irreversible el debido proceso.

La violación o irregularidad debe ser material, no podría el funcionario competente de ade-

lantar el proceso verbal obviar ninguna etapa o dejar de observar, debe obrar con rigurosidad en cuanto a los requisitos previstos para la imputación de responsabilidad fiscal y en la instrucción del proceso.

Es necesario que los imputados o sus apoderados demuestren la irregularidad sustancial y que verdaderamente afecte las garantías de los sujetos procesales o que desconozca las bases fundamentales de la instrucción y juzgamiento del proceso de responsabilidad fiscal.

Finalmente vale la pena preguntarse si en el evento en que no obstante debiéndose surtir el procedimiento verbal, el funcionario competente lo adelanta por el procedimiento ordinario, se podría invocar la existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso; en nuestro concepto la respuesta es claramente negativa, en tanto que el proceso ordinario es más garantista que el verbal desde el punto de vista del tiempo en que se adelanta; cosa distinta es que algunos de los imputados lo soliciten caso en el cual el funcionario competente le advertirá de tal situación.

Se podrán sanear o convalidar nulidades en cualquier etapa del proceso en que el funcionario competente advierta que existe alguna de las causales previstas en el artículo 36 de la Ley 610 de 2000, para lo cual decretará la nulidad total o

parcial de lo actuado desde el momento que se presentó la causal y ordenará que se reponga la actuación que dependa del acto declarado nulo para que se subsane lo afectado. Las pruebas practicadas legalmente conservarán su plena validez.

La solicitud de la nulidad será resuelta en la Audiencia de Descargos y contra la decisión proceden los recursos de reposición y en subsidio apelación⁶⁶.

El recurso de reposición deberá sustentarse en la audiencia y decidirse en la misma por parte del funcionario competente del órgano de control fiscal.

Negado el recurso de reposición el funcionario competente de primera instancia concederá el de apelación en efecto devolutivo⁶⁷ para que la segunda instancia dentro de la mayor brevedad posible decida si la decreta.

En todo caso el funcionario de primera instancia no adoptará decisión final, si el superior no se ha pronunciado sobre el recurso de apelación interpuesto contra la nulidad del proceso.

Vinculación de la Compañía Aseguradora⁶⁸

El legislador dispuso dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal que la compañía de seguros

⁶⁶ Inciso tercero del Artículo 102 de la Ley 1474 de 2011.

⁶⁷ Artículo 354 del Código de Procedimiento Civil.

⁶⁸ Literal d) del Artículo 104 de la Ley 1474 de 2011.

fuera vinculada en calidad de tercero civilmente responsable, actuando de esta forma en cumplimiento de los mandatos de interés general y de finalidad social del Estado. El papel que juega el asegurador es precisamente el de garantizar el pronto y efectivo pago de los perjuicios que se ocasionen al patrimonio público por el servidor público responsable de la gestión fiscal, por el contrato o el bien amparados por una póliza.

Es decir, la vinculación del garante está determinada por el riesgo amparado, es decir por la afectación del patrimonio público por el incumplimiento de las obligaciones del contrato, la conducta de los servidores públicos y los bienes amparados.

El derecho de defensa de la compañía de seguros está garantizado tanto en el proceso ordinario como en el verbal puesto que dispone de los mismos derechos y facultades que asisten al principal implicado, para oponerse tanto a los argumentos o fundamentos del asegurado como a las decisiones de la autoridad fiscal.

La vinculación del garante en calidad de tercero civilmente responsable, se realizará mediante el envío de una comunicación y tendrá los mismos derechos y facultades que el implicado tal y como lo establece el literal d) del artículo 104 de la Ley

1474 de 2011.

Lo anterior quiere significar que en desarrollo de la Audiencia de Descargos, el apoderado de la Compañía de seguros podrá realizar todas las actuaciones consagradas en el artículo 99 de la Ley 1474 de 2011, so pena de violarse eventualmente el debido proceso y el derecho de defensa. Si el garante en su calidad de tercero civilmente responsable, o su apoderado previa citación, no acuden a la audiencia, se allanarán a las decisiones que en la misma se proferían⁶⁹.

Cuando sea procedente la desvinculación del garante se le notificará en estrados la decisión que de fondo se adopte en el proceso de responsabilidad fiscal.

Un aspecto importante que fue subsanado con la expedición de la Ley 1474 de 2011, fue el contemplado en su artículo 120, toda vez que estableció que las pólizas de seguros por las cuales se vincule al proceso de responsabilidad fiscal al garante en calidad de tercero civilmente responsable, prescribirán en los plazos previstos en el artículo 9 de la Ley 610 de 2000⁷⁰, ello en vista que con ocasión de la aplicación de las normas de seguros contempladas en el Código de Comercio y de acuerdo con la interpretación de algunos fallos de la jurisdicción contencioso administrativa

⁶⁹ Literal c) del Artículo 100 de la Ley 1474 de 2011.

⁷⁰ La acción fiscal caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal. Este término empezará a contarse para los hechos o actos instantáneos desde el día de su realización, y para los complejos, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado desde el último hecho o acto. La responsabilidad fiscal prescribirá en cinco (5) años, contados a partir del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, si dentro de dicho término no se ha dictado providencia en firme que la declare.

el término de prescripción de la póliza se reducía a dos años, haciendo de esta manera nugatorio el amparo de los riesgos de quienes se encuentren inmersos en un proceso de responsabilidad fiscal en detrimento de los bienes del Estado.

Suspensión y reanudación de la Audiencia⁷¹

74 Cuando exista causa debidamente justificada, se podrán disponer suspensiones o aplazamientos de audiencias por un término prudencial, debiéndose señalar el lugar, día y hora para su reanudación o continuación, según el caso. Dicha facultad la detenta únicamente el funcionario competente para el adelantamiento del proceso.

Esta es la principal herramienta con que cuenta el funcionario encargado de adelantar el proceso cuando se presenten situaciones extraordinarias o especiales dentro de la Audiencia o vacíos jurídicos e interpretaciones disímiles entre las partes, lo importante es que una vez suspendida la Audiencia, se señale expresamente cuando se volverá a reanudar debiendo manifestar a las partes que quedan notificados en estrados.

Los funcionarios competentes de los órganos de control fiscal deben evitar las suspensiones indefinidas y reiteradas de las audiencias, pues contribuiría a la dilación del proceso y conse-

cientemente la prescripción del mismo, para ello deberán tener en cuenta las nuevas causales sancionatorias que se establecieron en el mismo estatuto anticorrupción, las cuales serán impuestas por la Auditoría General de la República y en otros casos podrían conllevar al adelantamiento de procesos de naturaleza disciplinaria.

Citaciones⁷²

La citación debe indicar la clase de audiencia para la cual se requiere, el lugar, la fecha y hora en donde se llevará a cabo y el número de radicación de la actuación a la cual corresponde.

Cuando se deba notificar personalmente una decisión, o convocarse a la celebración de una audiencia se citará oportunamente a las partes, al garante, testigos, peritos y demás personas que deban intervenir en la actuación.

El presunto responsable y su apoderado si lo tuviere, o el defensor de oficio, y el garante en calidad de tercero civilmente responsable, tendrán la obligación procesal de señalar la dirección, el correo electrónico o cualquier otro medio idóneo de comunicación, en el cual recibirán las citaciones. Igualmente deberá informar cualquier cambio que se presente en el curso del proceso.

La Ley contempla una sanción disciplinaria para el funcionario que omita el cambio de dirección en el respectivo registro.

71 Literal d) Artículo 100 de la Ley 1474 de 2011.

72 Artículo 107 de la Ley 1474 de 2011.

Notificaciones⁷³

En los procesos verbales de responsabilidad Fiscal por regla general las notificaciones se realizan en **Estrados**, es decir en la misma Audiencia y se entenderán notificadas a los sujetos procesales inmediatamente se haga el pronunciamiento, se encuentren o no presentes en la audiencia.

En caso de no comparecer a la Audiencia a pesar de haberse hecho citación oportunamente, se entenderá surtida la notificación salvo que la ausencia se justifique por fuerza mayor o caso fortuito dentro de los dos (2) días siguientes a la fecha en que se profirió la decisión, caso en el cual la notificación se realizará al día siguiente de haberse aceptado la justificación. En el mismo término deberá hacer uso de los recursos, si a ello hubiere lugar.

Se notificarán **personalmente** al presunto responsable o a su apoderado o defensor de oficio, el Auto de Apertura e Imputación y la providencia que resuelva el recurso de reposición o apelación contra el fallo con responsabilidad fiscal. La notificación personal se efectuará en la forma prevista en los artículos 67 y 68 de la Ley 1437 de 2011, y si ella no fuere posible se recurrirá a la notificación por aviso establecido en el artículo 69 de la misma Ley. Esta norma será aplicable a partir de su expedición para los procesos de responsabilidad fiscal pues su entrada vigencia es de aplicación

inmediata de acuerdo con lo establecido en el artículo 106 de la Ley 1474 de 2011 y el artículo 40 de la Ley 153 de 1887.

La notificación por **conducta concluyente** se da cuando no se hubiere realizado la notificación o ésta fuera irregular, la exigencia legal se entiende cumplida, para todos los efectos, cuando el sujeto procesal dándose por suficientemente enterado, se manifiesta respecto de la decisión, o cuando él mismo utiliza en tiempo los recursos procedentes.

Dentro el expediente se incluirá un registro con la constancia de las notificaciones realizadas tanto en audiencia como fuera de ella, para lo cual se podrán utilizar los medios técnicos idóneos.

Trámite Audiencia de Decisión⁷⁴

Una vez practicadas todas las pruebas y cerrada la respectiva audiencia de descargos y citadas las partes para la Audiencia de Decisión, el funcionario competente la declarará abierta con la presencia del funcionario investigador fiscal⁷⁵, los profesionales técnicos de apoyo designados, el presunto responsable fiscal o su apoderado, si lo tuviere, o el defensor de oficio y el garante o a quien se haya designado para su representación.

Seguidamente se le concede el uso de la palabra a los sujetos procesales para que expongan sus alegatos de conclusión sobre los hechos que

⁷³ Artículo 104 de la Ley 1474 de 2011.

⁷⁴ Artículo 101 Ley 1474 de 2011.

⁷⁵ Auditores que trasladaron el hallazgo.

fueron objeto de imputación y sobre las pruebas practicadas durante la Audiencia de descargos.

En caso que el presunto responsable esté representado por apoderado tendrá derecho tanto el profesional del derecho como el implicado a sustentar los alegatos de defensa.

Concluidas las intervenciones el funcionario competente declarará que el debate ha culminado y proferirá en la misma audiencia de manera motivada, fallo con o sin responsabilidad fiscal.

Para lo anterior se podrá suspender la audiencia por un término de (20) días, al cabo de los cuales se reanudará y se procederá a dictar el fallo correspondiente el cual deberá notificarse en estrados.

El funcionario competente realizará una exposición amplia de los hechos, pruebas, defensa, alegatos de conclusión, determinará si existen pruebas que conduzcan a la certeza de la existencia o no del daño al patrimonio público; de su cuantificación; de la individualización y actuación del gestor fiscal a título de dolo o culpa grave; de la relación de causalidad entre la conducta del presunto responsable fiscal y el daño ocasionado, y determinará también si surge una obligación de pagar una suma líquida de dinero por concepto de resarcimiento. La cuantía del fallo con responsabilidad fiscal será indexada a la fecha de la decisión

Es oportuno señalar que si bien es cierto el trámite del proceso se realiza de manera verbal, se hace necesario que de la providencia final se deje registro documental, ello con el propósito que si

el fallo es con responsabilidad fiscal, dicho acto administrativo sea ejecutado posteriormente por la jurisdicción coactiva.

Fallo con Responsabilidad Fiscal⁷⁶

Se profiere en Audiencia una vez se agotan los alegatos de los imputados y será con responsabilidad fiscal cuando obre prueba que conduzca a la certeza de la existencia del daño al patrimonio del Estado, de su cuantificación, de la individualización y la actuación dolosa o gravemente culposa del gestor fiscal y la relación de causalidad entre el comportamiento del gestor fiscal y el daño ocasionado al erario, y como consecuencia se establezca la obligación de pagar una suma líquida de dinero a cargo del responsable fiscal. La cuantía del daño deberá actualizarse a valor presente. El fallo con responsabilidad fiscal quedará ejecutoriado cuando contra él no proceda ningún recurso; cuando los recursos interpuestos se hayan decidido, cuando no se interpongan los recursos o se renuncie expresamente a ellos, dentro de los cinco (5) días contados a partir de la última notificación.

El fallo con responsabilidad fiscal se constituye en título ejecutivo, cuya obligación cierta, expresa y exigible se hace a través del proceso de jurisdicción coactiva.

Los responsables fiscales determinados a través del proceso ordinario o verbal deben ser incluidos, con su nombre, apellidos y número de identificación, en

⁷⁶ Artículo 101 Literales c), d) y e) Ley 1474 de 2011.

el boletín trimestral de responsables fiscales elaborado por la Contraloría General de la República. El fallo con responsabilidad fiscal genera inhabilidad sobreviniente al servidor público declarado responsable fiscal, tras el reporte en el respectivo Boletín de Responsables Fiscales y en el sistema de información de registro de sanciones y causas de inhabilidad (SIRI).

Si de lo hechos se desprende eventualmente la comisión de un hecho punible o una falta disciplinaria, se pondrá en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación o la Procuraduría General de la Nación.

Recursos contra el fallo con Responsabilidad Fiscal⁷⁷

Los recursos de reposición o apelación de acuerdo con la cuantía del proceso se interpondrán en la misma audiencia y deberán sustentarse dentro de los diez (10) días siguientes a la terminación de la audiencia de decisión.

Los recursos deberán decidirse dentro de los (2) meses siguientes, contados a partir del día siguiente a la sustentación de los mismos.

La norma no establece el procedimiento por el cual se resolverán los recursos de reposición o apelación, es decir si debe ser verbal y por ende se lleve a cabo en audiencia, o si por el contrario, se proceda en forma escrita, en criterio nuestro y al tenor de lo establecido por el literal

a) del artículo 104 de la Ley 1474 de 2011, deberá ser escrito toda vez que dicha norma señala expresamente que se notificarán personalmente las providencias que resuelvan los recursos de reposición o apelación contra el fallo con responsabilidad fiscal; si la voluntad del legislador hubiese sido que se surtiera de manera verbal habría establecido con toda claridad que la notificación de la providencia que desata los recursos se notificaría en estrados.

De igual manera si nos remitimos al procedimiento verbal que adelantan los entes de control disciplinario encontramos que la segunda instancia se surte de manera escrita.

Con base en la anterior interpretación una vez sustentado el recurso de manera escrita dentro de los diez (10) días siguientes, tanto el funcionario competente de primera o segunda instancia según el caso procederá a resolver el recurso de reposición o apelación en forma escrita dentro de un plazo de dos (2) meses.

Aquí vale la pena señalar que un sector de profesionales del Derecho, estudiosos de este tema han optado por apartarse de este concepto, pues son del criterio que el querer del legislador fue que el proceso se surtiera en su totalidad de manera verbal, posición respetable que se origina precisamente en la ausencia de norma expresa al respecto, pero que insistimos, por vía de interpretación del literal a) del artículo 104 puede superarse, aun cuando si en gracia de discusión

⁷⁷ Incisos 5 y 6 del Artículo 102 de la Ley 1474 de 2011.

tomáramos cualquiera de los dos, ninguno de ellos acarrearía nulidades o violaciones eventuales del debido proceso, pues en últimas lo que se discute es la forma de la sustentación del recurso y la vía a través de la cual se publica la decisión de segunda instancia, las cuales en cualquiera de los dos casos deberán surtirse necesariamente bien sea de manera verbal o escrita pero siempre la notificación de la decisión que en derecho se adopte, será de forma personal, lo cual es consecuente con las garantías que orientan el debido proceso.

Del Grado jurisdiccional de Consulta⁷⁸

De acuerdo con la remisión de las normas que realizan los artículos 97⁷⁹ y 105 de la Ley 1474 de 2011, en el sentido de establecer que lo no contemplado en esta Ley deberá suplirse con lo establecido en la Ley 610 de 2000 y para el caso del grado jurisdiccional de consulta que se instituye en el proceso ordinario cuando el fallo sea sin responsabilidad fiscal o sea con responsabilidad fiscal y el responsabilizado hubiese estado representado por apoderado de oficio, resulta necesario jurídicamente aplicarlo en los mismos términos al procedimiento verbal, puesto que esta figura se introdujo en defensa del interés público, del ordenamiento jurídico, de los derechos y garantías fundamen-

tales y en vista que lo que está de por medio es ni más ni menos que el patrimonio público en ambos casos.

Para efectos procedimentales el funcionario del órgano de control fiscal que haya proferido la decisión deberá enviar la totalidad del expediente dentro del tres (3) días siguientes a su superior funcional o jerárquico, de acuerdo con la estructura y manual de funciones del ente de control fiscal.

El superior tendrá un plazo de un (1) mes para pronunciarse en forma escrita sobre la decisión del funcionario de conocimiento, es caso que no lo haga dentro de dicho término quedará en firme el acto administrativo objeto de consulta, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria del funcionario moroso.

En la decisión del superior no participan las partes, por ello no se debe practicar en audiencia, pues en concordancia con lo establecido en la Sentencia T- 587/2002, emitida por la Honorable Corte Constitucional, con ponencia del Magistrado: Jaime Córdoba Triviño, el grado jurisdiccional de consulta no debe entenderse como un recurso tal y como se señaló en los siguientes términos:

“...La consulta no se debe entender como un recurso en estricto sentido, porque de ella no pueden hacer uso de manera directa los

⁷⁸ Artículo 18 Ley 610 de 2000.

⁷⁹ El procedimiento verbal se someterá a las normas generales de responsabilidad fiscal previstas en la Ley 610 de 2000 y en especial por las disposiciones de la presente Ley.

*sujetos procesales, **sino es un mecanismo jurídico obligatorio para el funcionario de conocimiento, quien debe someter a consideración de su superior inmediato** ciertas decisiones señaladas de manera taxativa por el legislador para que el superior, confirme o modifique lo ya decidido, en desarrollo del principio de legalidad que garantiza la revisión de oficio en determinados casos considerados de especial interés frente a la protección de los derechos fundamentales del procesado y la importancia de una pronta y eficaz administración de justicia, De otra parte, si el funcionario competente omite el trámite de la consulta en los casos previstos por la ley los sujetos procesales pueden exigir su cumplimiento.*

El superior al pronunciarse acerca del asunto sometido al grado jurisdiccional de consulta, no tiene límites en su pronunciamiento. *Lo contrario ocurre en relación a un recurso de apelación, en donde las pretensiones del impugnante fijan la competencia del juez que debe decidir el recurso y éste, sólo puede pronunciarse sobre los asuntos puestos a su consideración, máxime cuando se trata del apelante único, regla que responde al mandato constitucional previsto en el inciso 1° del artículo 31 superior, que prescribe la imposibilidad de hacer más gravosa la situación del condenado cuando sea apelante único. Principio de la no reformatio in pejus o reforma en perjuicio...”. Subrayado y resaltado por fuera de texto.*

Caducidad y Prescripción de la Acción Fiscal⁸⁰

Para efectos del proceso verbal de responsabilidad fiscal se aplicará lo preceptuado en el artículo 9 de la Ley 610 de 2000, es decir que la acción fiscal caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, no se ha proferido auto de apertura e imputación del proceso responsabilidad fiscal.

Este término empezará a contarse para los hechos o actos instantáneos desde el día de su realización, y para los complejos, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado desde el último hecho o acto.

La responsabilidad fiscal prescribirá en cinco (5) años, contados a partir del auto de apertura e imputación del proceso de responsabilidad fiscal, si dentro de dicho término no se ha dictado providencia en firme que la declare.

El vencimiento de los términos establecidos en el presente artículo no impedirá que cuando se trate de hechos punibles, se pueda obtener la reparación de la totalidad del detrimento y demás perjuicios que haya sufrido la administración, a través de la acción civil en el proceso penal, que podrá ser ejercida por la contraloría correspondiente o por la respectiva entidad pública.

⁸⁰ Artículo 9 de la Ley 610 de 2000.

No resulta lógico ni probable al amparo del proceso verbal de responsabilidad fiscal que se prescriba algún proceso de responsabilidad fiscal, por la celeridad en los términos de sustanciación y adicionalmente la misma Ley 1474, señaló un término perentorio de un (1) año para la práctica de pruebas⁸¹.

Remisión Normativa⁸²

La misma Ley 1474 de 2011, señaló de manera expresa que los aspectos no regulados en dicha Ley, se aplicarán las disposiciones contenidas en la Ley 610 de 2000, en cuanto sean compatibles con la naturaleza del proceso verbal.

PRINCIPALES MODIFICACIONES AL PROCESO ORDINARIO DE RESPONSABILIDAD FISCAL EN VIRTUD DEL ESTATUTO ANTICORRUPCIÓN

Este es un aspecto importante que deben desarrollar y aplicar las entidades de control fiscal territorial al interior de sus dependencias encargadas de la sustanciación de procesos de responsabilidad fiscal, toda vez que su inobservancia podría generar eventualmente nulidades procesales.

La norma más importante a tener en cuenta y que hoy por hoy permanece vigente a pesar de su época de expedición es la relativa al artículo 40 de la Ley 153 de 1887⁸³, en la cual se consagra y ordena, como regla general, la aplicación inmediata de las disposiciones de orden procesal y así ha

sido señalado y ratificado por el máximo órgano de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en los siguientes términos:

“...Por manera que en esas materias, aun tratándose de procesos en curso, las actuaciones correspondientes deberán regirse por la Ley nueva, con excepción de dos (2) hipótesis fácticas diferentes entre sí, respecto de las cuales la misma Ley determina la aplicación de las normas anteriores esto es: i) Los términos que ya hubieren empezado a correr y ii) las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas. El primer evento contemplado en

81 Literal f) del artículo 100 de la Ley 1474 de 2011.

82 Artículo 105 Ley 1474 de 2011.

83 Las Leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la Ley vigente al tiempo de su iniciación.

*dicha excepción, se refiere de manera genérica y sin distinciones de ninguna especie, a todos los términos contemplados o establecidos en normas procesales en cuanto los mismos hubieren empezado a correr bajo el imperio de la Ley anterior, sin importar que los mismos se surtan dentro de procesos ya iniciados o por fuera de ellos. La segunda hipótesis fáctica de esa excepción, en cuya virtud las actuaciones y diligencias ya iniciadas se regirán por la Ley vigente al momento de dar inicio a las mismas, de manera necesaria y obvia supone la existencia previa de tales actuaciones o diligencias...*⁸⁴

Subrayado y resaltado por fuera de texto.

Notificaciones⁸⁵

De conformidad con el artículo 106 de la Ley 1474 de 2011, exclusivamente dentro del proceso ordinario de responsabilidad fiscal se notificarán personalmente el Auto de Apertura del Proceso de Responsabilidad Fiscal, el Auto de Imputación de Responsabilidad Fiscal y el fallo de primera o única instancia. Para tal efecto se aplicará el sistema de notificación personal y por aviso previsto para las actuaciones administrativas en la Ley 1437 de 2011. Las demás providencias deberán notificarse por Estado.

De acuerdo con la nueva legislación en los procesos ordinarios de responsabilidad fiscal la notificación prevista en el nuevo Código Contencioso Administrativo⁸⁶ será aplicable a partir del 12 de julio de 2011, para la Contraloría General, la Auditoría General de la República y las contralorías territoriales en todos los casos en que se exija notificación personal.

Para el caso de los procesos verbales de responsabilidad fiscal en los cuales se deba surtir la notificación personal tales como el Auto de Apertura e Imputación de Responsabilidad Fiscal y la providencia que resuelve los recursos de reposición o apelación contra el fallo con responsabilidad fiscal su aplicación para el caso de la Contraloría General y la Auditoría General de la República, será partir del 12 de julio y para las contralorías territoriales desde el 1 de enero de 2012.

Para efectos de la notificación personal en ambos procedimientos se seguirá el ritual contenido en los artículos 67, 68 y 69 de la Ley 1437 de 2011, de conformidad con lo señalado por el artículo 106 de la Ley 1474 de 2011 y en aplicación del artículo 40 de la Ley 153 de 1887⁸⁷, es decir la aplicación inmediata por parte de los organismos

⁸⁴ Consejo de Estado. Sentencia No. 85001-23-31-000-1996-00251-01(15117). Sección Tercera, 4 Diciembre de 2006. MP Mauricio Fajardo Gómez.

⁸⁵ Artículo 106 de la Ley 1474 de 2011.

⁸⁶ Artículos 67, 68 y 69 de la Ley 1437 de 2011.

⁸⁷ Artículo declarado EXEQUIBLE, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-200 del 19 de marzo de 2002. M.P. Alvaro Tafur Galvis.

de control fiscal, del código de procedimiento administrativo en materia de notificaciones para los procesos de responsabilidad fiscal que se inicien en vigencia del Estatuto Anticorrupción.

Citación para Notificación Personal⁸⁸:

- Si no hay otro medio más eficaz de informar al interesado, se le enviará una citación a la dirección, al número de fax o al correo electrónico que figuren en el expediente o puedan obtenerse del registro mercantil, para que comparezca a la diligencia de notificación personal.
- El envío de la citación se hará dentro los cinco (5) días siguientes a la expedición del acto y de dicha diligencia se dejará constancia en el expediente.
- Cuando se desconozca la información sobre el destinatario, la citación se publicará en la página electrónica o en un lugar de acceso al público de la respectiva Entidad por el término de cinco (5) días.

Diligencia de Notificación Personal:

- En la diligencia de notificación se entregará al interesado copia íntegra, auténtica y gratuita del acto administrativo, con anotación de la fecha y la hora, los recursos que legalmente proceden, las autoridades ante quienes deben interponerse y los plazos para hacerlo.
- El incumplimiento de cualquiera de estos requisitos invalidará la notificación.

- La notificación personal también podrá efectuarse mediante una cualquiera de las siguientes modalidades:

Por medio electrónico: Procederá siempre y cuando el interesado acepte ser notificado de esta manera.

En Estrados: Toda decisión que se adopte en audiencia pública será notificada verbalmente en estrados, debiéndose dejar precisa constancia de las decisiones adoptadas y de la circunstancia de que dichas decisiones quedaron notificadas. A partir del día siguiente a la notificación se contarán los términos para la interposición de recursos.

Notificación por Aviso:

- Si no pudiere hacerse la notificación personal al cabo de los cinco (5) días del envío de la citación, esta se hará por medio de aviso que se remitirá a la dirección, al número de fax o al correo electrónico que figuren en el expediente o puedan obtenerse del registro mercantil, acompañado de la copia íntegra del acto administrativo.
- El aviso debe indicar la fecha y la del acto que se notifica, la autoridad que lo expidió, los recursos que legalmente proceden, las autoridades ante quienes deben interponerse, los plazos respectivos y la advertencia que la notificación se considerará surtida al finalizar el día siguiente al de la entrega del aviso en el lugar de destino.

88 Guía Manual del Proceso de Responsabilidad Fiscal AGR. Versión 1.0. del 19/09/2011.

- Cuando se desconozca la información sobre el destinatario, el aviso con copia íntegra del acto administrativo, se publicará en la página electrónica y en todo caso en un lugar de acceso al público de la respectiva Entidad por el término de cinco (5) días, con la advertencia de que la notificación se considerará surtida al finalizar el día siguiente al retiro del aviso.
- En el expediente se dejará constancia de la remisión o publicación del aviso y de la fecha en que por este medio quedará surtida la notificación personal.
- En conclusión únicamente se notificarán personalmente las decisiones que los artículos 104 y 107 de la Ley 1474 de 2011 señalen, en los demás casos las notificaciones se harán en estrados o por estado, de acuerdo con el procedimiento que se siga sea verbal u ordinario.
- En los eventos de la práctica de pruebas, para el caso del proceso ordinario, compatibles con la Ley 610 de 2000 y 1474 de 2011, se continuará aplicando el Código de Procedimiento Civil.

Notificación por Conducta concluyente:

- Cuando sin que medie diligencia de notificación, la parte interesada revele que conoce el acto, consienta la decisión o interponga los recursos legales, se considerará notificada de esta forma.

Notificación por Exhorto:

- Cuando la diligencia haya de practicarse en un país extranjero, debe dirigirse exhorto al Ministerio de Relaciones Exteriores quién lo enviará al cónsul de Colombia, para que a través de su Despacho se cumpla lo solicitado.

Notificación a personas privadas de la libertad:

- En los eventos que el implicado se halle privado de la libertad, se solicitará colaboración al Director del Establecimiento carcelario para que haga la respectiva notificación personal.

Preclusividad de los Plazos en el Trámite de los Procesos de Responsabilidad Fiscal⁸⁹

El artículo 107 de la Ley 1474 de 2011, señala en nuestro criterio una nueva causal sancionatoria e inclusive disciplinaria para los funcionarios de las contralorías que se encuentren adelantando los procesos de responsabilidad fiscal por la vía ordinaria, pues establece que los plazos previstos legalmente para la práctica de pruebas en la indagación preliminar y en la etapa de investigación de los procesos de responsabilidad fiscal serán preclusivos y por lo tanto carecerán de valor las pruebas practicadas por fuera de dichos términos.

De igual manera establece un término máximo de dos (2) años, para la práctica de pruebas, con el propósito de evitar la prescripción de los procesos de responsabilidad fiscal.

⁸⁹ Artículo 107 de la Ley 1474 de 2011.

Perentoriedad para el Decreto de Pruebas en la Etapa de Descargos⁹⁰

Se señala otra nueva causal sancionatoria aplicable por la Auditoría General de la República para los funcionarios que vencido el término de la presentación de descargos después de la notificación del Auto de Imputación de Responsabilidad Fiscal no decreten dentro del mes siguiente las pruebas solicitadas o a que haya lugar.

Oportunidad y Requisitos de la Solicitud de Nulidad⁹¹

En vista de la exagerada dilación que se venía pre-

sentando en la decisión de las nulidades y ante la carencia de normatividad que la estableciera el legislador determinó que la solicitud de nulidad se resolviera dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de su presentación.

La nulidad podrá formularse hasta antes de proferirse la decisión final.

Contra el auto que decida sobre la nulidad dentro del procedimiento ordinario de responsabilidad fiscal, procederá el recurso de apelación, que se surtirá ante el superior del funcionario que profirió la decisión.

ADECUACIONES LOCATIVAS PARA EL DESARROLLO DE LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD FISCAL VERBALES

Para el caso de las Entidades de control fiscal territorial, resulta perentorio adecuar sus instalaciones y la logística necesaria para poder llevar a cabo un proceso donde la oralidad se exprese en toda su extensión y que los actores entre ellos la ciudadanía y la opinión pública tengan el acceso permanente de cara a garantizar el principio de publicidad.

Si recordamos la adecuación y puesta en marcha del sistema penal acusatorio podemos evidenciar que su aplicación se hizo de manera progresiva

y por regiones, teniendo en cuenta no solamente la complejidad del nuevo sistema penal sino también la necesidad de adecuar instalaciones especiales, así como también la capacitación del personal judicial en temas de oralidad, aunque en el caso de los órganos de control fiscal no es comparable la situación, pues la cantidad de procesos es claramente menor, sin embargo se hace necesario un período de prueba y transición que permita la capacitación de los funcionarios de la Entidad y el suministro de la logística necesaria y pertinente.

⁹⁰ Artículo 108 de la Ley 1474 de 2011.

⁹¹ Artículo 109 de la Ley 1474 de 2011.

Además de lo anterior también se debe pensar en la adquisición de equipos tecnológicos que permitan agilidad en las actuaciones relativas al mencionado proceso como son la compra de equipos de videoconferencias, micrófonos, cámaras de video que desarrollen en tiempo real la obtención de versiones y testimonios de los implicados desde cualquier parte de país sin la necesidad imperiosa de tener que desplazarse a la ciudad sede de la Contraloría competente.

Así mismo, las contralorías territoriales deben invertir recursos para la capacitación y formación de los funcionarios de las áreas de Responsabilidad Fiscal en temas relacionados con la oralidad con el propósito que puedan desempeñarse con solvencia profesional e institucional dentro de las perspectivas administrativas, jurídicas y éticas al

igual que la adquisición de un conjunto de habilidades expresivas, comunicativas, idiomáticas, lógicas, narrativas, demostrativas, argumentativas y refutativas de los funcionarios encargados de adelantar las audiencias.

De otra parte las contralorías deben prestar la colaboración en la capacitación del proceso verbal de los estudiantes pertenecientes a las Universidades que se encargan de enviar a los estudiantes de Derecho que actúan como apoderados de oficio dentro de los procesos de responsabilidad fiscal, con el propósito no sólo de garantizar el debido proceso y el derecho de defensa de quienes se ausentan de los procesos sino también con el fin de que se tenga un conocimiento más amplio y técnico del proceso de responsabilidad fiscal.

EL NUEVO ROL DEL AUDITOR EN LOS PROCESOS VERBALES DE RESPONSABILIDAD FISCAL

Un elemento importante del cual depende no solamente la implementación adecuada del proceso verbal en materia de responsabilidad fiscal sino sus resultados con miras a lograr el resarcimiento del patrimonio público tiene que ver con la labor de los auditores pues su trabajo va ser determinante en esta nueva etapa por las siguientes razones:

- **Los hallazgos deberán ser lo suficientemente contundentes jurídica y probatoriamente pues fruto del traslado del hallazgo dentro del nuevo proceso verbal se permitirá obviar la indagación preliminar y la apertura**

del proceso de responsabilidad fiscal y deberán contener:

- Objetivamente la existencia del daño al patrimonio del Estado, es decir la cuantificación, determinación y verificación del mismo.
- Pruebas que comprometan la responsabilidad de los gestores fiscales.
- Establecer si existe garante o pólizas de seguros que amparen la gestión del gestor fiscal.
- Las normas presuntamente violadas por el gestor fiscal.

- Cuál es la razón o concepto del daño: menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, deterioro de los recursos públicos⁹².
- ¿La Gestión Fiscal fue: Antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa o inoportuna y cuál es la razón para que se denomine de esa forma?
- **La investigación preliminar de bienes del presunto responsable.**
- **Por otra parte debe resaltarse que el auditor⁹³ jugará un papel preponderante y dinámico en desarrollo de las audiencias del proceso verbal de responsabilidad fiscal, especialmente en la Audiencia de Decisión pues el artículo 101 de la Ley 1474 de 2011 señala:**

“...La audiencia de decisión se tramitará conforme a las siguientes reglas:

*a) El funcionario competente para presidir la audiencia de decisión, la declarará **abierta con la presencia del funcionario investigador fiscal, los profesionales técnicos** de apoyo designados, el presunto responsable fiscal o su apoderado, si lo tuviere, o el defensor de oficio y el garante o a quien se haya designado para su representación...”*

Lo que en nuestro criterio constituye un avance en la nueva cultura del proceso auditor y de quienes ejercen dicha labor, pues su ejer-

cicio en el futuro no solo estará enfocado en desarrollar las labores propias de recolección de elementos probatorios en la etapa de auditoría sino que tendrá un papel protagónico dentro de la etapa de juzgamiento e inclusive en la de descargos, pues podrá ser llamado por el funcionario competente para adelantar el proceso de responsabilidad fiscal o por los apoderados de las partes y ante la audiencia deberá sustentar los elementos fácticos y probatorios que determinaron el inicio del proceso fiscal.

De esta manera la corresponsabilidad, coordinación y la armonía que deben tener los entes de control fiscal en sus procesos auditor y de responsabilidad fiscal será una prueba de fuego con miras a determinar y evaluar los resultados de los entes de control fiscal en el resarcimiento del patrimonio público.

- **Un aspecto que sería importante estudiar al interior de los entes de control fiscal territorial, con el fin de fortalecer la contundencia de los hallazgos tiene que ver con la posibilidad de conformar un grupo especial que se encargue de estudiar en tiempo record los hallazgos previo a su traslado a las Direcciones de Responsabilidad Fiscal, ello con el propósito de guardar coherencia en temas de línea gruesa y con el fin que sean estos funcionarios los que sustenten y**

⁹² Artículo 6 de la Ley 610 de 2000.

⁹³ Denominado en la Ley “Investigador Fiscal”.

soporten jurídicamente los hallazgos en las audiencias que se desarrollarán dentro del proceso verbal en caso que sean requeridos por el funcionario competente o por los apoderados de las partes.

Resulta necesario y pertinente que la creación de estos grupos internos de trabajo se concreten mediante Resolución o acto administrativo, en los cuales se establezcan sus funciones y obligaciones, tiempo de estudio de los hallazgos a trasladar, perfil profesional de los funcionarios que los conformarán, que en nuestro criterio, debería estar compuesto por abogados con especializaciones en diferentes áreas, contadores públicos, Administradores de Empresas y dejar la posibilidad que un profesional técnico de otras áreas (informática, ingenierías, arquitectura entre otras), pueda eventualmente conformar este grupo.

- **Un elemento nuevo establecido dentro del artículo 103 de la Ley 1474 de 2011, es la posibilidad que los auditores identifiquen los bienes de los presuntos responsables fiscales, con el propósito que el funcionario competente de Responsabilidad Fiscal simultáneamente con el Auto de Apertura e Imputación profiera auto mediante el cual se decreten las medidas cautelares, lo cual quiere decir que los auditores en ejercicio de su labor deberán solicitar la declaración juramentada de bienes y rentas que reposan en las hojas de vida de los funcionarios públicos que se constituyan en gestores fiscales causantes del presunto daño al patrimonio del Estado.**
- **Otro aspecto importante es la capacitación del personal en temas de índole probatorio y la sustentación de dichos elementos en audiencia, pues hay que tener en cuenta que por ser un proceso de carácter público; si estas pruebas no se exponen y se sustentan adecuadamente en desarrollo de las audiencias podrá quedar en la retina de la opinión pública la deficiencia de la Entidad en el adelantamiento de los procesos de responsabilidad fiscal en materia verbal.**
- **Con el tiempo la regla general deberá tender a que todos los procesos de responsabilidad fiscal se tramiten por la vía verbal, para ello en nuestro criterio se debe otorgar más tiempo a los auditores para que ejerzan su labor con mayor rigidez jurídica y probatoria y como elemento gerencial debería privilegiarse la calidad sobre la cantidad, pues es entendible que en algunas contralorías no se cuente con los suficientes recursos humanos y económicos para incluir la totalidad de recursos vigilados.**
- **Lo ideal dentro del proceso verbal de responsabilidad fiscal sería que se deslinde la función de investigador y de juez y que el auditor se convierta en un verdadero fiscal que proteja los recursos del Estado acusando ante el funcionario de Responsabilidad Fiscal con pruebas contundentes y determinantes al gestor fiscal causante del daño al patrimonio del Estado, sin embargo el Estatuto Anticorrupción se quedó corto en delimitar la función del funcionario de responsabilidad fiscal, pues tal y como quedó redactado aún esté funcionario conserva la doble función.**

NUEVOS TEMAS A AUDITAR AL AMPARO DEL ESTATUTO ANTICORRUPCIÓN

En primer término resulta oportuno señalar y resaltar algunos temas que son necesarios tener en cuenta por parte de las contralorías del país tanto en los cambios a las guías de auditoría, como en el nuevo papel del auditor en el proceso verbal de responsabilidad fiscal y en la misma contundencia de los hallazgos trasladados para imputar directamente responsabilidad fiscal.

Dentro de los nuevos parámetros señalados en el articulado de la Ley 1474 de 2011 o Estatuto Anticorrupción se dejaron plasmados cambios sustanciales en materia de Control Interno, Procesos Disciplinarios, Procesos Penales, Procesos de Responsabilidad Fiscal, Contratación Estatal, cambios que definitivamente deben reorientar las guías de auditoría de las Entidades de Control Fiscal, en algunos temas, la visión y concepto jurídico de los auditores en el traslado de los diferentes hallazgos y los lineamientos de las auditoría que se practiquen con ocasión de la expedición de dicha normativa, los cuales se resumirán a continuación:

La Inclusión de Nuevas Inhabilidades e Incompatibilidades⁹⁴

En materia de exigencias legales a quienes hayan sido servidores públicos la denominada Ley Anti-

corrupción en sus artículos 1 al 4 plantea nuevas prohibiciones e inhabilidades sancionables desde el punto de vista disciplinario, que castigan al servidor público que después de su dejación del cargo preste, asesore a título personal o por interpuesta persona servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, creando una nueva prohibición sancionable desde el punto de vista disciplinario.

De igual manera se castiga la denominada “*puerta giratoria*”, la cual se introdujo en el artículo 8 de la ley 80 de 1993, adicionando un nuevo literal que prohíbe expresamente, que los ex empleados públicos contraten con el Estado durante los dos años siguientes al retiro del ejercicio del cargo, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios y hace extensiva la incompatibilidad a las personas que se encuentren dentro del primer grado de consanguinidad, primero de afinidad o primero civil del ex servidor público.

Así mismo se introducen inhabilidades para contratar a quienes financien campañas políticas a las diferentes elecciones locales con aportes superiores al 2.5% de las sumas invertidas por los candidatos, prohibiéndoles la posibilidad de

⁹⁴ Artículos 1 al 4 Ley 1474 de 2011.

celebrar contratos con las respectivas Entidades territoriales. Sin embargo hay que tener en cuenta que dicha inhabilidad no se aplicará respecto de los contratos de prestación de servicios profesionales.

Por lo anterior los auditores de las contralorías territoriales con ocasión de la elección y posesión de los nuevos mandatarios territoriales deberán estar prestos a la identificación de tales prohibiciones e inhabilidades con el fin que se trasladen eventualmente los hallazgos disciplinarios a la Procuraduría General de la Nación, Personerías Municipales o Dependencias encargadas de adelantar los procesos contra servidores públicos que vulneren el Código Disciplinario.

Medidas Administrativas para la lucha contra la Corrupción – Control Interno - publicidad⁹⁵

Se levanta el secreto profesional para los contadores públicos que ejerzan funciones de revisores fiscales cuando se trate de denunciar actos de corrupción.

Se realizaron cambios sustanciales a los artículos 11 y 14 de la Ley 87 de 1993, en materia de control interno, específicamente en la designación de los Jefes de estas Oficinas, sin embargo lo relevante para efectos de la vigilancia de los órganos de control fiscal se resaltan nuevas obligaciones

de dicha área específicamente lo que tiene que ver con la obligación de publicar cada (4) cuatro meses en la página web de la Entidad, un informe pormenorizado del estado del control interno, so pena de incurrir en falta disciplinaria grave. Así mismo se le da a los informes de control interno el carácter de valor probatorio en los procesos disciplinarios, administrativos, judiciales y fiscales.

En materia de la ejecución del presupuesto de publicidad se prohíbe expresamente el uso de publicidad oficial, o de cualquier otro mecanismo de divulgación de programas y políticas oficiales, para la promoción de servidores públicos, partidos políticos o candidatos, o que hagan uso de su voz, imagen, nombre, símbolo, logo o cualquier otro elemento identificable que pudiese inducir a confusión.

Así mismo se introduce un aspecto que venía manejándose a través de los decretos de austeridad en el gasto relativos a la prohibición de contratar o patrocinar la impresión de ediciones de lujo o con policromías. Finalmente se reduce en un 30% la inversión en los presupuestos de publicidad⁹⁶.

En materia de control y vigilancia por parte de la Superintendencia de Salud, se introducen nuevas obligaciones a las instituciones de salud sometidas a su inspección, sobre este punto los nuevos Planes Generales de Auditoría de los entes de control fiscal territorial deberán estar claramente dirigidos a la vigilancia y control de estos recursos.

⁹⁵ Artículos 5 al 10 Ley 1474 de 2011.

⁹⁶ Parágrafo del artículo 10 de la Ley 1474 de 2011.

Se crea un sistema preventivo de prácticas riesgosas financieras y de atención en salud dentro del sistema de Seguridad Social, con el propósito de identificar oportunamente la práctica de estas conductas y poderles realizar el registro y el seguimiento correspondiente. La omisión en el reporte de la información podrá acarrearle a las empresas prestadoras de salud las sanciones contempladas en el artículo 131 de la Ley 1438 de 2011.

De los anteriores artículos podrían eventualmente derivarse no solamente hallazgos disciplinarios sino también hallazgos de carácter fiscal por violación de los topes establecidos en materia de publicidad y las restricciones a la inversión o patrocinio de la impresión de ediciones de lujo y suntuosas.

Reformas al Código Penal Colombiano⁹⁷

Se plantea la eliminación de los subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad de los delitos contra la administración pública. Así mismo se amplían los términos

de prescripción penal contra los delitos cometidos por servidores públicos o contra particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria y de quienes obren como agentes retenedores o recaudadores.

Se crean tipos penales relativos a la corrupción privada, administración desleal, utilización indebida de información privilegiada, especulación de medicamentos y dispositivos médicos, omisión de control en el sector salud, peculado por aplicación oficial diferente frente a recursos de la seguridad social, peculado culposo frente a los recursos de la seguridad social, fraude a subvenciones (subsídios), acuerdos restrictivos de la competencia (proceso de licitación), tráfico de influencias de particular, enriquecimiento ilícito, soborno transnacional⁹⁸.

Así mismo se establecen medidas contra las personas jurídicas contempladas en el Artículo 91 de la Ley 906 de 2004⁹⁹, las cuales se aplicarán a las personas jurídicas que se hayan buscado beneficiar de la comisión de delitos contra la administración pública, o cualquier conducta punible relacionada con el patrimonio público, realizadas

97 Artículos 13 al 40 Ley 1474 de 2011.

98 Artículos 13 al 40 Ibídem.

99 *Suspensión y cancelación de la personería jurídica*. En cualquier momento y antes de presentarse la acusación, a petición de la Fiscalía, el juez de control de garantías ordenará a la autoridad competente que, previo el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para ello, proceda a la suspensión de la personería jurídica o al cierre temporal de los locales o establecimientos abiertos al público, de personas jurídicas o naturales, cuando existan motivos fundados que permitan inferir que se han dedicado total o parcialmente al desarrollo de actividades delictivas. Las anteriores medidas se dispondrán con carácter definitivo en la sentencia condenatoria cuando exista convencimiento más allá de toda duda razonable sobre las circunstancias que las originaron.

por su representante legal o sus administradores directa o indirectamente.

En los delitos contra la administración pública o que afecten el patrimonio público, las Entidades estatales posiblemente perjudicadas podrán pedir la vinculación como tercero civilmente responsable de las personas jurídicas que hayan participado en la comisión de aquellas.

Las anteriores normas de carácter penal resultan de suma importancia para el proceso auditor desarrollado por las Entidades de Control Fiscal, toda vez que cuando durante su ejercicio detecten eventuales hallazgos de índole penal puedan identificar los posibles tipos penales que infrinjan los servidores públicos o particulares que administren recursos públicos y proceder a realizar los hallazgos penales respectivos.

Medidas disciplinarias para la lucha contra la corrupción¹⁰⁰

Se establece un control preferente por parte de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, en relación con los procesos cuya competencia en principio corresponda a sus Seccionales.

Uno de los puntos relevantes e importantes para el traslado de hallazgos disciplinarios es el atinen-

te a la inclusión dentro del régimen disciplinario de los particulares que cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales, también a los particulares que administren recursos públicos. De igual manera se establece la responsabilidad disciplinaria de las personas jurídicas a través de sus Representantes Legales o de los miembros de las Juntas Directivas¹⁰¹.

El inciso tercero del artículo 44 de la Ley 1474 de 2011, preceptúa claramente que los particulares que administren recursos públicos que recauden, custodien, liquidan o disponen el uso de rentas parafiscales, de rentas que hacen parte del presupuesto de las entidades públicas o que estas últimas han destinado para su utilización con fines específicos, serán sujetos del Código Único Disciplinario.

Se amplía la responsabilidad del interventor por faltas gravísimas para tal efecto se modifica el numeral 11 del artículo 55 de la Ley 734 de 2002, es por ello que los auditores de los entes de control fiscal deben reforzar sus labor de inspección y vigilancia sobre los contratos en los cuales los interventores o supervisores no hayan realizado eficientemente su labor, pues la responsabilidad de éstos últimos en materia de responsabilidad fiscal y disciplinaria se encuentra claramente decantada por la jurisprudencia y la doctrina.

Los fallos sancionatorios y autos de archivo podrán ser revocados de oficio o a petición del

100 Artículos 41 al 61 Ley 1474 de 2011.

101 Artículo 44 de la Ley 1474 de 2011.

sancionado, por el Procurador General de la Nación o por quién los profirió y el plazo para la revocatoria será de tres meses calendario y procederá cuando infrinjan manifiestamente las normas constitucionales, legales o reglamentarias en que deban fundarse y de igual manera cuando con ellos se vulneren o amenacen manifiestamente los derechos fundamentales¹⁰².

Se modifican los términos del proceso ordinario disciplinario ampliando la etapa de investigación a doce (12) meses y del verbal, reduciéndolos significativamente.

Se modifica el artículo 30 de la Ley 734 de 2002, en el sentido de establecer que la acción disciplinaria caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia de la falta, no se ha proferido auto de apertura de investigación disciplinaria. Así mismo la acción disciplinaria prescribirá en cinco (5) años contados a partir del auto de apertura de la acción disciplinaria. Dicho artículo fue tomado de la redacción de la Ley 610 de 2000.

Creación de comisiones especiales para la lucha contra la corrupción¹⁰³

Se crea la Comisión Nacional para la moralización de la cual hacen parte el Contralor General de la República y el Auditor General de la República y será presidida directamente por el

Presidente de la República, dentro de sus funciones se encuentra la de velar por el cumplimiento de la Ley 1474 de 2011, Ley 190 de 1995, coordinar el intercambio de información en materia de lucha contra la corrupción, establecer los indicadores de eficacia, eficiencia y transparencia obligatorios para la Administración Pública entre otras funciones.

A nivel territorial se crean las Comisiones Regionales de Moralización, las cuales se instalarán en cada Departamento y estarán encargadas de aplicar y poner en marcha los lineamientos de la Comisión Nacional de Moralización y de coordinar en el nivel territorial las acciones de los órganos de prevención, investigación y sanción de la corrupción. En esta comisión tendrán asiento las contralorías departamentales, municipales y distritales.

De igual manera se conforma la Comisión Nacional Ciudadana para la lucha contra la corrupción, la cual estará compuesta por representantes de los Gremios Económicos, Organizaciones No Gubernamentales, Universidades, Medios de Comunicación, Veedurías Ciudadanas, Consejo de Planeación, Organizaciones Sindicales entre otros.

Se establecen nuevas funciones al denominado Programa Presidencial de Modernización, Eficiencia, Transparencia y Lucha contra la Corrupción¹⁰⁴.

102 Artículo 47 al 49 *Ibidem*.

103 Artículo 62 al 72 Ley 1474 de 2011.

104 Artículo 72 Ley 1474 de 2011.

Estas nuevas comisiones, definitivamente contribuirán a fijar parámetros a los entes de control fiscal, con el propósito de aunar esfuerzos en la lucha contra la corrupción, por ello la necesidad que las contralorías territoriales estén preparadas para adelantar los procesos verbales de responsabilidad fiscal.

Políticas Institucionales y Pedagógicas¹⁰⁵

Se establece la obligación a las Entidades del orden Nacional, departamental y municipal de elaborar anualmente una estrategia de lucha contra la corrupción y atención al ciudadano, dicha estrategia deberá contener el mapa de riesgos de corrupción, las medidas concretas para mitigar riesgos, las estrategias anti trámites y los mecanismos para mejorar la atención al ciudadano. Para lo cual la Auditoría General de la República y las contralorías territoriales deberán estar vigilantes de que tales estrategias sean consignadas y materializadas.

Igualmente se incorpora la obligación a todas las Entidades del Estado a más tardar el 31 de enero de cada año deberán publicar en su respectiva página web el Plan de Acción para el año siguiente, en el cual se deben especificar los objetivos, estrategias, proyectos, metas, responsables, planes generales de compras y la distribución presupuestal de sus proyectos de inversión junto a los indicadores de gestión. Así mismo se

deberá publicar su presupuesto debidamente desagregado, y las modificaciones a este o a su desagregación.

En cada Entidad Pública, deberá existir por lo menos una dependencia encargada de recibir, tramitar y resolver las quejas, sugerencias y reclamos que los ciudadanos formulen, y que se relacionen con el cumplimiento de la misión de la Entidad. Todas las Entidades Públicas deberán contar con un espacio en su página web principal para que los ciudadanos presenten quejas y denuncias de los actos de corrupción realizados por funcionarios de la Entidad.

Otro aspecto importante en el cual los organismos de control fiscal dentro del marco de su competencia deberán realizar el control a sus vigilados es el relacionado con las obligaciones de todas las entidades del Estado de publicar los proyectos de inversión, ordenando según la fecha de inscripción en el Banco de Programas y Proyectos de Inversión.

El artículo 79 de la Ley 1474 de 2011, guarda total coherencia con la política que viene implementando el actual Auditor General de la República y es el relativo a la pedagogía, en dicha norma se establece la necesidad que los establecimientos educativos de educación básica y media que incluyan en su proyecto educativo institucional estrategias para el desarrollo de competencias ciudadanas para la convivencia pacífica, la participación y la responsabilidad

105 Artículo 73 al 81 Ley 1474 de 2011.

democrática, la identidad y valoración de la diferencia. Específicamente desde el ámbito de participación se orientará hacia la construcción de una cultura de legalidad y del ciudadano de los bienes comunes.

Nuevos cambios en materia de Contratación Pública¹⁰⁶

En primer término se plasma una nueva responsabilidad civil, fiscal, penal y disciplinaria para los consultores y asesores externos tanto por el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de consultoría o asesoría, como por los hechos u omisiones que les fueren imputables y que causen daño o perjuicio a las Entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las actividades de consultoría o asesoría¹⁰⁷.

De igual manera los interventores responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente, tanto por el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de interventoría, como por los hechos u omisiones que les sean imputables y causen daño o perjuicio a las Entidades. El Gobierno reglamentará la materia dentro de los seis (6) meses siguientes a la expedición de esta Ley.

El rol ejercido por el supervisor y el interventor de contratos se torna de mayor responsabilidad toda vez que se establecen causales de sanción disciplinaria¹⁰⁸ así mismo se establece una nueva inhabilidad en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993, consistente en que el interventor que incumpla el deber de entregar información a la entidad contratante relacionada con el incumplimiento del contrato, con hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato.

Cuando el interventor sea un consorcio o unión temporal la solidaridad se aplicará en los términos previstos en el artículo 7° de la Ley 80 de 1993, respecto del régimen sancionatorio.

Se establece un nuevo artículo que permite que los contratos de interventoría puedan prorrogarse por el mismo plazo que se haya prorrogado el contrato objeto de vigilancia. En tal caso el valor podrá ajustarse en atención a las obligaciones del objeto de interventoría sin que resulte aplicable lo dispuesto en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993.¹⁰⁹

106 Artículo 82 al 96 Ley 1474 de 2011.

107 Artículo 82 de la Ley 1474 de 2011, modifica el artículo 53 de la Ley 80 de 1993.

108 Modifica el numeral 34 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002.

109 Artículo 85 de la Ley 1474 de 2011.

Se consagra un nuevo régimen de imposición de multas, sanciones y declaratoria de incumplimiento a las Entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, las cuales podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato y hacer efectiva la cláusula penal¹¹⁰.

Se establece modificación a lo relacionado con la maduración de proyectos contemplado en el numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, en el sentido de establecer que previo a la apertura de un proceso de selección, o a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea la contratación directa, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos y los pliegos de condiciones. Cuando el objeto de la contratación incluya la realización de una obra, previamente la Entidad contratante deberá contar con los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental¹¹¹.

Se modifica el numeral 2 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, contentiva de los factores de selección y procedimientos diferenciales para la adquisición de los bienes y servicios a contratar¹¹².

Se instituye una nueva inhabilidad por el incumplimiento reiterado del contratista, esta se extenderá a los miembros de sociedades de personas a las cuales se haya declarado esta inhabilidad, así como las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria.

En materia de anticipos en los contratos de obra, concesión, salud, o los que se realicen por licitación pública, el contratista deberá constituir una fiducia o un patrimonio autónomo irrevocable para el manejo de los recursos que reciba a título de anticipo, con el fin de garantizar que dichos recursos se apliquen exclusivamente a la ejecución del contrato correspondiente¹¹³.

De igual manera se realiza una modificación a los contratos denominados interadministrativos en el cual se exceptúan de dicha modalidad los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación, encargos fiduciarios y fiducia pública.

Se establece el procedimiento de mínima cuantía en materia de contratación estatal¹¹⁴.

Finalmente se adiciona al régimen de aplicación del Estatuto Contractual los eventos en que el régimen aplicable a la contratación de la entidad

110 Artículo 86 *Ibíd.*

111 Artículo 87 *Ibíd.*

112 Artículo 88 *Ibíd.*

113 Artículo 91 de la Ley 1474 de 2011.

114 Artículo 94 *Ibíd.*

ejecutora no sea el de la Ley 80 de 1993, la ejecución de dichos contratos estará en todo caso sometida a esta Ley, salvo que la Entidad ejecutora desarrolle su actividad en competencia con el sector privado o cuando la ejecución del contrato interadministrativo tenga relación directa con el desarrollo de su actividad.

Toda la anterior normativa contractual resulta importante y necesaria implementarla en sus nuevas metodologías por parte de los órganos de control fiscal y aplicarla en sus ejercicios de auditoría.

Modificaciones a la sustanciación de los procesos de responsabilidad fiscal enfocados al proceso auditor

En desarrollo del proceso auditor a los procesos de responsabilidad fiscal adelantados por las contralorías del país y especialmente la Contraloría General de la República, se debe tener en cuenta los siguientes aspectos:

- Para la Contraloría General de la República el nuevo procedimiento verbal comenzó a regir el pasado 12 de julio de 2011, razón por la cual la Auditoría General de la República estará vigilante en el avance en la implementación y puesta en marcha de este procedimiento.

- Para el caso de las contralorías territoriales comenzará a regir hasta el 1 de enero de 2012, razón por la cual la Auditoría General de la República a través de sus Gerencias Seccionales debe propender por hacer un seguimiento y acompañamiento a las contralorías territoriales con el propósito que desde ahora adelanten la capacitación a sus funcionarios en temas de oralidad y en los nuevos elementos normativos y probatorios que contiene el denominado Estatuto Anticorrupción.
- En desarrollo de las auditorías practicadas a las contralorías se debe hacer énfasis en la necesidad que los auditores realicen la investigación de bienes a los posibles responsables fiscales, pues tal facultad deviene de la aplicación del artículo 103 de la Ley 1474 de 2011¹¹⁵.
- De igual manera se debe hacer especial énfasis y seguimiento a las reformas contempladas en la sustanciación de los procesos de responsabilidad fiscal adelantados por los órganos de control fiscal, específicamente a las formalidades para notificar¹¹⁶, preclusividad de los plazos en el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal ordinarios y verbales¹¹⁷, perentoriedad para decretar pruebas,

115 Si los bienes fueron identificados en el proceso auditor en forma simultánea con el auto de apertura e imputación, se proferirá auto mediante el cual se decretarán las medidas cautelares sobre los bienes de las personas presuntamente responsables del detrimento al patrimonio del Estado.

116 Artículo 106 Ley 1474 de 2011.

117 Artículo 107 de la Ley 1474 de 2011.

- oportunidad¹¹⁸ y requisitos de la solicitud de nulidad¹¹⁹, instancias de los procesos¹²⁰, procedencia de la cesación de la acción fiscal¹²¹, citaciones y notificaciones¹²², causales de impedimento y recusación¹²³.
- Dentro del artículo 108 de la Ley 1474 de 2011, se establece una nueva causal para iniciar proceso administrativo sancionatorio por parte de la Auditoría General de la República, cuando vencido el término para la presentación de los descargos y después de la notificación del auto de imputación de responsabilidad fiscal, para el funcionario público que NO decrete las pruebas a que haya lugar dentro de un término perentorio de un (1) mes.
 - Las decisiones dentro del proceso de responsabilidad fiscal se podrán notificar a través de un número de fax o a la dirección de correo electrónico del investigado o de su defensor, si previamente y por escrito, hubieren aceptado ser notificados de esta manera. La notificación se entenderá surtida en la fecha que aparezca en el reporte del fax o en el correo electrónico sea enviado. La constancia deberá ser anexada al expediente.
 - Para el análisis de la determinación de la culpabilidad dentro de los procesos de responsabilidad fiscal es oportuno señalar que el legislador invirtió la carga de la prueba en ciertos casos en los cuales se presume la conducta a título de dolo o de culpa grave del gestor fiscal que cause daño al patrimonio del Estado¹²⁴.
 - Se establece la solidaridad en los procesos de responsabilidad fiscal, acciones populares y acciones de repetición en los cuales se demuestre la existencia de daño al patrimonio para el Estado proveniente de sobrecostos en la contratación u otros hechos irregulares, responderán solidariamente el ordenador del Gasto del respectivo organismo o Entidad contratante con el contratista y con las demás personas que concurran al hecho hasta la recuperación del detrimento patrimonial.
 - Finalmente se establece un artículo específico en el tema de la prescripción de las pólizas de seguros que se vinculen al proceso de responsabilidad fiscal en calidad de tercero civilmente

118 Artículo 108 *Ibidem*.

119 Artículo 109 *Ibidem*.

120 Artículo 110 *Ibidem*.

121 Artículo 111 *Ibidem*.

122 Artículo 112 *Ibidem*.

123 Artículo 113 *Ibidem*.

124 Artículo 118 *Ibidem*.

responsable dentro de los plazos previstos en el artículo 9 de la Ley 610 de 2000¹²⁵.

Nuevas facultades de investigación para los funcionarios de los Organismos de Control Fiscal

Además de las facultades con que se contaba en la Ley 42 de 1993 y la Ley 610 de 2000, la Ley 1474 de 2011 establece las siguientes facultades para los funcionarios de los órganos de control fiscal:

- Adelantar investigaciones que estimen convenientes para establecer la ocurrencia de hechos generadores de daño patrimonial al Estado.
- Citar o requerir a los servidores públicos. Contratistas, interventores y en general a las personas que hayan participado, determinando, coadyuvado, colaborado o hayan conocido los hechos objeto de investigación.
- Exigir a los contratistas, interventores y en general a las personas que hayan participado dentro de los hechos objeto de investigación, la presentación de documentos que registren sus operaciones cuando unos y otros estén obligados a llevar libros debidamente registrados.
- Ordenar a los contratistas, interventores y proveedores la exhibición de los libros comprobantes y documentos de contabilidad.
- En general, efectuar todas las diligencias necesarias que conduzcan a la determinación de conductas que generen daño al patrimonio público.
- También se faculta a los funcionarios de las contralorías para ordenar que los comerciantes exhiban los libros, comprobantes y documentos de contabilidad o atiendan los requerimientos de información, con miras a realizar estudios de mercado que sirvan como prueba para la determinación de sobrecostos en la venta de bienes y servicios a las Entidades Públicas o Privadas que administren recursos públicos.
- El incumplimiento de los requerimientos será causal para iniciar proceso administrativo sancionatorio en los términos del artículo 101 de

125 **Artículo 9°.** Caducidad y prescripción. La acción fiscal caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal. Este término empezará a contarse para los hechos o actos instantáneos desde el día de su realización, y para los complejos, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado desde el del último hecho o acto. La responsabilidad fiscal prescribirá en cinco (5) años, contados a partir del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, si dentro de dicho término no se ha dictado providencia en firme que la declare. El vencimiento de los términos establecidos en el presente artículo no impedirá que cuando se trate de hechos punibles, se pueda obtener la reparación de la totalidad del detrimento y demás perjuicios que haya sufrido la administración, a través de la acción civil en el proceso penal, que podrá ser ejercida por la contraloría correspondiente o por la respectiva entidad pública.

la Ley 42 de 1993 y de las Resoluciones internas de la Auditoría General de la República.

- Se establece la facultad a los organismos de control fiscal de crear un Grupo de Reacción inmediata con las facultades de policía judicial previstas en la Ley 610 de 2000.
- De igual manera se establece la utilización de medios tecnológicos en el desarrollo del recaudo de pruebas y de las diligencias que se llevarán en las audiencias públicas, siempre y cuando el funcionario competente controle materialmente el desarrollo del proceso.
- Los funcionarios de los órganos de control fiscal podrán comisionar a sus funcionarios para que rindan informes técnicos que se relacionen con su profesión o especialización.
- De igual manera los órganos de control fiscal podrán requerir a Entidades Públicas o particulares para que en forma gratuita rindan informes técnicos o especializados que se relacionen con su naturaleza u objeto. El incumplimiento de este deber por parte de las Entidades Públicas o particulares de rendir informes dará lugar a la imposición de las sanciones señaladas en el artículo 101 de la Ley 42 de 1993. En lo que se refiere a los particulares, la sanción se tasará entre cinco (5) y veinticinco (25) salarios mínimos mensuales legales vigentes¹²⁶.

Fortalecimiento del ejercicio de la función de Control Fiscal.

Dentro de esta sección de la Ley 1474 de 2011, la Auditoría General de la República y los organismos de control fiscal territorial deben tomar un papel importante y determinante en la búsqueda de alianzas estratégicas con la academia y otras organizaciones de estudios de investigación social para la conformación de equipos especializados con el propósito de ejercer con fines preventivos el control fiscal social a la formulación y presupuestación de las políticas públicas.

Los auditores deben estar prestos al cumplimiento y aplicación del control excepcional que ejerce la Contraloría General de la República, pues se establece la obligación de presentar un informe previo y detallado en el cual se sustenten las razones que fundamentan la solicitud del control excepcional¹²⁷. Adicionalmente la solicitud debe ser aprobada por la mayoría absoluta de la Comisión Constitucional del Congreso de la República.

Los informes de auditoría definitivos producidos por las contralorías territoriales serán remitidos a los Concejos y Asambleas, es decir que se establece un control político por parte de las corporaciones públicas a los entes de control fiscal territorial.

126 Artículo 117 de la Ley 1474 de 2011. Nueva causal para adelantar Proceso Administrativo Sancionatorio.

127 Artículo 122 *Ibidem*.

Se establece un control de legalidad para los organismos de control fiscal con el propósito de advertir el quebrantamiento del principio de legalidad, para lo cual se promoverá en forma inmediata las acciones constitucionales y legales pertinentes, solicitando a las autoridades administrativas y judiciales competentes medidas cautelares necesarias para evitar la consumación del daño al patrimonio público, quienes le darán atención prioritaria a estas solicitudes¹²⁸.

En la práctica se entendería que los órganos de control fiscal deberán constituirse como terceros incidentales dentro de los procesos administrativos y judiciales, cuando adviertan la consumación o realización de posibles daños al patrimonio del Estado y lo que hace la norma es legitimar el accionar de los entes de control fiscal.

El artículo 126¹²⁹ de la pluricitada Ley establece que la totalidad de los órganos de control fiscal, a través del denominado “SINACOF” levantarán el inventario de los sistemas de información desarrolladas o contratados por las contralorías territoriales y propondrá una plataforma unificada que procure la integración de los sistemas existentes y que permita la incorporación de nuevos desarrollos previamente convenidos y concertados por todos los actores del control fiscal.

Es importante resaltar que en vista de los excelentes resultados arrojados por el SIREL en ejercicio de control fiscal en Colombia, la Auditoría Gene-

ral podría liderar esta integración fortaleciendo el programa tecnológico y dotándolo de otras herramientas que pueden ser aportadas por la Contraloría General de la República y las contralorías territoriales.

Otro aspecto relevante que la Auditoría General de la República desarrollará gradualmente es el atinente a la verificación de los beneficios del control fiscal, pues el legislador le estableció la función de constatar la medición efectuada por las contralorías de los beneficios generados por el ejercicio de su función, para lo cual debe tener en cuenta:

- Que se trate de acciones evidenciadas debidamente comprobadas.
- Que correspondan al seguimiento o que sean producto de observaciones, hallazgos pronunciamientos o advertencias efectuados por la Contraloría.
- Que sean cuantificables.
- Que exista una relación directa entre la acción de mejoramiento y el beneficio.

Así mismo dentro del artículo 128 de la Ley 1474 de 2011, denominado fortalecimiento institucional de la Contraloría General de la República en la cual se crean sendos cargos en los distintos niveles para conformar la Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción, la Unidad de Cooperación Nacional e Internacional de Prevención, Investigación e Incautación de Bienes, la Unidad de Apoyo Técnico al Congreso y la Uni-

128 Artículo 125 *Ibidem*.

129 Sistemas de Información del Control Fiscal.

dad de Seguridad y Aseguramiento Tecnológico e Informático, para ello la Auditoría General deberá estar vigilante con el propósito que el querer del legislador sea reflejado en la estructura orgánica de la Contraloría General de la República.

Finalmente las contralorías departamentales, distritales y municipales deberán elaborar el plan estratégico institucional para el período del respectivo Contralor, el cual deberá ser adoptado a

más tardar dentro de los tres (3) meses siguientes a su posesión.

Dicha planeación estratégica de las contralorías territoriales se armonizará con las actividades que demanda la implantación del modelo estándar de control interno y el sistema de gestión de calidad en la gestión pública. Para ello la Auditoría General de la República estará atenta a lo contemplado en el artículo 129 de la Ley 1474 de 2011.

BIBLIOGRAFÍA

- Ley 42 del 26 de Enero de 1993. “Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen”.
- Ley 610 del 15 de agosto de 2000. “*Por la cual se establece el trámite de los Procesos de Responsabilidad Fiscal de competencia de las contralorías*”.
- Ley 1474 del 12 de Julio de 2011, “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del Control de la Gestión Pública”.
- Jurisprudencia Corte Constitucional.
- Jurisprudencia del Consejo de Estado.
- Guía del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal de la AGR. Versión 1.0. 19/09/2011.
- Guía Unificada de Responsabilidad Fiscal. CGR.
- Revista Sínderesis No. 9 – Octubre de 2006 – Bogotá Colombia – ISSN 0124 – 471X.

ORALIDAD PROCESAL

TEORÍA GENERAL

Por Octavio Augusto Tejeiro Duque

Constituye la oralidad un tema de trascendencia excepcional para la vida jurídica del país, en virtud de diversas circunstancias que se entrelazan para darle preponderancia. Así, la experiencia que hasta ahora han acumulado las áreas penal, disciplinaria y civil permite, luego de reconocer las naturales diferencias, entrever serias aunque exigentes posibilidades de éxito del sistema en lo administrativo y en lo contencioso administrativo. Asimismo, la inclusión en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia de esa técnica a modo de principio general, impone que la discusión acerca de la conveniencia ha

Octavio Augusto Tejeiro Duque. Abogado Especializado en Derecho Procesal Civil, Juez de la República, Magistrado de los Tribunales de Medellín y Villavicencio y Magistrado Auxiliar de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. Profesor de la Especialización y la Maestría en derecho procesal de la Universidad Externado de Colombia y formador de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Autor de los textos “Elementos de Práctica Procesal” y “Juez Director del Proceso Civil”, publicados por la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Actualmente se encuentra en comisión por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo Superior de la Judicatura para la implementación en Colombia de la oralidad en los procesos civiles y de familia.

quedado superada y que, por tanto, entran en escena otras preocupaciones, referidas seguramente a la manera como ha de hacerse su aplicación, de donde fácil es advertir la necesidad que ha nacido de adquirir competencias en torno del señalado régimen que, más tarde o más temprano, terminará implantado.

Las anteriores razones motivan la inclusión de una sintética visión del tema, que permitirá, al final de su examen, advertir cómo es posible hacer prácticas aplicaciones de oralidad y cómo se impone la necesidad de cambiar la cultura escrita y formal que ha caracterizado a Colombia y a América Latina.

ENTRE LA ESCRITURA Y LA ORALIDAD

La primera gran discusión, secular por cierto, encarna la inquietud en torno de la escogencia entre la escritura y la oralidad. Y dígase de una vez que ni la una es definitivamente superior, ni la otra emerge completamente inútil, inconveniente o pernicioso. Ya en su momento lo expresó Chiovenda cuando acuñó la locución “*predominantemente oral*” o “*predominantemente escrito*”, con la que dejaba de lado la bipolaridad que se exhibía y ponía en evidencia que un sistema bien proporcionado debe involucrar los dos métodos, aunque privilegia a uno sobre el otro en cada etapa o fase procesal, con la idea de aprovechar en mayor medida unos beneficios y desechar las que se estiman mayores desventajas. Luego, bajo estas premisas es claro

que en el mundo de ahora la dicotomía no puede resolverse mediante la asunción de un esquema puro, o llevado a cualquiera de los dos extremos, sino, más bien, por el sendero de la complementación, en cuyo seno se han de aprovechar, además, los elementos que la técnica y la informática vierten hoy con tanta eficacia.

La dificultad, sin embargo, no se ha resuelto con afirmar que ni en puridad un sistema debe prevalecer ni el otro, porque se requiere encontrar el justo medio en que se conjuguen la oralidad, la escritura y las herramientas de la informática; éxito al que se puede arribar luego de establecer una mediana aproximación a las características esenciales de cada uno de los aspectos advertidos.

LA ORALIDAD Y SUS ELEMENTOS ESENCIALES

No es novedosa la oralidad, porque fue el primer sistema de juzgamiento con que contó la humanidad, desde luego que el ser humano tuvo oportunidad de aprender a leer y a escribir cuando ya durante muchos siglos había venido utilizando mensajes de viva voz y gestuales; se finca en

la necesaria comunicación oral de los actos del proceso, en la medida en que las partes, los terceros y el juzgador manifiestan de esa manera sus intenciones, esto es, supone de entrada una forma de manifestación de las voluntades. Mas no es ella, en sí misma y únicamente considerada,

la que ofrece beneficio, pues no se gana mucho exponiendo vocalmente lo que puede expresarse también por escrito. Son los “elementos” con que ha de venir acompañada o, lo que la doctrina denomina “consecuencias” en algunas ocasiones, o “principios”, en otras, los que en verdad señalan un cúmulo de diferencias y remarcan los beneficios que, en celeridad, legitimidad, transparencia, eficiencia y posibilidad de acierto, llegan con el sistema. Ellos son:

A.- Uno de esos elementos (consecuencias o principios, según atrás se señaló) es la **inmediación** (aspecto espacial) que supone la inexistencia de obstáculos o de barreras en la comunicación entre los sujetos del proceso, quienes, por ende, pueden directamente dirigirse unos a otros, sin intermediarios, sin papeles, frente a frente, cara a cara, en audiencia, con lo cual se gana en celeridad, efectividad y autenticidad de cada mensaje, dado que el contacto inmediato entre el Juez, las fuentes de las pruebas personales (testigos y peritos) y las partes, favorece grandemente, además que permite al funcionario captar de manera genuina las declaraciones y obtener impresiones esenciales para calificar la credibilidad de los deponentes.

Adquiere, en consecuencia, enorme valor la comunicación no verbal -casi del todo olvidada en los esquemas escritos o con predominio de la escritura-, pues puede ella prestar invaluable servicios al propósito de hallazgo de la verdad, gracias a la posibilidad de que lleguen al funcionario datos no suministrados conscientemente por las partes o por los ter-

ceros, en virtud de que las posturas corporales, los gestos y movimientos de las personas, las inflexiones y tonalidades vocales, la misma fisonomía de cada ser y hasta la distancia que asume con relación a los demás sujetos presentes, bien interpretados, pueden conducir por un sendero de descubrimientos, como quiera que inevitablemente delatan, además de una personalidad específica, unos estados de ánimo, unos criterios y pensamientos, unas emociones, unos sentimientos y pasiones que, de no avistarse directamente en audiencia, pasarían desapercibidos para el juzgador, en tanto el instructor, en sistemas de escritura, no puede generalmente consignarlos en las actas, ni los autores de los documentos en que constan sus manifestaciones los harían notar, como fácilmente se comprende. Y, aunque lo hicieran, hipótesis bien extraña, no sería fácil para el fallador conocer *a posteriori* y fuera de contexto el significado de cada gesto ni, mucho menos, emplearlo en bien de la investigación fáctica.

Desde luego que no debe sobrevalorarse el aporte de la mencionada comunicación no verbal, porque muchos inconvenientes atentan contra su utilización generalizada e ilimitada. En efecto, puede haber preparación de los sujetos procesales para causar una definida impresión ante el juez, como puede éste equivocarse en la interpretación correspondiente, entre otras razones, porque no está plausiblemente capacitado en torno de esos aspectos. En ese orden de ideas, el verdadero fruto aparece si el director de la audiencia, al recibir una

determina impresión, la usa para profundizar en la investigación, para adentrarse más en la búsqueda de la verdad que subyace oculta detrás de las palabras. Esto es, la comunicación no verbal no ha de servir para fundar en sus manifestaciones directamente la decisión central del proceso, pero prestará invaluable apoyo si se decretan y practican las pruebas destinadas a absolver las inquietudes que por ellas se han gestado.

En la confección de la sentencia deberá el juzgador realizar análisis racionales y evitar dejarse llevar por las meras intuiciones, las impresiones simples o los sentimientos, pasiones y emociones a que pueden conducir las actitudes, los gestos, las inflexiones y tonalidades vocales, etc. Para arribar a esa racionalidad, necesaria a la hora de juzgar, se impone atender al poderoso efecto de filtro en que se erige la motivación de la decisión, que no por oral pierde su enorme y democrática importancia, dado que allí el fallador deberá hacer el mayor esfuerzo para tomar distancia frente a la influencia subjetiva y, aunque aproveche las herramientas que ella ofrece, procederá a exhibir sustento objetivo; en ese ejercicio debe empeñarse con tesón y absoluta racionalidad.

Mas, el fin de alejamiento de lo meramente emocional mediante la exposición razonada de

los argumentos, no puede conducir tan lejos como parece querer el profesor Juan Igartua Salaverria¹, quien pretende que para evitar la nociva interferencia subjetiva a que está expuesto el juez en un marco de inmediación, se verbalice la información recaudada en la audiencia y la exposición de consideraciones que va en el fallo, con lo cual, si entendemos por verbalización, como lo ha asumido la doctrina, el proceso de reducción a escrito del material oralmente captado, se estaría volviendo sobre lo ya andado por la humanidad, al adoptarse nuevamente la metodología protocolar causante de tanta dilación, y desecharse el uso de los medios de grabación de audio y de video que pueden hoy ofrecer autenticidad y originalidad por lo menos mayores que las que promete la escritura.

B.- Otro elemento, quizá el de mayor importancia, es la **concentración** (inmediación temporal, unidad de acto), por efecto del cual en un solo momento histórico se han de desarrollar todos los actos del trámite, especialmente los de la instrucción, los de la alegación y el del fallo, de manera que las ayudas de memoria, como actas, resúmenes y grabaciones oficiales y legalmente impuestas, no mantienen, para efectos del juzgamiento, una importancia mayor, en tanto que es la percepción

1 Algunas incidencias de los principios de contradicción e inmediación en el razonamiento probatorio. Conferencia presentada en el marco de las VI Jornadas Internacionales de Derecho Procesal adelantadas en la Universidad de Medellín el 13 de agosto de 2008, cuyo texto escrito puede verse en la obra *Oralidad y Proceso del Sello Editorial Universidad de Medellín, 2008.*

directa e inmediata del juez la determinante de la sentencia, pues, cual indica Juan Montero Aroca² “...la concentración supone que los actos procesales deben desarrollarse en una sola audiencia, o en todo caso en unas pocas audiencias próximas temporalmente entre sí, con el objetivo evidente de que las manifestaciones realizadas de palabra por las partes ante el Juez y las pruebas, permanezcan fielmente en la memoria de éste a la hora de dictar sentencia. El ideal de todo procedimiento es la concentración en una sola audiencia de todos los alegatos de las partes, de la proposición y práctica de la prueba e incluso de la resolución del asunto, y que si este ideal es difícilmente conseguible, la tarea del legislador y del tribunal consiste en aproximar lo más posible el procedimiento al ideal ”, evitando a toda costa, dicho sea de paso, la suspensión y cualquier tipo de comportamiento dilatador, teniendo presente siempre que el insumo básico de la definición es lo aprehendido en audiencia, sin que pueda limitarse a lo que en las actas aparezca, todo lo cual explica porqué es indispensable, en un sistema de oralidad, la realización continuada y en una sola audiencia, en lo posible, de toda la actuación procesal.³

Es que en un sistema verdaderamente oral las actas pierden el valor que en la escritura tienen y la percepción directa y personal de juzgador pasa a constituir la base fundamental del fallo, razón por la cual, a fin de evitar el nocivo efecto ejercido sobre la memoria por el paso del tiempo, resulta de importancia grande la unidad de acto, esto es, la concentración del mayor número de actos procesales en el mismo momento o, lo que es lo mismo, la realización, en lo posible, de una sola audiencia en la que se lleven a efecto todas las actuaciones, por modo que cada una sirva de precedente nemotécnico de la siguiente y así hasta arribar a la sentencia, pieza en que el juzgador, como si se tratara de un apretado resumen de lo acontecido en la jornada, agregue su propia parte y así produzca su decisión final.

Naturalmente, entre mayor tiempo transcurra entre acto y acto, será más difícil hacer un completo y adecuado seguimiento, aún si se cuenta con ayudas tecnológicas que traigan memoria de lo sucedido, pues ellas mismas exigen un nuevo esfuerzo que no se requiere si la audiencia se adelanta en forma continua e inmediata, motivo que permite sugerir, en bien de las partes, del juez, de los terceros, de la

-
- 2 Montero Aroca Juan, Ortells Ramos Manuel, Gomez Colomer Juan Luis. Derecho Jurisdiccional. Tomo I, Parte General. J. M. Bosh Editor. Barcelona 1991. Pág. 540.
- 3 Constituye aspecto central, entonces, en la oralidad, la pérdida del valor esencial que tienen en la escritura las actas, por modo que no es indispensable sentarlas, llevarlas o exigir las, como quiera que lo ideal es fraguar la decisión con cimiento en lo percibido directa y personalmente por el funcionario en la audiencia.

sociedad y del Estado, que toda la actividad posible se produzca en una sola sesión, en la cual se adelanten todas las etapas procesales posteriores al tramamiento del litigio y se decida el asunto.

Nótese cómo, siguiendo la concentración, se gana en el ahorro de recursos de toda índole y se puede llegar a una definición final más acertada, como que, *verbi gratia*, si se decretan las pruebas inmediatamente se han fijado los hechos, las pretensiones y las excepciones, la discusión acerca de la pertinencia, la conducencia y la utilidad normalmente se evita, pues ninguna de las partes osaría insistir en demostrar hechos que acaban de estimarse acreditados o excluidos del debate, como si ocurriría, para dilatar o por abundar, si entre la indicada fijación y el decreto probatorio se interpone un lapso considerable, cualquiera que sea.

Así, el trámite debe concluir con la sentencia que emita el funcionario apenas se acaban las alegaciones finales, salvo que, dadas las complejidades probatorias o jurídicas del caso, se tome para el efecto un término mínimo aunque racional, período durante el cual estará la audiencia en receso. Puesto que el insumo fundamental del fallo es lo percibido directamente por el juzgador en la recolección probatoria, no es aconsejable permitir que transcurra mucho tiempo entre la recepción de la prueba y el pronunciamiento de la providencia, como quiera que la memoria humana va perdiendo

lenta pero seguramente su efectividad a medida que se aleja del instante de conocimiento de los fenómenos.

Este minúsculo plazo permite comprender cómo es determinante la completa preparación del funcionario antes de dar inicio a la audiencia, puesto que sus posibilidades de revisar en ella *in extenso* el tema de debate son bien reducidas, según se advierte, lo que impide adelantar investigaciones jurisprudenciales profundas o nuevas revisiones íntegras y de hondura a los medios de convicción recolectados que, pese a haber sido reducidos a grabación o video, ya no tienen la espontaneidad, la vivacidad y el realismo apreciables directamente en el momento en que hicieron su declaración los sujetos respectivos.

No sobra indicar que si, como se ha sostenido, esta característica -la concentración- parece ser la más influyente compañera de la oralidad, bien puede llamarse hoy al oral, proceso concentrado.

C.- El tercero, pero no menos estimable, es la **publicidad**, por la que todos esos actos se debaten en público, sin reserva (salvo las excepciones legales), ante las partes y ante los terceros que deseen presenciarlos, puesto que las actuaciones resultan más legítimas cuanto menos distantes se hallen de los justiciables y de la sociedad, al tiempo que encuentran mayor credibilidad y confiabilidad, pues como

dice Stefan Leible⁴, lo “...*que ocurre a la vista y oídos del público, goza de confianza más fácilmente.*”⁵

En efecto, si la confección de la sentencia en forma casi secreta, según sucede en un escenario típico de escritura, trae consigo la suspicacia en que puede caer cualquier ciudadano, inhabilitado, como lo impone el sistema, para conocer el proceso de formación de la decisión que le concierne, la forma clara, pública, transparente y visible en que ella se produce en un sistema de oralidad, determina que el asociado la asume con mayor confianza y credibilidad, en la medida en que puede ser testigo presencial de todo el decurso necesario para arribar a la definición de sus intereses en pleito. Esa especial circunstancia de acceder con facilidad e inmediatez a la recepción del conjunto probatorio, así como a las alegaciones de cada parte y luego a la producción de la providencia con que el funcionario pone fin a la discusión central del proceso, incide positiva y notoriamente en el ánimo del usuario quien, en virtud de esa posibilidad de percepción directa de todo lo sucedido en la audiencia, asume con mayor confiabilidad cada acto. Es pues, la oralidad un método que legitima

ante la sociedad, dado que se actúa a la vista de todos los interesados y, por ese sendero, se genera transparencia.

La mencionada publicidad reduce pues, ostensiblemente, las posibilidades de desconfianza que pudieran, eventualmente, anidar frente a la administración, sin que ello pueda significar que se acaban totalmente. Así, por ejemplo, el hecho de ser exclusivamente el Juzgador el que de manera directa y pública produzca el fallo, elimina la oportunidad de suponer que quien colabora en su preparación utiliza el conocimiento del asunto para obtener ilegítimos dividendos. Y, desde luego, esa circunstancia conduce a la seguridad que la sociedad siente y, por ese camino, a la legitimidad y transparencia de que se ha hecho mención.

Mas, no solo minimiza las posibilidades de ilícitas ventajas por parte de terceros u, ocasionalmente, hasta de algunos miembros de la administración, sino que también las suspicacias a que pudieran dar pie la escritura y el consecuente secreto con que se producen las decisiones, generándose así, se insiste, confianza de la sociedad en sus autoridades y, por ese camino, legitimidad. La publicidad,

4 Leible, Stefan. Proceso Civil Alemán, Segunda Edición, Biblioteca Jurídica Diké, Konrad Adenauer Stiftung, pág. 150).

5 Son famosas las palabras del conde de Mirabeau dirigidas a la Asamblea Nacional Francesa, en las que muestra la confiabilidad que al juicio público atribuía: “*Dadme el juez que vosotros queráis, parcial, corrompido, incluso mi enemigo si queréis; no me importa, siempre que él no pueda actuar más que ante la cara del público*”.

deviene, de esa manera, en soporte insustituible del esquema oral y en una de las más grandes ventajas que ofrece. Además, la credibilidad del ciudadano impide en buena medida la apelabilidad y, por tanto, crea celeridad en los trámites y genera paz social.

Empero, es preciso tener en cuenta que la publicidad a que se viene aludiendo es la denominada interna, o sea aquella a que tienen derecho, de manera fundamental, los sujetos procesales en cada caso concreto, y no necesariamente ni siempre la externa, que es la referida al conocimiento del proceso al que puede acceder la comunidad en general,-la sociedad-, aún a través de los medios de comunicación.

La diferencia debe ser resaltada porque, como quedó sugerido, uno es el derecho con que cuenta cada parte para conocer las actuaciones procesales y que, por tanto, le conciernen, especialmente en la medida en que allí se debaten sus intereses más preciados, como la libertad, el patrimonio, la honra, etc., al paso que el otro supone en la democracia el respeto a la transparencia de las actuaciones de las autoridades y, por allí, el ejercicio del control social, siempre necesario, frente a tales actividades, lo cual no significa que tal modo de publicidad pueda producirse en todo momento, de manera absoluta ni sin limitaciones, como quiera que existen los eventos reservados por razones de edad, de interés nacional o por cualesquiera otra circunstancia que justifique el obstáculo, excepcional, para el acceso a las audiencias.

Es de reiterar pues, que la publicidad externa es reconocida supranacionalmente como una garantía, pero su carácter, por no ser absoluto, permite restricciones de ejercicio en los casos en que resulten en conflicto con ella intereses superiores; así, es menester impedir el adelantamiento de los denominados juicios paralelos.

Ellos ocurren cuando los medios de comunicación ingresan a la sala de audiencias y retransmiten de manera simultánea lo que allí sucede. La permisión de tal comportamiento puede convertir el juicio en un espectáculo público e incitar al morbo y conllevar a la formación en la comunidad de criterios distintos de los legalmente correspondientes, al tiempo que puede conducir a la desviación, al manejo de la opinión y a la pérdida de la originalidad y espontaneidad de los testimonios, con obvia y notable incidencia en el resultado de la recolección probatoria y en las decisiones. En suma, la publicidad externa es también una exigencia de la democracia y de la debida transparencia, pero debe ser permitida con tacto a fin de evitar los enormes daños que puede causar a la justicia el juicio externo simultáneo.

En fin, esta consecuencia —la publicidad— viene cargada de innegables ventajas, aunque ellas no puedan medirse siempre en términos de eficiencia sino desde la perspectiva de la legitimidad y transparencia de la función.

En efecto, la discusión pública que supone el juicio acentúa su carácter democrático en

cuanto permite a los sujetos participar activamente en las decisiones que les interesan. Igualmente, hace posible y fácil el control social sobre la actividad de las ramas del poder; genera, por las mismas razones, la transparencia que el público requiere para depositar con tranquilidad su confianza y, aunado a todo lo dicho, crea previsibilidad de las decisiones, en tanto todos los sujetos que asisten a la audiencia ven y oyen los datos necesarios para arribar, casi siempre, a la misma conclusión a que llega al final el funcionario y, por ello, tienen la oportunidad de anticipar los resultados del proceso y de coincidir en sus apreciaciones,

usualmente, con las definiciones que hace luego el juzgador.

Dicho en breve, la manifestación oral, la inmediatez, la concentración y la publicidad, constituyen el fondo esencial de la oralidad, cuyo resultado natural es la audiencia pública, continua e ininterrumpida en que se produce la discusión probatoria, la alegación y la sentencia, en medio de la unidad de tiempo, de lugar y de acción, como caracterizan al *trial* anglosajón los autores Antoine Garapon y Ioannis Papadopoulos en su texto “Juzgar en Estados Unidos y en Francia”, editado por Legis en 2006 y traducido al español por Viviana Díaz Perilla⁶.

SUBCONSECUENCIAS DE ORALIDAD

Alrededor del núcleo expuesto, giran características consecuenciales como la *informalidad*, que nace fácilmente del encuentro personal de los intervinientes y que torna innecesario, entre otras cosas, autenticar las manifestaciones de sus voluntades, como quiera que estando ellos presentes sobra cualquier precaución en ese sentido. No se olvide que las formalidades fueron creadas para proteger los derechos de las partes en el proceso, fundamentalmente porque con ellas se intenta conocer con la mayor exactitud quién, dónde, cómo, porqué, cuándo y qué dijo alguien, aspectos que en la escritura exigen todo un conjunto formal, pero que en la oralidad quedan a la luz en la au-

diencia y no requieren, obviamente, formalidad alguna, dada la cercanía temporal y espacial de la participación de los sujetos.

Por virtud de esa consecuencia -la informalidad- es que no se requiere que las intervenciones de las partes vayan acompañadas de escritos autenticados, ni siquiera firmados, o que respondan a una solemnidad específica, así como tampoco las decisiones del funcionario exigen las formas a que se obliga en los procesos escriturales, de manera que un auto no lo es porque se le anuncie como tal, sino por su contenido resolutorio, aunque no lleve la palabra sacramental “auto”, ni exprese la

6 “Como en el teatro clásico, el *trial* responde a la regla de las tres unidades: de tiempo, de lugar y de acción, a la cual se añaden el principio de contradicción en todas las etapas y el de la inmediatez de la prueba”.

fecha y la ciudad, pues ocurriendo en la audiencia se supone que lleva las de ésta, así como la sentencia no es menos porque no se le anuncie con ese nombre o porque le falte la mención de fecha y de ciudad o porque no contemple una exhaustiva memoria de antecedentes o porque no haga en la parte considerativa una prolongada relación jurisprudencial o doctrinaria, o porque no se establezca un régimen de rótulos, títulos y capítulos, pues, según fluye de la esencia de la oralidad, basta que haya claridad en el sentido de lo fallado y en la razón de apoyo del juzgador, esto es, en su argumentación final.

No debe perderse de vista que la sentencia no se confecciona al terminar la sesión, sino que comienza con el inicio de la audiencia misma y se va elaborando lentamente hasta que al final, luego de las alegaciones, se exponen las conclusiones a que llega el fallador, razón por la cual como relación de antecedentes sirve todo el cúmulo de deliberaciones que se producen desde cuando se abre el debate; ello determina cómo ese aspecto final e informal no requiere volver sobre lo andado, ni reiterar lo expuesto en detalle en el cuerpo de la diligencia, ni reproducir lo que ya está dicho y oído por todos los sujetos.

También hacen su aparición la *flexibilidad* legal, entendida como la posibilidad del juez de manejar la audiencia sin encuadramientos ni fórmulas férreas, sin artículos, ni incisos que determinen en detalle cada paso, en la medida en que la actividad debe ser regulada más por el sentido común, el debido proceso, la razonabilidad y la proporcionalidad, sin que se pase por alto, eso sí, que algunas reglas mínimas son necesarias;

la *fuerte dirección judicial* del proceso, que exige del funcionario una actitud de liderazgo, ajena al autoritarismo pero distante de la pasividad, pues en él recae la responsabilidad primera ante el reto que supone lograr la justicia material y la eficacia procesal, para cuyo éxito cuenta con las herramientas de dirección material o social y de dirección técnica o formal, respectivamente, así como las de dirección temprana, permanente, probatoria, diferencial, posprocesal, etc.; la *confianza* en el juzgador, originada en la credibilidad que engendra el juicio público, según atrás se dejó dicho.

De igual manera aflora la *inapelabilidad*, que es fruto de la aludida confianza y que nace de lo reacia que se muestra la apelación, en términos generales, frente a la oralidad. Desde luego que aunque la alzada se erige en parte fundamental de cualquier sistema escrito, en la medida en que es fácil llevar al *ad-quem* el conocimiento procesal por medio de las actas, que en ese método son esenciales, en los sistemas orales su posibilidad se reduce significativamente, dada la inexistencia de los protocolos, de suerte que se impone en principio, para un buen suceso de la segunda instancia, la repetición de la audiencia o, cuando menos, el allegamiento de los documentos que sean soporte de la respectiva información, opciones ambas imprácticas y defectuosas porque eluden la originalidad y la espontaneidad que en el juicio de primer grado seguramente habrán brillado.

Es que, huelga reiterarlo, al tiempo que la apelación resulta perfectamente acoplable al sistema de la escritura y tuvo históricamente su mejor de-

sarrollo bajo ese método, dada la facilidad que brindan las actas para el efecto y la desconfianza de lo actuado por el juzgador de primer grado, aparece como inadecuada mecánicamente frente a la oralidad, en la medida en que, como se ha visto, ésta se apoya en la “unidad” de acto y en la percepción directa del juez, al paso que la apelabilidad estriba en la duplicidad de miradas judiciales y supone, por consecuencia, que se deje huella completa y exacta de lo actuado antes para que pueda ser revisado y decidido después en última ocasión por un juez distinto y superior, que no percibe directamente la audiencia sino que tiene como base de su análisis ese rastro dejado por el *a-quo*.

En ese orden de ideas, una oralidad ideal supondría un juicio de única instancia y, por tanto, inapelable, emitido por un tribunal y nunca por un juzgador unipersonal, dado que la anunciada percepción directa sería el insumo fundamental de la única sentencia, mientras que en la escritura, puesto que la base del fallo se ubica en el contenido limitado de las actas, la apelación es esencial y aplicable porque ellas sirven de igual manera para la primera como para la segunda instancia.

Las anteriores disquisiciones explican la razón de la enorme dificultad que surge cuando se intenta entregar apelación en sistemas orales, desde luego que como el soporte básico del fallo es lo visto por el fallador en la audiencia, la cual no puede usualmente repetirse ante el superior, debe éste decidir con asiento en registros escritos o electrónicos o electromagnéticos, que nunca podrán

ser enteramente fieles a lo sucedido en la vista de entrada y que representan grandes obstáculos en su reproducción, de donde parece claro cómo, en últimas, es el primer juez el que realmente tiene acceso a la información completa de la audiencia, circunstancia que siembra la duda acerca de la efectividad de esa segunda revisión.

Igualmente, vienen la *apreciación racional de la prueba*, contraria a la íntima convicción y a la tarifa legal, que emerge de observar con atención la conducta de las partes y de los terceros en el proceso, de escrutar en la comunicación verbal y en la no verbal, así como en sus discrepancias, la verdad que subyace en cada postura y deducir de ello consecuencias jurídicas; la indispensable *identidad* entre el funcionario que recibe la prueba y aquel que emite sentencia, puesto que es de esencia del método que quien percibe de modo directo y por sus propios sentidos el acontecer procesal, es el único llamado a proferir la sentencia, lo cual garantiza fidelidad, espontaneidad, originalidad y autenticidad, al punto que inexplicable sería, en un esquema de oralidad, permitir a un funcionario dirigir la audiencia pero entregar a otro que no lo ha hecho la responsabilidad de decidir. Es por esa razón que cuando entre el juzgador instructor y el juzgador fallador no existe identificación, vale decir, cuando los dos no son la misma persona, debería imponerse la nulidad para salvar el proceso y la justicia pues, como se entiende, si la percepción directa y personal del sentenciador debe ser la base de la decisión y éste no la tuvo porque no presenció el juicio, su providencia no puede ser acertada.

De la misma manera llega la *celeridad*, que fluye en medio de la comunión de los antecedentes elementos; desde luego que la comunicación oral, entre presentes, en audiencia pública, concentrada y acompañada de intermediación crea mayor velocidad de la actuación.

En fin, grandes son las ventajas que la oralidad está en posibilidad de aportar para un exitoso

proceso, en términos de eficiencia y de legitimidad, como que puede convertir en realidad viejas aspiraciones ya plasmadas como principios ora como reglas en diversas codificaciones, en tanto la concentración, la inmediación y la publicidad, de las que emanan la informalidad, la flexibilidad y demás características anotadas, hacen parte innegable de muchos cuerpos normativos, pese a que no han sido llevadas a la práctica como se debiera.

LA ESCRITURA

En contraste, la escritura que fue iniciada oficialmente en lo jurídico procesal con la decretal de 1216 del papa Inocencio III, estriba en la idea de desconfianza en el juez y de la necesidad de proteger a las partes “*contra falsam assertionem iniqui iudicis*”, esto es, contra la eventual falsedad o iniquidad judicial; impone el deber de llevar siempre acta de todo lo que acontezca en el juicio, razón por la cual se apoya en el axioma “*quod non est in actis non est in mundo*” (lo que no está en actas no está en el mundo), que traduce cómo únicamente lo documentado por escrito puede ser tenido en cuenta por el juzgador a la hora de emitir el fallo, sin que, en consecuencia, se le permita definir con asiento en sus personales percepciones o en el conocimiento adquirido en audiencia pero no constante en actas.

Es una forma de comunicación de los actos del proceso, distinta, cual fluye, de la oralidad, y consistente en la su manifestación documental, circunstancia que supone cómo cada vez que alguno de los sujetos deba o quiera hacer expresión de su voluntad habrá de lograrlo por medio

de un papel en el cual queda constancia de su intervención y el que, unido a otros, conforma el expediente. Este, pues, no es otra cosa que el conjunto de constancias o actas de las intervenciones de los sujetos participantes en el trámite. Genera la escritura las consecuencias propias de ese sistema, así no hayan sido deliberadamente queridas por el legislador. Ellas son la mediación, la dispersión y el secreto, aunque este no sea total ni exagerado.

Por virtud de la primera, el juez no entra en relación directa con las partes ni con las fuentes de prueba, porque ellas llegan a él mediante documentos previamente elaborados, de suerte que en un esquema de esta índole difícilmente el juzgador tiene conocimiento personal de quienes asisten a la causa y, cuando más, sabe de los abogados que son quienes suscriben normalmente los memoriales, al punto que de los contendientes tiene apenas la noción que le llega por los nombres. Ahora, si, eventualmente, merced al procedimiento protocolar o actuado, se realizan actividades en su presencia, esto es, en audiencias, de ellas

queda como rastro un acta escrita, base fundamental del posterior fallo, pues lo determinante a la hora de decidir será lo que aparezca en tales actas, con cimiento en el brocárdico *quod non est in actas non est in mundo*. Así, aparece claro que entre un acto y otro, y entre una etapa y otra del proceso, transcurre una larga cantidad de tiempo, exigente, usualmente, de una nueva revisión del “expediente” cada vez que se requiera volver sobre él.

La **desconcentración o dispersión** aflora porque el avance procesal se produce luego de días, meses o años de preparación de cada intervención, de lo que es resultado natural la lentitud, pese a que se le opone en los ordenamientos el principio de preclusión o eventualidad, en virtud del cual las partes tienen la oportunidad de realizar sus actuaciones dentro de un espacio temporal predefinido por el legislador, pero, como puede advertirse, ello no es suficiente, en la medida que siempre será menester esperar durante un lapso que parezca razonable y que nunca será contado en términos menores de días, pues las horas o los minutos resultarán acuciantes en la mayoría de los casos. Desde esta perspectiva, puede advertirse cómo el proceso resulta desconcentrado o, lo que es lo mismo, disperso, en la medida en que sus fases se producen de forma discontinua; la una sigue a la otra, pero no inmediatamente sino con un periodo entre ellas que las distancia y las obliga a florecer en medio de prolongadas interrupciones.

El **secreto**, ya se dijo que no es absoluto, germina porque las partes y los terceros desconocen el contenido de cada actuación realizada por

los demás hasta que se les permita revisar el expediente. La misma naturaleza escrita de la actuación determina esta característica, en cuanto la confección de memoriales por las partes, la de autos y sentencias por el juzgado, la de informes por los peritos, etc., se adelantan en el silencio y la soledad de oficinas, estudios, bibliotecas o habitaciones, sin la presencia de los destinatarios aunque, y ello debe ser reconocido con toda fuerza, no sea ese el querer expreso de la ley, pues ella busca la publicidad en cuanto garantía que significa.

Y ese secreto consecuencial comporta la posibilidad de suspicacias, nacidas, generalmente, al socaire de la angustia que corroe al usuario mientras espera en silencio y con temor la decisión de la que depende su libertad, su honra o sus bienes, así como abre la puerta también a las eventuales corruptelas de quienes quieran aprovechar esos momentos de incertidumbre.

Naturalmente, contrario a lo que se aparece de entrada, la escritura no es *per se* un medio de comunicación definitivamente negativo o dañoso. En verdad ha servido a la humanidad durante muchos siglos para el adelantamiento de los procesos judiciales y con base en ella es que se han realizado multitud de juicios, circunstancia que pone en evidencia la enorme utilidad que ha significado para el mundo en todo ese tiempo y que muestra también todas sus bondades, como quiera que ha permitido guardar larga memoria de los trámites, contar con la precisión y claridad para determinar el querer de los sujetos y percibir el pasado de la manera más fidedigna conocida entonces.

SUBCONSECUENCIAS DE LA ESCRITURA

De tales caracteres fluyen la mayor *formalidad*, necesaria para verificar autenticidad, legitimidad, oportunidad y demás requisitos del acto; la *inflexibilidad* del procedimiento, pues únicamente pueden realizarse las declaraciones de voluntad de acuerdo con la manera detallada por el legislador, en bien de la efectividad del método y para garantía de los otros sujetos, que casi nunca están presentes en todas las actuaciones, como es natural; la *débil dirección judicial formal* del proceso, puesto que ante el intercambio de escritos, que no de intervenciones orales, ella pierde mucho de su valor y se reduce a evitar injustificadas dilaciones, a regular la preclusión y a alguna que otra actividad; la *desconfianza* en el fallador, pues no resulta del todo fácil confiar en aquel que en el sigilo de su soledad, en silencio y casi clandestinamente, ejerce su labor de juzgamiento; la *apelabilidad*, que es su necesario efecto en tanto constituye un medio para exigir que otro revise lo que el *a-quo*, en semejantes circunstancias, ha elaborado.

La recurribilidad por el sendero de alzada es una consecuencia natural de la escritura, en tanto la desconfianza suscita su necesidad, al igual que la existencia de actas y expedientes la torna fácil; la valoración por *prueba tasada* o de *tarifa legal*, también suele surgir en la medida en que al impedirse la directa observación del juzgador, debe resignarse a “escuchar” los papeles conforme al valor asignado por la ley; la *lentitud*, emerge espontánea del sistema porque entre acto y acto,

documentados mediante escritura, el tiempo se prolonga casi indefinidamente; la *falta de identidad* entre el juez que recibe la probanza y el que la valora, viene con el sistema, puesto que si lo atendible es exclusivamente “*lo que conste en actas*”, en nada incide que las escrute quien presenció los actos que en ellas constan o quien estudia posteriormente el expediente sin haber asistido a la percepción, razón que explica por qué no se produce ninguna irregularidad ante el cambio de juzgador cuando el proceso aún no ha concluido.

La escritura, pues, en tanto viene acompañada de la mediación o existencia de obstáculos para la comunicación directa entre los sujetos procesales, la dispersión o distancia temporal entre un acto y otro, y el secreto que nace de manera natural como efecto de las anteriores, no se advierte recomendable para el adelantamiento de las fases aclaratoria, probatoria, alegatoria y decisoria del trámite, pero nada impide verla como es, adecuada para que por su medio se presenten la demanda o la imputación, y su contestación, pues la precisión y claridad que de ella emanan pueden ser muy útiles en esta etapa en que es fundamental fijar las posiciones de las partes y guardar memoria de ellas para el éxito del restante trámite. No se piense, se insiste, que la escritura es definitiva y totalmente desventajosa, puesto que es otro instrumento neutral, como la oralidad, para el logro de la comunicación procesal; sólo que presta su mejor servicio en unas etapas, al

paso que no sirve de igual forma en otras, razón por la cual es prudente su utilización en aquéllas

en que reluce más útil y su abandono cuando su ayuda es menor.

EL PROCESO CONCENTRADO

Un buen modelo procesal hoy por hoy, debe excluir la posibilidad de optar por uno solo de los esquemas, pues como se advierte, es la conjunción de las dos maneras de comunicación –oral y escrita- la que puede traer mejores prácticas.⁷ Y, al parecer es bastante funcional la división en dos etapas procesales, perfectamente identificadas y distintas, una de las cuales, la primera cronológicamente hablando, será escrita, al paso que la segunda deberá realizarse por el sendero de la oralidad. Así, es recomendable que la parte inicial, en que el demandante plantea su pretensión y el demandado fija su eventual oposición, transcurra por los cauces de la escritura, a fin de que la precisión y la claridad, consustanciales como le son según ya se dijo, sirvan para conocer en detalle las posturas de las partes, al tiempo que los términos entre uno y otro acto, largos por necesaria consecuencia, permitan la reflexión pausada a fin de la mejor estructuración del litigio.

La otra parte o fase, aquella en que se produce la oportunidad de la conciliación, el interrogatorio a las partes, el saneamiento procesal, la fijación del litigio, el decreto probatorio, su práctica, la alegación y la sentencia, debe florecer en medio de

una audiencia, cuyas vicisitudes no han de sentarse, en lo posible, en acta escrita, sino que se deberán recoger mediante un sistema de grabación de imagen o de voz o de ambos en soportes electrónicos.

La estructura, en términos generales, de una sentencia oral no difiere de la escrita, puesto que al fin de cuentas ambas pretenden lo mismo, definir la *litis*, luego ambas deben contener un resumen de la demanda y su contestación, de donde han de brotar el problema jurídico central y los problemas asociados, un conjunto argumental referido a la premisa normativa, otro a la fáctica y después la conclusión; mas, para decir ello no es menester volver detalladamente sobre los antecedentes, como quiera que en la audiencia han quedado puestos en evidencia ante todos, de manera que basta una brevísima alusión al conflicto en sí mismo, expresado de la forma más resumida posible y luego, sencilla, la manifestación del problema y su resolución.

No debe perderse de vista que la sentencia en un sistema concentrado cumple sus fines y resulta ventajosa únicamente en la medida en que

7 “El mejor procedimiento, en cuanto a la forma, será aquel que, libre de un doctrinarismo unilateral, una las ventajas de la oralidad con las de la escritura...”. Adolf Wach, Conferencias sobre la ordenanza procesal civil alemana, traducción de Ernesto Krotoschin, Ara Editores, Lima, Perú, 2006, p.20.

se produzca de manera inmediata a la práctica probatoria y las alegaciones conclusivas de las partes, porque así ella tiene como fuente la percepción directa del juzgador y no el contenido de las actas, al tiempo que elude el secreto y la suspicacia propios de la existencia de un interregno entre aquéllos y el fallo, así como resulta mucho más transparente ante los usuarios y por ende más legítima. Al respecto, pueden recordarse las palabras de Michelle Taruffo cuando dice que “...la oral puede ser una forma eficiente de presentación de la prueba cuando se satisfacen dos condiciones –además del contacto inmediato del juez de los hechos con las fuentes de prueba-, a saber: concentración y pronunciamiento de la decisión justo al finalizar la audiencia final”.⁸ Y, al explicar su aserción sostiene ese autor que el proceso oral “...es un modelo de juicio en el que la mayoría de las actividades procesales están concentradas y se desarrollan de manera oral, y termina con la toma de decisión final. El

modelo de esta audiencia es bastante simple: a) puede empezar con intervenciones introductorias de los abogados de las partes, presentando y explicando la versión del caso de cada uno; b) luego, se procede con la práctica de la prueba oral; c) a continuación, los abogados de las partes desarrollan una discusión final del proceso, planteando las consecuencias a partir de la presentación de la prueba, presentando al juez sus alegaciones jurídicas finales, y pidiéndole al juez la decisión que ellos consideran adecuada como resolución de la controversia. A partir de allí, d) el juez entrega su sentencia final, tan pronto termina la audiencia”.

Surge así el que se llama *proceso concentrado o por audiencias*, diverso totalmente del que ahora en Colombia, en la práctica, ha venido operando, que es *oral protocolar o actuado*. Éste se caracteriza porque se adelantan audiencias, casi nunca continuas, pero se deja siempre constancia en acta a fin de que únicamente lo que en ella conste pueda ser apreciable en la decisión final, pues,

-
- 8 Taruffo, Michelle, Páginas sobre justicia civil, pág. 261, traducción de Maximiliano Aramburo Calle, editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S. A. Madrid, 2009. .
- 9 Cappelletti, Mauro. El Testimonio de la Parte en el sistema de la oralidad. Contribución a la teoría de la utilización probatoria del saber de las partes en el proceso civil. Parte Primera. Traducción de Tomás A. Banzhaf. Librería Editora Platense, La Plata 2002. pág. 61.
- 10 Quizá el elemento, independientemente considerado, más caracterizador de la escritura no es el ser ella una forma de comunicación distinta de la oral, ni la dispersión, ni la mediación, ni tampoco el de la necesidad de actuar siempre dejando constancia escrita de lo acontecido en cada acto, sino el consistente en el deber judicial de proferir el fallo con fundamento exclusivo en lo que conste en las actas, el cual minimiza el valor de las expresiones no verbales, agobia con la obligación de escribirlo todo, reduce ostensiblemente la espontaneidad y la naturalidad, lentifica el procedimiento, lo formaliza y le impone rigidez.

como sostiene Mauro Cappelletti⁹, en “...éste la palabra no está excluida a priori, mas para poder convertirse en fundamento de la sentencia debe traducirse en el curso del proceso en escritura, o sea debe ser verbalizada.”¹⁰

Es de atender, entonces, que, como se acaba de indicar, no se refiere la oralidad a la manifestación siempre oral de todos los actos del proceso, sino, más bien, a la expresión mediante esa forma de los que así ofrecen sus mejores resultados, de manera que, *verbi gratia*, ni la demanda ni la contestación están llamadas a abandonar la escritura, como quiera que esas piezas, en virtud de todas sus connotaciones, aparecen mejor formuladas, más inteligibles, más precisas y más claras, cuando se exponen por medio de documentos previamente elaborados que, además, sirven como método de recordación permanente de las posturas de las partes frente al litigio.

Acerca del punto resulta conveniente recordar las palabras de Jorge Clariá Olmedo, quien continuo sostiene que la “...*mayor trascendencia de la oralidad se muestra en las declaraciones de las partes y de los testigos, en las explicaciones de los peritos, en la intermediación de los intérpretes y en la discusión final de los letrados. Su efecto más ponderable se advierte en la efectividad de la inmediación y de la publicidad y en la viabilidad de la concentración. Sus resultados más importantes consisten en la vivacidad de las exposiciones y del diálogo, en la celeridad*

del trámite, y en la eficacia del método para el descubrimiento de la verdad sobre los hechos controvertidos”.¹¹

El proceso concentrado es el que parece prestar, en suma, la mejor opción, según se acaba de observar, siempre acompañado por las herramientas de grabación (voz y/o video), con el fin de dejar recuerdo de lo actuado para beneficio de la segunda instancia y de la casación o la revisión, si fueran del caso, y para la eventual continuación posterior de la audiencia.

No debe pasarse por alto, eso sí, que la oralidad, aún en la versión expuesta (proceso concentrado o por audiencias), supone alguna alteración en el oficio desempeñado por el recurso humano que se halla a cargo del juez, en la medida que es éste, y no sus colaboradores, el llamado a proyectar y a tomar directamente las decisiones, lo cual no implica el temido desempleo, sino una variación en la forma de ejercicio de la función, pues si en la escritura es indispensable un grupo de empleados que apoyen al juzgador en su gestión, como que él con ellos realiza la labor de administración del proceso, no sucede igual con el otro sistema, en el cual esa tarea se puede concentrar específicamente en un centro de servicios judiciales a fin de que el juez atienda exclusivamente, en audiencia, el aspecto judicial y abandone el conjunto de aquellas otras actividades. En tal virtud, los subalternos del juzgado ya no estarán bajo esa dirección, sino

¹¹ Clariá Olmedo, Jorge. *Derecho Procesal, Tomo II*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1983.

en el indicado centro y a órdenes de un jefe que ha de cumplir la misión que por comisión le delegue cada juez en los aspectos de tramitación diversa de lo atinente a admisión de demanda y audiencia.

Tal circunstancia genera la necesidad de un

número mayor de funcionarios, de un mejor equipamiento informático y electrónico y de una cantidad grande de salas de audiencias, colofón de lo cual es, sin duda, la exigencia de un presupuesto coincidente con ello, so pena que el sistema desemboque en fracaso.

LO EXTRANORMATIVO

Una alteración tan profunda de las costumbres y de la *praxis* procesal supone necesariamente un presupuesto y una voluntad política irrevocable, pues sin esos dos componentes todo intento se hace vano. La disponibilidad económica se convierte en un imperativo, como quiera que sin ella no hay posibilidad de las salas de audiencias, ni de los equipos de grabación, ni del número suficiente de juzgadores, como tampoco tienen cabida los planes de descongestión que son indispensables para entrar a operar en el sistema, al igual que se queda la sociedad en general y la comunidad jurídica sin la debida ilustración y formación, partes esenciales del cambio cultural que se impone.

En torno a lo último es de resaltar que, como es obvio, el éxito de una innovación de tal magnitud y calado será esquivo si no se logra esa modificación cultural, la cual, de suyo, es arisca y distante de entrada, porque luego de siglos de justicia formal y secreta, solemnidad, autenticaciones, memoriales, dilaciones, expedientes llevados en carretillas, hojas por doquier, y todas las demás consecuencias de la escritura, resulta,

prima facie en extremo difícil pasar a la vida de la palabra hablada, de la agilidad, de la argumentación rápida, de la informalidad y la sencillez, de la concreción y de la efectividad, pues el lastre de la costumbre conspirará con toda su fuerza y se opondrá con saña.

Se impone, pues, la capacitación institucional, pero además el esfuerzo personal de cada uno, estimulados todos, por la seguridad de una administración más certera y oportuna. Y, no es de olvidar que, como lo sostuvo Franz Klein, el gran redactor de la ordenanza procesal civil austriaca de 1895, refiriéndose al testimonio de la parte, según lo transcribe Mauro Cappelletti en la obra citada, los cambios producen en principio un natural rechazo, al punto que, por lo general, todas las innovaciones del progreso humano “... *en un primer momento resultan extrañas y en raro contraste con las costumbres, y originan la crítica más violenta. Una vez puestas en práctica y perfeccionadas, de pronto se tornan transparentes e indispensables y nadie entiende ya cómo las cosas pudieron alguna vez funcionar de otra manera*”.

LA CORRUPCIÓN NO ES UN FENÓMENO AISLADO

Por Jaime Ardila Barrera

La corrupción no es fenómeno colombiano, ni latinoamericano. La corrupción en mayor o menor grado afecta a todas las sociedades capitalistas, socialistas y a los países desarrollados y en vía de desarrollo.

La corrupción afecta por igual a la clase política y a la sociedad civil, a los servidores públicos y a los particulares.

La corrupción hace más daño que la guerrilla y toda la delincuencia común junta.

Por ello, considero que este fenómeno debe ser declarado hoy como la mayor amenaza en contra de la institucionalidad y gobernabilidad de los países.

Jaime Ardila Barrera. *Auditor General de la República. Abogado de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, con especialización en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia –UNAB– y en Docencia Universitaria de la Universidad Cooperativa de Colombia. Igualmente, es Administrador de Empresas y de Negocios Internacionales de la Universidad Rémington, periodista y cursó estudios de International Management en Nova Southeastern University en Florida Estados Unidos. En Santander de donde es oriundo, ha ocupado cargos como Diputado, Secretario Jurídico de la Gobernación y Gerente General del Instituto Financiero para el Desarrollo de Santander, Secretario de Obras Públicas, entre otros. Académico y catedrático universitario, ex rector de Corporación Interamericana de Educación Superior.*

Cuando se quiere presentar la actual situación de valores y violencia como algo nuevo, se busca esquivar que los narcotraficantes y los narco políticos representan a la perfección la colombianidad, exaltada por los medios masivos de comunicación e inculcada en todos los espacios de replicación de la cultura (la familia y la escuela, en lo esencial), en que la violencia y el timo son signos de distinción. Son, por consiguiente, los narcos quienes imitan a las clases dominantes tradicionales, y no lo contrario. Es decir, la producción y el tráfico de narcóticos asumen el mismo modelo de “hacer negocios” que las elites vienen imponiendo por siglos en el país. No es difícil concluir, entonces, que el arraigo de la economía de los narcóticos tuvo lugar porque encontró un ambiente adecuado en lo cultural y lo político, donde se incubó adecuadamente.

Pero si se quiere buscar un aspecto que distinga la actual situación, llama la atención de nuevos elites locales, que hoy les disputan el poder político a ciertos grupos tradiciones la de la provincia y que tienen en el origen de sus fortunas más de un interrogante. Pues independientemente de que el estilo y las prácticas sociales y políticas de los nuevos gamonales hayan sido aprendidas de aquellos a quienes le disputan el poder, no es menos cierto que están en una etapa de legalización y legitimación, y que aspiran a revindicar su derecho a la inserción y el reconocimiento social en los espacios de decisión, algo que los hace potencialmente conflictivos, tal como lo afirma el escritor Álvaro Sanabria.

En Colombia preocupa que la corrupción no haya decrecido y por el contrario se siga afianzando,

constituyéndose en el gran reto de la década, para los organismos de control.

Tal como lo expresa Elisabeth Ungar Bleir en su columna: Las medidas adoptadas en el último año son fundamentales para luchas contra la corrupción, pero deben enmarcarse en una política integral, de alcance nacional y territorial, que involucrarse al Estado en su conjunto, al sector privado y a la ciudadanía. Y que defina los lineamientos, y por supuesto los recursos económicos, humanos y técnicos, para hacer efectivos los ajustes institucionales previstos en las reformas, y garantice que las investigaciones y las sanciones por hechos de corrupción produzcan resultados. Pero además, que le otorgue un lugar prioritario a la prevención de la corrupción y a la cultura de la integridad.

Recordemos que en el año 2005 logramos alcanzar un porcentaje de **4.0** y en los años subsiguientes hemos decrecido en forma preocupante al pasar a **3.9** durante el año 2006, a **3.8** durante los años 2007 y 2008, a **3.7** durante el año 2009, a **3.5** 2010, hasta llegar a la preocupante cifra de **3.4** en el año 2010.

Hemos pasado entre los años 2010 a 2011 de la posición 78 a la 80. Cada vez nos acercamos más a Somalia, Corea del Norte y Myanmar que registran las calificaciones más bajas con puntajes entre 1 y 1,5, es decir, niveles muy altos de percepción de corrupción y nos alejamos de Nueva Zelanda, Dinamarca y Finlandia que son los tres países mejor calificados por sus bajos índices de percepción de corrupción.

En consecuencia, las estrategias que se deben adelantar para combatirlo deben ser uniformes en los diferentes países y con la contundencia tal

que ataquen de raíz el problema, y que en Colombia con el presidente Santos tenemos certeza que esta lucha es una política de Estado.

LOS CORRUPTOS SON EXPERTOS EN CUMPLIR LOS REQUISITOS

No hay control normativo que resista la eficacia de un corrupto, evaluando el cumplimiento de requisitos a su manera. Y esto no puede estar en el contenido de una ley. De ahí la importancia de un código de ética que comprometa también a los contratantes. Los contenidos del código de ética se orientan fundamentalmente a lograr compromisos morales que garanticen la competencia leal entre los contratistas del sector de agua potable y saneamiento básico, como instrumento para evitar prácticas que impidan el desarrollo empresarial y la generación de empleo. “Es el momento de que las preocupaciones acerca de la ética, la justicia y el equilibrio duradero (económico y medioambiental) prevalezcan, porque son los riesgos más serios que nos amenazan y pueden poner fin a la aventura humana en el planeta, que puede llegar a ser inhabitable para los humanos”.

Vale la pena profundiza su llamado a la resistencia, que nos recuerda el que hizo el novelista argentino Ernesto Sábato en su libro *La resistencia*, donde afirmaba: “resignarse es cobardía, es una indignidad”. ¿Tú, qué eliges: resistencia o indiferencia?

Las preguntas que debemos hacernos son:

¿Cuál es el rol de las entidades de control para hacerle frente a este flagelo? y

¿En qué hemos fallado para permitir que la corrupción siga creciendo?

El fenómeno de la corrupción viene acompañado de otro, que se venía acentuando hasta hace unos dos años, y que considero es la principal causa del incremento del mismo, y es la ausencia de riesgo subjetivo, que consiste en la poca probabilidad de que un corrupto sea descubierto y en caso de ser descubierto, poca probabilidad de ser sancionado.

En este escenario, el corrupto actúa con tranquilidad, por cuanto existe poca probabilidad de que su conducta dañina sea sancionada.

Esta situación se crea cuando no se inician procesos penales, disciplinarios o fiscales frente a hechos de corrupción o cuando los mismos se inician pero no culminan o culminan de una manera tan extemporánea que no produce el resultado esperado por la comunidad.

Ante esta situación, es importante que la Procuraduría y la Fiscalía continúen con la estrategia de adelantar y decidir en forma oportuna. Lo propio se exige por parte de las contralorías que aún no

logran una recuperación al patrimonio público con oportunidad y en muchas ocasiones se profieren fallos con responsabilidad fiscal sin medidas cautelares lo cual impide una recuperación real del patrimonio público afectado.

Las decisiones oportunas, como las que está profiriendo la Procuraduría General, por irregularidades de la contratación, mejoran la confianza de la ciudadanía, temor en los corrup-

tos y mejoran la percepción de institucionalidad y gobernabilidad.

Como respuesta a las dos preguntas anteriores diremos que para disminuir los índices de corrupción, los órganos de control deben profirir decisiones rápidas, Sólo de esta manera lograremos que el riesgo subjetivo aumente y que los corruptos se abstengan de sus conductas, ante el altísimo riesgo de que vayan a ser sancionados.

LA PEDAGOGÍA

Otro aspecto que debemos atacar es el arraigo que se cimentado en nuestra sociedad, en la cual la corrupción se enraizó como un fenómeno cultural que se va consolidando y creciendo a un nivel tan avanzado que nos acostumbramos a convivir con ella sin combatirla con estrategias de fondo.

Debemos reconocer que no hemos articulado estrategias sólidas para crear valores, principios y respeto por los bienes públicos. Esta estrategia debe orientarse en todos los niveles de la educación, desde los básicos de primaria y bachillerato, hasta la universidad.

Para estos efectos la Auditoría General está adelantando una estrategia que ha denominado “*control fiscal con pedagogía social*” en la cual enseñemos a la ciudadanía en general, y en especial a la comunidad académica y a los Funcionarios Públicos la importancia del manejo responsable de los bienes públicos. El proyecto se ha articulado con el Ministerio de Educación, la Escuela Superior de Administración Pública y el Departamento Administrativo de la Función Pública con quienes estamos construyendo herramientas pedagógicas que garanticen que a través de internet y modelos interactivos se pueda llegar a la totalidad de la comunidad académica con este mensaje.

LA FALTA DE CAPACIDAD DE LAS CONTRALORÍAS

También se requiere fortalecer los órganos de control. Tal como se advierte en el informe de transparencia internacional y ha sido determinado en forma reiterada por parte de la Auditoría General, las contralorías no cuentan con los re-

ursos económicos, tecnológicos y humanos ni las herramientas para cumplir con su misión de recuperar el daño patrimonial y aplicar efectivamente las medidas contempladas en el Estatuto Anticorrupción.

AUSENCIA DE POLÍTICA PÚBLICA DE CONTROL FISCAL

Adicional a lo anterior, debemos reconocer que en el campo del control fiscal, no existe una verdadera política pública que establezca los principales lineamientos para su desarrollo a corto y largo plazo.

Para solucionar estas debilidades, la Auditoría está ejecutando una estrategia orientada a una verdadera reingeniería del modelo de control fiscal existente.

Los estudios que ha adelantado la Auditoría General concluyen que el sistema de control fiscal no satisface realmente las necesidades y exigencias de la sociedad en cuanto a la oportunidad, calidad, pertinencia y efectividad del control fiscal, de tal suerte que permita recuperar la confianza en las instituciones fiscalizadoras del orden nacional y local.

El diagnóstico está hecho y propuestas hay suficientes para superar tan maltrecha situación de los organismos de control fiscal. Basta con señalar que los principios de la gestión fiscal en que se fundamentan las actuaciones administrativas de los organismos vigilados, no son cumplidos en su propia organización por parte de las contralorías, lo cual les resta capacidad en el ejercicio de sus funciones y deslegitima sus actuaciones frente a la sociedad.

En efecto, no puede predicarse como **eficaz** una labor con serias deficiencias de cobertura en términos de la vigilancia de los recursos públicos y de sujetos de control. Tampoco puede invocarse

el cumplimiento de los principios de **eficiencia** o de **economía**, cuando coexisten desde dos hasta cinco diferentes organismos de control fiscal en un solo departamento, sin que coordinen sus actuaciones ni compartan información para los respectivos pronunciamientos; mientras tanto, en no pocos departamentos existen pequeñas y muy debilitadas contralorías para extensos territorios, todo ello en la más absurda e irracional “administración” del gasto público.

A título de ejemplo, en Santander coexisten la Gerencia Departamental de la CGR con la Contraloría Departamental de Santander, además con las contralorías Municipales de Bucaramanga, Barrancabermeja y Floridablanca. En Valle del Cauca, coexisten la Gerencia Departamental de la CGR con la Contraloría Departamental y las Contralorías de Cali, Yumbo, Buenaventura y Palmira. En Antioquia: la Gerencia Departamental de la CGR con la Contraloría Departamental y las Contralorías Municipales de Medellín, Envigado, Itagüí,

El principio de la **equidad** es igualmente apenas un enunciado teórico en presencia de enormes disparidades entre las contralorías del país, dadas las deficiencias tecnológicas, de talento humano, de oportunidades en formación y capacitación, de conocimiento, de recursos presupuestales, entre otras. Frente a las contralorías de Bogotá, Medellín, Antioquia, Cali, Cundinamarca y Valle del Cauca que tienen presupuestos que oscilan entre los 10 mil y 70 mil millones de pesos,

existen catorce contralorías en las cuales su presupuesto no supera los mil millones de pesos al año.

En resumen, la **efectividad** en el ejercicio del control fiscal en todas sus instancias e instituciones ha sido seriamente cuestionada y en algunos momentos se ha propuesto su supresión, desconociendo la importancia que para efectos de un Buen Gobierno y para la sociedad en su conjunto revisten los organismos de control.

El proceso de reingeniería debe partir de la estructuración de esa política pública que defina **cuatro** aspectos fundamentales respecto de los cuales estamos en mora de revisar con el fin de garantizar mayor eficiencia en el manejo de los recursos:

El primero, es el **fortalecimiento presupuestal** de las contralorías para garantizar que las contralorías cuenten con el presupuesto necesario para cumplir con esa misión.

El esquema actual con esas catorce contralorías municipales y departamentales con presupuestos inferiores a mil millones de pesos no permite que estas tengan la capacidad de investigación por que no disponen de los recursos suficientes para dotar a sus funcionarios de equipos para practicar pruebas.

El segundo, es la **modificación de la estructura actual** de contralorías departamentales y municipales.

La Auditoría considera que la organización actual no permite un control eficaz. Consideramos que sumando los recursos, talento humano y capacidad de investigación de las contralorías, podremos

conformar contralorías más fuertes, Para ello se propone conformar contralorías regionales fusionando varias de las actualmente existentes, las cuales actuarían bajo un control de tutela técnica de la Contraloría General de la República.

El tercero es la **revisión salarial de los funcionarios** del control fiscal.

Aunado a la falta de recursos para realizar investigaciones, el sistema presupuestal y los límites de crecimiento de las contralorías, les impide que estas puedan asegurar un nivel salarial de sus funcionarios acorde con la labor de control que realizan. Observemos que mientras la Procuraduría General y la Contraloría General han logrado unos salarios razonables de acuerdo a la labor de vigilancia que realizan, las contralorías territoriales no cuentan con una política nacional para que estos funcionarios obtengan un ingreso similar.

El cuarto es la revisión de la **forma de elección de los controladores**. La Auditoría ha cuestionado este procedimiento por cuanto se considera que las alianzas entre las corporaciones públicas en el momento de la elección, se inclina de manera perversa para asegurar que los controladores elegidos sean en la mayoría de los casos del mismo partido político o aliados del gobernante que va a ser vigilado.

Este modelo impide que se haga un control fiscal objetivo e independiente que prevenga y sancione la corrupción de manera eficaz.

En tres oportunidades se han presentado proyectos de reforma a este procedimiento de

elección y los legisladores han negado estas propuestas. Por esta razón, esperamos que el Congreso de la República esta vez actúe con objetividad y permita que se reforme el modelo de elección. La propuesta que se va a presentar se orienta a que sean los tribunales quienes ternen y selección a los contralores, siguiendo un modelo similar al que opera para la elección del Auditor General en donde la Corte Suprema realiza la terna y el Consejo de Estado realiza la elección.

Para hacer realidad estas estrategias, la Auditoría está construyendo un documento de política pública de control fiscal que será presentado a la Contraloría General y al Gobierno Nacional con el fin de proponer al Congreso Nacional las reformas estructurales que fortalezcan el control fiscal desde el punto de vista de su organización, su capacidad técnica, la homologación nacional de salarios de los servidores públicos del control fiscal y un sistema de financiación que fortalezca las contralorías de tal manera que puedan ejercer un control fiscal idóneo.

LA TECNOLOGÍA COMO HERRAMIENTA PARA MEJORAR EL CONTROL FISCAL

Otro aspecto que requiere acciones inmediatas es el de la construcción de un sistema de control fiscal en línea, basado en sistematización de procesos y de información.

Un sistema de control fiscal eficiente debe estar cimentado sobre un manejo de la **información sistematizada**. El esquema de auditores revisando documentos físicos, debe ser reemplazado por la ingeniería de datos para garantizar mayor cobertura e identificación de riesgos a través de auditorías forenses. Solo de esta manera, los 7.600 funcionarios de las contralorías pueden realizar una auditoría efectiva a los **176** billones de pesos del presupuesto nacional y los **99** billones de pesos del presupuesto de las entidades territoriales.

La estrategia que está siendo liderada por la Auditoría General busca que los **67** sistemas de

información que existen en las contralorías sean mejorados, estandarizados y articulados para replicarlos en las demás contralorías, de tal manera que a diciembre del año 2012 el sistema de control fiscal en línea sea una realidad.

La estrategia, será orientada a realizar el diagnóstico técnico de éstos y estandarizarlos para replicarlos a las demás contralorías a través de un proceso de economías de escala generando cuantiosos ahorros para las contralorías.

Un punto de partida para esta estrategia es que la Contraloría de Antioquía ha cedido a la Auditoría General su plataforma tecnológica denominada “gestión transparente” que comprende varios módulos para el control fiscal y con este aporte se ha dado un paso importante para el proyecto de sistematización de las contralorías que será implementado en el año 2012.

El proyecto de control fiscal en línea se articuló entre el Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, la Contraloría General de la República, la Procuraduría General de la Nación, la Contaduría General de la Nación y la Auditoría General de la República, para lo cual se firmó un convenio entre estas entidades. Durante el año 2012 el Ministerio de las Telecomunicaciones ha manifestado que destinará

para este proyecto una cifra cercana a los dos mil millones de pesos, la Auditoría tiene aprobado un proyecto de inversión para estos efectos, al cual destinará una cifra cercana a los mil millones de pesos.

Esperamos que con estos recursos logremos la sistematización de todos los procesos de las contralorías territoriales, con especial énfasis en la rendición estandarizada de cuentas.

CONTROL ELECTRÓNICO A LA CONTRATACIÓN

También estamos promoviendo con ahínco la sistematización de la información de la contratación, para efectos de generar alertas tempranas que prevengan el daño al patrimonio público, diseñando un aplicativo estándar de vigilancia contractual, el cual será transferido a las 63 contralorías, quienes a su vez, promoverán su instalación en el total de las entidades públicas.

El proyecto tendrá como referente las plataformas tecnológicas que han sido desarrolladas por las contralorías de Antioquia y Manizales que permiten sistematizar la contratación de sus sujetos vigilados y divulgarla a través de internet de manera

geo-referenciada segmentándola para facilitar la consulta de las obras que se están ejecutando en cada municipio, barrio o localidad.

El objetivo del proyecto es divulgar a través de internet la contratación pública en sus etapas previa y de ejecución, en especial, se permitirá efectuar seguimiento geo-referenciado al desarrollo de obras de infraestructura a través de cámaras para que la ciudadanía conozca el avance de las mismas, utilizando también registros fotográficos, cronogramas e informes de interventoría. Lograremos que la ciudadanía y el sistema de control fiscal puedan ejercer vigilancia en tiempo real.

EL PROYECTO CCC

La Auditoría ya viene haciendo seguimiento a las acciones de control que adelantan las contralorías para vigilar la contratación.

Para estos efectos se han sistematizado un millón de contratos al año con el fin de realizar control

electrónico a través de mapas de riesgos previamente definidos.

Se ha concluido que la regla general en la contratación es la adjudicación de la contratación sin realizar procesos de selección objetiva. El 86 de la

contratación no se somete a los procedimientos previstos por el Estatuto General de la Contratación Pública. Existe un extenso número de regímenes especiales permite contratar con reglas propias excluyendo las que se esperaba iban a ser las reglas generales para la contratación.

Esta situación permisiva y elástica genera gran incertidumbre en relación con la objetividad de los procedimientos propios de contratación que adoptan estos organismos, motivo por el cual la Auditoría impulsará una revisión exhaustiva de estos regímenes con el fin de integrarlo a las reglas de la contratación previstas para la mayoría de entidades y continuar con estos, sólo en aquellos casos en los cuales se ejerza competencia económica entre las entidades del Estado y los particulares.

Con este análisis también se ha podido determinar que las instituciones prestadoras de salud “IPS” subcontratan de manera reiterada con cooperativas el suministro de personal médico y administrativo. Esta es una práctica que en algunos casos crearía un escenario que facilite desconocimiento de los derechos laborales de las personas que son vinculadas a través de este mecanismo.

...

No puedo terminar este artículo sin reflexionar sobre un tema que es fundamenta en la lucha contra la corrupción, como es la educación, y un análisis crítico al proceso pedagógico de aprendizaje, en donde los hijos del neoliberalismo – en realidad, neoconservadores, han sido educados

para obedecer, aceptar y aplicar las ordenanzas de un capitalismo mordaz. Alabar y no rechazar son sus eslóganes. Con tales actitudes, aspiran a fortalecer los regímenes antes que a mostrar sus debilidades. Son los nuevos técnicos del pensamiento. Alfabetizados en las tecnologías, han hecho de éstas un tótem supremo desde el cual creen conocer en profundidad el mundo, la realidad del mismo. Despolitizados, des-socializados, individualistas y tecnócratas, se estremecen ante la palabra confrontación. Seguidores del pensamiento utensiliar, son monaguillos que vuelven culto los reglamentos autoritarios de la educación. Son los baby teachers de las universidades: eficaces, eficientes, autómatas bilingües, “todo terreno”, choferes de las tecnologías. Gestionan sin queja la dictadura normativa de las llamadas investigaciones universitarias. Hijos del neoliberalismo baby teachers de las instituciones.

Carolina Sanín expresa: Me gusta que los estudiantes salgan juntos a la calle diciendo que son estudiantes, porque llevan consigo, por donde caminan, esa personalidad sin personaje, y la noticia, anterior a sus consignas y más poderosa que sus reclamos conscientes de un espacio privilegiado para la razón, que hace frente al Estado y a la familia; donde se busca la autoridad legítimamente constituida y donde se construyen genealogías sólo por afinidad y agradecimiento.

Otros de sus lemas, “Más lápices y menos balas”, resume en pocas palabras la necesidad de que el Estado colombiano vaya ajustando su presupuesto al posconflicto en la medida en que la lucha

contra las Farc se vaya ganando, que es precisamente lo que está sucediendo. De esa manera se podría proceder a reducir el presupuesto militar y se invertiría más en la educación y en la salud. ¿Es mucho pedir que los estudiantes tengan la misma posibilidad que tiene hoy un soldado de aspirar a un futuro promisorio?

Cristina De la Torre, en una de sus columnas, cuenta: Para Ripley Estudiantes de Economía de la Universidad de Harvard violaron esta semana el sagrario del credo neoliberal. Abandonaron sacrílegos el salón de clase, dejando a su profesor con un palmo de narices y una carta entre las manos que debió devorar a trochas y mochas, arrastrado como vio su nombre por el piso. Era el célebre Gregory Mankiw, exasesor de Bush y gurú del pensamiento único que dio alas a abusos inenarrables. Ahora se levantan sus pupilos, pero contra el modelo que concentra la opulencia en el uno por ciento. En una minoría inmoral

y despiadada que se tomó las universidades y cooptó en sus homólogas de América Latina a obsequios prosélitos doctorados en el arte de humillar la cerviz.

Armando Montenegro manifiesta en su columna: Todavía no tenemos una política de tolerancia cero con las vías que no se hacen, los procesos que no salen de los juzgados, los millones de condenados a ser informales, las regalías que se roban y despilfarran y los gastos sociales que no llegan a los pobres. Cuando pensemos que esas cosas son, de verdad, intolerables, comenzaremos a cambiar.

Vale la pena profundizar su llamado a la resistencia, que nos recuerda el que hizo el novelista argentino Ernesto Sábato en su libro *La resistencia*, donde afirmaba: “resignarse es cobardía, es una indignidad”. ¿Tú, qué eliges: resistencia o indiferencia?

