



FUNDACIÓN  
UNIVERSITARIA  
DE POPAYÁN

GARANTÍAS PROCESALES PARA LOS PRESUNTOS RESPONSABLES DE  
DETRIMENTO PATRIMONIAL ANTE UN FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL

ÁREA TEMÁTICA

Derecho procesal

NOMBRE DEL ESTUDIANTE

JULIET VIVIANA VIVEROS LLANTEN

FUNDACION UNIVERSITARIA DE POPAYAN  
FACULTAD DE DERECHO  
ESPECIALIZACION EN DERECHO PROCESAL  
POPAYAN, CAUCA

2022





FUNDACIÓN  
UNIVERSITARIA  
DE POPAYÁN

GARANTÍAS PROCESALES PARA LOS PRESUNTOS RESPONSABLES DE  
DETRIMENTO PATRIMONIAL ANTE UN FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL

NOMBRE DEL ESTUDIANTE

JULIET VIVIANA VIVEROS LLANTEN

TRABAJO DE GRADO PRESENTADO COMO REQUISITO PARA OPTAR EL TÍTULO  
DE ESPECIALISTA EN DERECHO PROCESAL

Asesor Seminario II

WILLIAM HENZCER GOMEZ GOMEZ

Director Postgrados Derecho

VICTOR JULIÁN JÁCOME MOSQUERA

FUNDACION UNIVERSITARIA DE POPAYAN  
FACULTAD DE DERECHO  
ESPECIALIZACION EN DERECHO PROCESAL  
POPAYAN, CAUCA

2022





## Tabla de contenido

ABSTRACT.....	5
1.- INTRODUCCIÓN (300 a 500 palabras aproximadamente).....	5
2.1 Ordenamiento jurídico colombiano sobre las garantías en los procesos de responsabilidad fiscal.....	6
2.1.1. El proceso de responsabilidad fiscal.....	8
2.1.2 ¿Qué es una garantía procesal?.....	13
2.2. Implicaciones del fallo de la CIDH en el caso Petro, sobre los procesos de responsabilidad fiscal.....	16
2.2.1. Contexto del caso.....	16
2.2.2. Sobre las garantías judiciales.....	17
2.3. El debido proceso dentro del proceso de responsabilidad fiscal y el control automático de legalidad.....	19
2.3.1. Análisis del artículo 136 A de la ley 1437 de 2011, adicionado por el artículo 23 de la ley 2080 de 2021.....	20
2.3.2. El Auto de unificación del Consejo de Estado.....	21
3.- ANALISIS Y DISCUSIÓN DE LA INFORMACION.....	23
4.- CONCLUSIONES.....	25
LISTA DE REFERENCIAS.....	27
Infografía.....	27

## LISTA DE TABLAS

Tabla 1. Cuadro comparativo de los sistemas de responsabilidad fiscal.....	10
--	----

## LISTA DE FIGURAS

Gráfica 1. Procedimiento de responsabilidad fiscal bajo la Ley 610 de 2000.....	9
Gráfica 2. Trámite del control automático del proceso de responsabilidad fiscal.....	21



FUNDACIÓN  
UNIVERSITARIA  
DE POPAYÁN

**FUNDACION UNIVERSITARIA DE POPAYAN  
ESPECIALIZACION EN DERECHO PROCESAL  
CASUÍSTICA**

<b>PROGRAMA</b>	ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PROCESAL	<b>CÓDIGO CURSO / NCR</b>	
<b>SEMESTRE</b>		<b>PERIODO ACADÉMICO</b>	2021-1
<b>DIRECTOR</b>	VICTOR JULIÁN JÁCOME MOSQUERA	<b>PERFIL DE ESTUDIOS</b>	Esp.
<b>NOMBRES Y APELLIDOS ESTUDIANTE(S)</b>		<b>CODIGO</b>	<b>CEDULA</b>
JULIETH VIVIANA VIVEROS LLANTEN		XX	XX
REVISIÓN DOCUMENTAL JURISPRUDENCIAL			
<b>Proyecto</b>	GARANTÍAS PROCESALES PARA LOS PRESUNTOS RESPONSABLES DE DETRIMENTO PATRIMONIAL ANTE UN FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL		
<b>Enfoque temático</b>	DERECHO PROCESAL		



## ABSTRACT

La presente investigación tiene como objetivo analizar el control automático de legalidad de los fallos con responsabilidad fiscal consagrado en el artículo 136 A de la ley 1437 de 2011, adicionado por la ley 2080 de 2021 y su inaplicabilidad por violación al debido proceso. Para esto se aborda tanto desde un punto de vista teórico, a partir de los conceptos jurídicos y doctrinales de las garantías procesales, pasando por la aplicación misma de la figura hecha por la Corte Interamericana en el conocido como caso Petro, donde se analiza la aplicación de las garantías procesales dentro de los procesos de responsabilidad fiscal, y finalmente analizar la posición tomada por el Consejo de Estado respecto al tema, para finalmente encontrar como se presentan falencias dentro de este tipo de procesos sancionatorios administrativos que van en contra de los derechos procesales de los investigados.

**Palabras Claves:** Proceso de responsabilidad fiscal, garantías procesales, control automático de legalidad, Consejo de Estado

## ABSTRACT

The objective of this investigation is to analyze the automatic control of the legality of rulings with fiscal responsibility enshrined in article 136 A of Law 1437 of 2011, added by Law 2080 of 2021 and its inapplicability due to violation of due process. For this, it is approached both from a theoretical point of view, from the legal and doctrinal concepts of procedural guarantees, passing through the very application of the figure made by the Inter-American Court in what is known as the Petro case, where the application is analyzed. of the procedural guarantees within the processes of fiscal responsibility, and finally analyze the position taken by the State Council on the subject, to finally find how shortcomings are presented within this type of administrative sanctioning processes that go against the procedural rights of those investigated.

**PALABRAS CLAVE:** Fiscal responsibility process, procedural guarantees, automatic control of legality, Council of State

## 1.- INTRODUCCIÓN

El Control automático de legalidad de los fallos de responsabilidad fiscal consagrado en la Ley 2080 de 2021, se erige como un mecanismo que impacta de manera directa en el modo en el cual el responsable fiscal acude ante el contencioso administrativo con el fin de alegar la nulidad del proceso (Ley 2080, 2021, Art. 136A), tiene serias implicaciones sobre la garantía y defensa de los derechos a la igualdad, debido a que no garantiza al responsable fiscal el acceso efectivo a la administración de justicia a través de los controles previstos en la ley, como el control de nulidad, la posibilidad de que suspenda el acto administrativo de manera provisional o de solicitar y aportar pruebas que soporten sus argumentos y defensa, además, el control inmediato de legalidad genera una sentencia con efectos erga omnes, que puede afectar a personas que no hubiesen hecho parte del proceso, lo que va en contra de sus derechos constitucionales (Lozano, 2021).



Luego de un análisis del tema a partir de aspectos como el control de constitucionalidad y el examen de convencionalidad, se publicó por parte del Consejo de Estado un Auto de Unificación el 29 de junio de 2021, donde manifiesta que los fallos de responsabilidad fiscal pueden ser impugnados ante el Contencioso Administrativo, con el fin de que se garantice el debido proceso, además de establecer el procedimiento que se debe seguir por parte de los que sean encontrados como responsables fiscales para que se adelante el control de legalidad por parte de la jurisdicción responsable (Consejo de Estado, Auto de Unificación, 2021). Es así como surge la siguiente pregunta ¿Cuál son las garantías procesales para los presuntos responsables de detrimento patrimonial ante un fallo con responsabilidad fiscal?

A partir de esta pregunta se desarrollan 3 objetivos, a saber: i. Identificar las garantías procesales existentes en el ordenamiento jurídico colombiano as aplicables a los fallos con responsabilidad fiscal; ii. Establecer las implicaciones del fallo de la CIDH sobre el caso Petro sobre los procesos de responsabilidad fiscal y iii. Determinar la garantía del debido proceso dentro del proceso de responsabilidad fiscal, específicamente en el control automático de legalidad.

El método de investigación que se utilizará es el hermenéutico pues permitirá analizar la jurisprudencia y la doctrina relacionada tanto con el derecho al debido proceso y a la responsabilidad fiscal dentro de los pronunciamientos del Consejo de Estado. Se trata de un estudio de carácter exploratorio, que se enmarca dentro del paradigma cualitativo de la investigación, donde más que el número de jurisprudencia analizada, se tendrá en cuenta aspectos como la actualidad y relevancia del pronunciamiento.

Por lo tanto, se realizará una revisión documental y jurisprudencial, tanto de las diferentes normas del ordenamiento jurídico como de la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con el fin de llegar a un estudio analítico y comprensivo que nos ayude a tener claridad si las autoridades judiciales y administrativas violan el debido proceso.

## **2.- DESARROLLO ARGUMENTATIVO**

### **2.1 Ordenamiento jurídico colombiano sobre las garantías en los procesos de responsabilidad fiscal.**

La finalidad de la responsabilidad fiscal por la Contraloría General de la República (2018), es restablecer el patrimonio público, por lo tanto tiene un carácter eminentemente resarcitorio, no sancionador, por lo tanto para determinar que se puede imputar la responsabilidad fiscal en contra de una persona se precisa que se presente una conducta dolosa o culposa durante el ejercicio de la gestión fiscal y que esta haya tenido como consecuencia un daño en contra del detrimento público y que haya un nexo de causalidad entre los elementos constitutivos.

Una de las características más importantes de la responsabilidad fiscal es que es autónoma e independiente, esto se traduce en que si bien esta no recaiga sobre los mismos hechos es posible que se presente responsabilidad fiscal. Esto debido a que el punto más importante es el daño, el cual es definido por el artículo de la Ley 610 de 2000, según el cual se trata de una lesión en contra del patrimonio público, esta



puede manifestarse de diversas formas, como una disminución o perjuicio de los bienes y recursos estatales puestos bajo la custodia y responsabilidad de un funcionario público, este puede ser el resultado de un manejo inadecuado o ineficaz de estos.

De esto colige la Contraloría General de la Nación que en aplicación del artículo 8 de la Ley 610 los procesos de responsabilidad fiscal pueden iniciarse a partir del ejercicio del control fiscal de las Contralorías o a partir de denuncias o quejas que sean presentadas por personas naturales o por organizaciones, en especial las veedurías que se regulan por la Ley 563 de 2000.

Dentro del ordenamiento jurídico colombiano el Control Fiscal se ha establecido como un subsistema jurídico autónomo del derecho administrativo. Se constituye en un mecanismo de índole constitucional, que tiene como fin proteger tanto los bienes fiscales, como el tesoro público. Se compone de una serie de sistemas de vigilancia y control de los recursos públicos, propendiendo por la justicia distributiva que es inherente al Estado Social de Derecho (Corte Constitucional, Sentencia C-1179 de 2001).

De allí, que el control fiscal en Colombia se oriente hacia el mejoramiento de la gestión pública, donde los recursos estatales propendan por promover la prosperidad, los principios y los deberes establecidos en la Constitución. En este sentido la Corte Constitucional se ha pronunciado en la Sentencia SU--620 de 1996, afirmando que la responsabilidad fiscal es de carácter autónomo e independiente a la responsabilidad penal o disciplinaria, que puedan tener lugar a la comisión de los mismos hechos, y se caracteriza fundamentalmente en el hecho de que los daños ocasionados pueden verse resarcidos a partir del pago de una indemnización.

Por lo tanto, el objeto de la responsabilidad fiscal es resarcir los daños causados por un servidor público, o quien haga sus funciones en contra del patrimonio público, esto se logra a partir del pago de una indemnización de tipo pecuniario, este objetivo ha sido declarado como exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-640 de 2001, otorgándole al ente de control fiscal atribuciones para establecer el daño causado, el lucro cesante y los responsables del mismo.

Con base en esto la vigilancia fiscal adelantada por los órganos de control fiscal pretende:

- Establecer si la asignación de los recursos llevada a cabo por una entidad pública es la más conveniente para obtener los resultados deseados
- Determinar que los recursos sean utilizados en igualdad de condiciones, obteniendo la mejor calidad de bienes y servicios, con el menor costo.
- Analizar que los resultados obtenidos lo sean de forma oportuna y se relacionen con sus objetivos y metas.

Por lo tanto, la Ley 42 de 1993, consagra el control fiscal y determina que puede ser adelantado de diversos controles, fiscal, legalidad, resultados, gestión, revisión de cuentas, control interno, los cuales deben ser desarrollados bajo los reglamentos para tal fin por la Contraloría, por lo tanto, todo el proceso de



responsabilidad fiscal se basa en evaluar la gestión fiscal en las condiciones dadas por el artículo 3 de la Ley 610 de 2000.

La gestión fiscal se relaciona de manera directa un manejo adecuado y correcto en los procesos de adquisición, conservación, planeación, administración, custodia, adjudicación y disposición de todos los bienes públicos, entregados bajo la responsabilidad de los funcionarios públicos. Es necesario entender el alcance del concepto bien público, pues no se circunscribe solo a recursos monetarios, sino también a edificaciones, vehículos, bienes muebles y demás que sean de propiedad de una entidad pública; también implica la adecuada recaudación de impuestos y manejo de la cartera.

### **2.1.1. El proceso de responsabilidad fiscal**

El proceso de Responsabilidad Fiscal en Colombia encuentra su sustento en el artículo 267 y siguientes de la Constitución Política de 1991. Esto significa la constitucionalización del control fiscal en Colombia, pues a partir de la promulgación de la nueva Carta Política, se pasó del control numérico legal establecido por la ley 20 de 1975, al establecimiento de un proceso de responsabilidad fiscal posterior y selectivo que se fundamenta los principios de eficiencia, economía y eficacia, trasformando a la Contraloría General de la República como un organismo técnico con autonomía presupuestal y administrativa.

A través de la Ley 610 de 2000 se define el proceso de responsabilidad fiscal 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 (art. 1).

De este artículo se colige que la gestión fiscal es la suma de actividades que pueden ser adelantadas por servidores públicos o particulares para realizar la administración adecuada de los bienes y fondos públicos, en cualquier etapa, además de que los objetivos del control fiscal son:

- Proteger el patrimonio público
- Garantizar que se apliquen principios constitucionales en el manejo de los dineros públicos
- Verificar que la administración pública actúa con eficiencia y eficacia (Hidalgo, 2020).

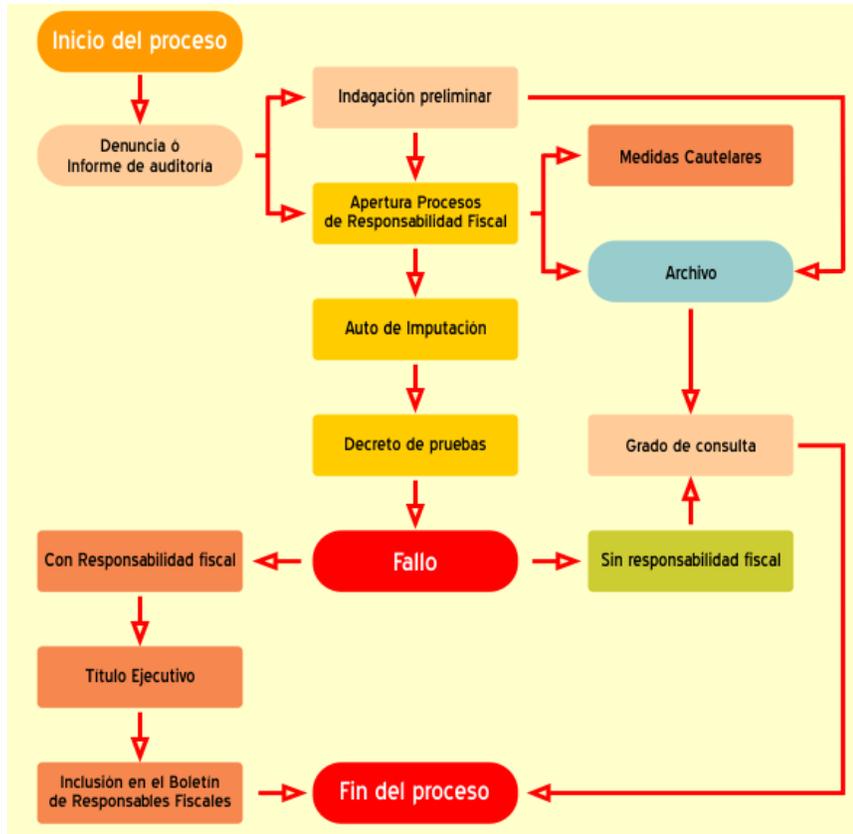
Por lo tanto, el proceso de responsabilidad fiscal es un mecanismo de tipo procesal, llevado a cabo por los funcionarios públicos que laboran dentro de los órganos de control fiscal como es el caso de la Contraloría General de la República, la Auditoría General de la República y las Contralorías tanto departamentales como distritales y municipales. Los cuales investigan, establecen la responsabilidad fiscal e imponen las sanciones pertinentes. Pero siempre en el marco del debido proceso, la legalidad, la jurisdicción y la competencia, que se unen con los principios del derecho procesal administrativo.

Como se ha evidenciado el proceso de responsabilidad fiscal se trata de un proceso administrativo, y persigue no solo definir situaciones de tipo jurídico y concretas, sino que se resarzan los recursos públicos y



los daños que se provocaron al patrimonio público a partir de un proceso claramente estructurado, también que es responsabilidad de entidades constituidas por la Constitución para este fin, teniendo atribuciones legales para investigar, procesar y acusar a los servidores públicos que hayan sido responsables de causar detrimento patrimonial (Hidalgo, 2020).

Gráfica 1. Procedimiento de responsabilidad fiscal bajo la Ley 610 de 2000



Fuente: Contraloría General de la República (2018, p. 1).

En la gráfica 1, se evidencia como se aplica como regla general el procedimiento de la ley 610 de 2000, y el proceso de responsabilidad puede ser iniciado como resultado de un proceso auditor o de una denuncia y es menester que dentro del proceso se determine si se han configurado los elementos para que se profiera un auto de apertura, en este caso se aplica el Estatuto Anticorrupción establecido en la Ley 1474 de 2011.

El proceso de responsabilidad fiscal se compone de Auto de apertura, audiencia de descargos y finaliza con la audiencia de decisión. No obstante, el artículo 97 del Estatuto Anticorrupción establece la posibilidad de omitir la etapa de indagación preliminar, surgiendo entonces el proceso verbal de responsabilidad fiscal, el cual se encuentra sometido a la regulación establecida en la Ley 610 de 2000 y en la Ley 1474 de 2011. En la siguiente tabla se evidencian las diferencias existentes entre ambos procesos.



Tabla 1. Cuadro comparativo de los sistemas de responsabilidad fiscal

	<b>Proceso ordinario de responsabilidad fiscal</b>	<b>Proceso verbal de responsabilidad fiscal</b>
<b>Marco normativo</b>	Ley 610 de 2000	Ley 1474 de 2011
<b>Motivos de aplicación</b>	Por regla general cuando se advierta por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado, pero sin embargo no están dados los elementos para proferir auto de apertura e imputación	Cuando del análisis del dictamen del proceso auditor, de una denuncia o de la aplicación de cualquiera de los sistemas de control, se determine que están dados los elementos para proferir auto de apertura e imputación
<b>Etapas procesales</b>	Auto de apertura a indagación preliminar. Versión libre y espontánea. Decreto de pruebas Auto de imputación o archivo. Traslado / descargos. Decreto y practica de pruebas. Fallo.	Auto de imputación. Audiencia de descargos. Audiencia de decisión. Notificación de la decisión.
<b>Procedencia de medidas cautelares</b>	Proceden	Proceden
<b>Instancias</b>	Única instancia cuando la cuantía del presunto daño patrimonial estimado en el auto de apertura o imputación de responsabilidad fiscal, según el caso, sea igual o inferior a la menor cuantía para contratación de la respectiva entidad afectada con los hechos y será de doble instancia cuando supere la suma señalada	Única instancia cuando la cuantía del presunto daño patrimonial estimado en el auto de imputación de responsabilidad fiscal, según el caso, sea igual o inferior a la menor cuantía para contratación de la respectiva entidad afectada con los hechos y será de doble instancia cuando supere la suma señalada.
<b>Cesación de la acción fiscal</b>	Cuando se acredite el pago del valor del detrimento patrimonial o cuando	Cuando se acredite el pago del valor del detrimento patrimonial o cuando



	se haya hecho el reintegro de los bienes objeto de la pérdida investigada o imputad	se haya hecho el reintegro de los bienes objeto de la pérdida investigada o imputad
--	---	---

Fuente: Acosta, Barbosa y Rojas, 2021 (pp. 40-41)

Este tipo de procesos se aplica para los denominados sujetos de control fiscal, dentro de los que se tiene la rama legislativa y judicial, los órganos autónomos e independientes, las entidades y oficinas que forman parte de la administración pública, las sociedades de economía mixta y todos aquellos particulares que manejan fondos estatales. También son sujetos de control los entes territoriales y las entidades que forman parte de estos (Acosta, Barbosa y Rojas, 2021).

El proceso recae directamente sobre las personas jurídicas del derecho público, pero la responsabilidad la asumen los representantes legales, que cuentan con las mismas oportunidades para defender su empresa, en caso de que se produzca un fallo, este recae de manera directa sobre el patrimonio, así como las medidas cautelares que procedan (Acosta, Barbosa y Rojas, 2021).

#### **2.1.1.1 Elementos de la responsabilidad fiscal**

Es necesario tener claro que la responsabilidad fiscal se sustenta bajo la concepción jurídica y doctrinal de la responsabilidad en general, de allí que el primer elemento es la falla del servicio en la gestión fiscal, por lo tanto solo se contemplan las conductas de la gestión fiscal, limitándose a todas aquellas acciones en las cuales el responsable de salvaguardar produzcan un detrimento patrimonial, también es necesario tener en cuenta la conducta antijurídica según la cual el comportamiento que conllevó a este detrimento es contrario al derecho, es decir que al momento de llevar a cabo la gestión fiscal se ocasione detrimento de forma dolosa o culposa.

La responsabilidad se compone del daño, la acción u omisión que comprende la gestión fiscal, la culpabilidad y el nexo de causalidad. El daño se puede definir de forma genérica como el deterioro, limitación o sufrimiento que se causa sobre una persona, un derecho o un bien; dentro del derecho se considera como un detrimento ocasionado a una persona a causa de la omisión o acción de otra, afectando sus derechos (Maciá, 2014).

La legislación persigue incorporar las diversas modalidades bajo las cuales se puede configurar el daño y comprobar su existencia, pues la inexistencia del detrimento patrimonial deja de lado que se produzca la acción, por lo que para exigir la reparación del daño es necesario que estos se consoliden y sea real y cuantificable. Según el Consejo de Estado, el daño patrimonial al Estado es una lesión contra el patrimonio público, el cual puede ser causado por acciones como el menoscabo, el detrimento, el perjuicio, la pérdida o el deterioro de los bienes, resultado de una mala gestión fiscal (Sentencia SC185A/09, 2009).

De lo anterior se colige que el daño patrimonial, es el segundo elemento a considerar y debe estar plenamente definido, para lo cual la norma busca definir las posibles modalidades que pueden ocasionar el



daño, pues en caso de que no se configure o se demuestre, no es posible dar inicio al proceso de responsabilidad fiscal.

En cuanto la gestión fiscal se concibe como el manejo y administración de los bienes y recursos públicos, en cada una de las etapas, que comprenden el recaudo, la conservación, la enajenación, el gasto, la inversión y la disposición final (Sánchez, 2007). Con relación a la culpa, es uno de los elementos fundamentales para deducir la existencia de la responsabilidad fiscal, pues esta se encuentra proscrita toda forma de responsabilidad objetiva, por lo tanto, se configura la culpa grave cuando se determina que se ha incurrido en algunas situaciones como:

Falta de planificación presupuestal

Pliego de condiciones ambiguo

Ausencia de garantía presupuestal en la suscripción de contratos

Omisión en la verificación de cumplimiento de los contratos

Omisión en la exigencia de la suscripción de pólizas

Omitir la verificación adecuada de precios

Aceptar bienes y servicios sin verificar el cumplimiento de los requisitos contratados

Reconocer pagos violando normas sobre el ejercicio de la función pública

No defender los intereses patrimoniales de la entidad (Sánchez, 2007).

Para Restrepo (2001): “se refiere a la potestad funcional reglamentaria o contractual de un servidor público o de un particular según el caso, en ejercicio de la cual un daño patrimonial, respecto de los bienes o fondos diferidos para su administración o custodia” (p. 80).

Finalmente se debe configurar una relación de causalidad entre el daño y la culpa, esta es indispensable para que se genere la responsabilidad fiscal, en palabras de Sánchez (2007) “el daño fiscal debe ser consecuencia directa de la conducta culposa del gestor fiscal” (p. 93). Esto significa que es necesario que se configure una relación que determine y condicione la causa-efecto, creando una relación que se rompe al momento de operar lo que se denomina causa extraña, que comprende la fuerza mayor, el caso fortuito, el hecho de un tercero y el hecho de la víctima.

El nexo causal es indispensable para configurar la responsabilidad fiscal, y en su comprensión más sencilla es que el daño se ocasione de forma directa por la conducta bien sea dolosa o culposa del responsable de llevar a cabo la responsabilidad fiscal. Doctrinalmente se han determinado 3 condiciones para analizar el nexo causal:

1. La proximidad, es decir que la acción y el daño sean compatibles en el tiempo, esto permite que sea fácilmente identificable el responsable y determinar con claridad el daño producido.



2. La determinación, esto significa que el hecho debe haber producido el daño. En este caso se evalúa tanto la acción como la omisión, buscando establecer cuál ha sido la contribución que más ha influenciado en la producción del daño.

3. la causalidad debe ser adecuada, es decir la conducta analizada debe ser la que conduce al daño detectado (Tribunal administrativo de Cundinamarca, 2004).

### **2.1.2 ¿Qué es una garantía procesal?**

Como se evidenció en párrafos anteriores, el proceso de responsabilidad fiscal se ciñe a los preceptos del derecho procesal, por lo que debe ajustarse a las garantías procesales que este contempla, en el cual el proceso es entendido como un sistema garantista donde se entrega al ámbito heterocompositivo que forma cada una de las jurisdicciones, una respuesta de tipo procesal, de tiempo y de derechos, que dicta normas para el funcionamiento de los procesos judiciales (Lorca, 2014).

El objetivo fundamental de las garantías procesales es la protección de los derechos de las personas que se ven inmersos en un proceso de tipo legal, con el fin de brindar seguridad jurídica, limitando el poder punitivo del Estado y así cumplir además con los principios de seguridad jurídica, evitando que este último avasalle a los ciudadanos con su tamaño (Páez, 2019).

Las garantías procesales se ven íntimamente ligadas a los derechos humanos y su protección y más que encontrar una definición precisa y clara, se trata de describir cuales son aquellos aspectos que deben verse protegidos dentro de un proceso. Algunas de estas son:

Derecho a un juez especializado e imparcial

Derecho a la defensa y asistencia legal

Derecho a un proceso público

Derecho a un proceso expedito y sin dilaciones innecesarias

Derecho a un proceso con todas las garantías

Derecho a presentar pruebas pertinentes

En este también se ve implícito el derecho al debido proceso, pues configura todos los principios y presupuestos procesales que lo componen y que deben ser tenido en cuenta por todos los procesos independiente si son de tipo judicial o administrativo, con el fin de que se garantice la legitimidad en su resultado final (Elías y Muñoz, 2014).

#### **2.1.2.1 Las garantías procesales en el proceso de responsabilidad fiscal**

Una de las principales garantías dentro del proceso de responsabilidad fiscal se encuentra consagrada en la Ley 1474 de 2011, al entregar la posibilidad de que el investigado sea escuchado durante toda la actuación, lo que finalmente se traduce en un total de 11 garantías para el encartado:



1. Pedir copia de toda la actuación
2. Pedir pruebas y aportarlas
3. A que las pruebas obtenidas de manera ilegal sean declaradas improcedentes
4. A controvertir las pruebas de forma libre
5. A la nulidad del fallo si no se garantiza el derecho a la defensa
6. A la notificación de la apertura del proceso de responsabilidad fiscal
7. A la realización de una exposición libre y espontánea y a tener un abogado de oficio
8. A la notificación en presencia de un abogado del auto de imputación
9. A exponer sus argumentos defensivos
10. A recurrir las pruebas y la decisión tomada
11. A la notificación del fallo e interponer recursos frente a este (Chaverra, Palacios, Perea, Mosquera y Vallejo, 2018).

Otro aspecto a tener claro, es que el proceso de responsabilidad fiscal no posee una naturaleza jurisdiccional sino de tipo administrativo, por lo tanto el funcionario público no está siendo juzgado, sino que se somete a la función administrativa estatal, y únicamente al final del proceso existe la posibilidad de acudir ante el Contencioso Administrativo con el objeto de cuestionar el proceso y la decisión, por lo que los servidores públicos que se someten a un proceso de responsabilidad fiscal tienen dos escenarios para plantear sus cuestionamientos (Chaverra, Palacios, Perea, Mosquera y Vallejo, 2018).

El debido proceso dentro de la responsabilidad fiscal no tiene iguales características al de otro tipo de procesos, especialmente debido a que es necesario que se configure un equilibrio entre la naturaleza de la responsabilidad fiscal, el escenario en el cual se desarrolla y los mecanismos para la defensa de los cuales dispone el encartado (Sentencia C-131/02, 2002).

Es claro que todo orbita alrededor de garantizar el debido proceso, pues este permite que se observen las garantías procesales y sustanciales. En esto ha sido reiterativa la Corte Constitucional, cuando afirma que

... Las garantías propias del debido proceso, aplicables al proceso de responsabilidad fiscal, deben también armonizarse con los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, los cuales orientan todas las actuaciones administrativas, en particular la gestión de control fiscal (Sentencia C-382/08, 2008, p. 1).

Dentro de esta misma sentencia la Corte ha establecido que los principios generales que rigen el debido proceso fiscal son fundamentalmente i) principio de legalidad, que consiste en acatar todas las formas procesales administrativas que han sido previamente establecidas; (ii) principios de contradicción e imparcialidad que permiten garantizar el derecho a la defensa de los ciudadanos en todas sus formas, y (iii) el respeto absoluto de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Estas garantías son consideradas como fundamentales porque se encuentran orientadas a garantizar un ejercicio adecuado de la función pública, se pretende además controlar que existan posibles actuaciones



arbitrarias por parte de la administración y que al momento de adelantar el proceso de responsabilidad fiscal se vean comprometidos los derechos de los ciudadanos.

También se ha pronunciado que dentro del proceso de responsabilidad fiscal es necesario que se puedan observar todos los aspectos relativos al debido proceso, que sean compatibles con la naturalización de los procesos de tipo administrativo, lo que es acorde con el artículo 29 de la Carta Política, lo que implica que se deban observar aspectos como el derecho a la defensa, a tener un abogado, a interponer recursos contra la decisión y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho (Sentencia C-635/00, 2000).

Sobre el fundamento constitucional de las garantías procesales, este busca que se respeten todas las posibilidades que tiene el investigado para poder adelantar su defensa, aplicando en ello los elementos legítimos y necesarios para ser oído dentro del proceso, ante eso también es clara la Corte al afirmar:

... la posibilidad de control de un acto administrativo, mediante los recursos de la vía gubernativa y la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, parte del presupuesto de que al interesado se le ha permitido ejercer su derecho de defensa, al otorgársele la oportunidad de ser oído, aportar pruebas y controvertir las que le resulten adversas (Sentencia 1189/05, 2005).

En otras oportunidades, el Alto Tribunal de lo Constitucional se ha referido al derecho de defensa como el núcleo esencial del debido proceso, estableciendo que se compone de otros derechos como, ser oído, a guardar silencio, a brindar su propia versión de los hechos y a no autoincriminarse, por lo que es “una forma de defensa y por tanto un verdadero derecho de carácter fundamental que hace parte del debido proceso” (Sentencia, C-782/05, 2005, p. 26).

Esto conlleva a que los procesos de responsabilidad fiscal, a pesar de ser de carácter administrativo, deban surtir el efecto de cosa juzgada pues deben contar con una conclusión, a pesar de no ser un principio con carácter absoluto, pues en algunas ocasiones operan excepciones como es el caso del recurso extraordinario de revisión.

Sobre este tema, el Consejo de Estado se ha manifestado sobre la naturaleza administrativa del proceso, afirmando que a pesar de esta se debe proteger todos los derechos de los implicados:

La actividad unilateral de la Administración en las actuaciones administrativas no resulta contraria a la garantía del debido proceso siempre y cuando ésta se presente hasta el momento en que la Administración deba relacionarse con un sujeto perfectamente identificado, pues a partir de ese momento se rompe la actividad unilateral de la Administración y ésta debe actuar protegiendo la totalidad de las garantías que se desprenden del debido proceso (Sentencia 20904/17, 2017).

De allí que independiente del tipo de proceso que se adelanta por parte de los entes de control fiscal, este debe siempre ajustarse a los preceptos y garantías procesales, que les permitan a los encartados contar con todas las herramientas necesarias para su defensa.



## 2.2. Implicaciones del fallo de la CIDH en el caso Petro, sobre los procesos de responsabilidad fiscal

A pesar de que se trata de un proceso de tipo administrativo, los procesos sancionatorios de tipo fiscal que son adelantados por la Contraloría General de la República, deben respetar y garantizar los derechos humanos, lo que está claramente demostrado en la ratificación por parte del gobierno colombiano de diversos tratados sobre el particular, sin dejar de lado los derechos políticos y civiles de sus ciudadanos

En igual sentido el artículo 85 de la Constitución, entrega al Estado la obligación de proteger de manera inmediata al sumario de derechos políticos que se encuentran reconocidos, no solo en su texto, sino los que se encuentran dentro de la Convención Americana de Derechos Humanos y que han sido ratificados por Colombia a través de la Ley 16 de 1972.

Esto es fundamental si se tiene en cuenta que la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 23 sobre los derechos políticos y a la letra manifiesta:

Artículo 23. Derechos políticos:

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:
  - a) De participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
  - b) De votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y
  - c) De tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.
2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

Lo manifestado en este artículo, se refrenda con el artículo 27 de la misma Convención, en el cual se establece de forma taxativa la prohibición de suspender los derechos políticos a los ciudadanos, lo cual se constituye en una garantía para los derechos políticos de los servidores públicos.

Al encontrarse ratificado por el Gobierno Colombiano, lo establecido en el CADH se convierte en un instrumento de carácter garantista y de naturaleza cautelar, que permite que las decisiones tomadas por los entes de control se sustenten en el respeto a estos y que, en el caso de no ser así, cesen de manera inmediata sus efectos y permite al afectado solicitar la protección cautelar de sus derechos por parte de la Corte IDH o de la CADH (Suárez, 2018).

### 2.2.1. Contexto del caso

En el año 2018 la Corte Interamericana de Derechos Humanos CIDH, ha estudiado el caso del ex alcalde de Bogotá, Gustavo Petro Urrego, sobre las presuntas violaciones a sus derechos por parte del estado



colombiano, específicamente en aspectos como la imparcialidad, la presunción de inocencia y el derecho a recurrir. En la sentencia emanada de la CIDH se analizó la actuación de la Contraloría General de la República, en relación al fallo de responsabilidad fiscal emitido en el caso de la modificación de las tarifas del servicio de transporte público.

Esto conllevó a que abriera en octubre de 2012 por parte de la Contraloría Distrital una indagación preliminar en contra del señor Petro, por un presunto detrimento patrimonial de \$ 217.204.847.989, resultado de la disminución de las tarifas de transporte en Transmilenio. Lo que terminó con un fallo de responsabilidad fiscal en junio de 2016, cuya nulidad fue solicitada entre el 15 y el 18 de julio del mismo año por los investigados, solicitud que fue rechazada por la Dirección de Responsabilidad Fiscal el 25 de julio de 2016, igual suerte corrió todas las solicitudes de nulidad y recursos de reposición interpuestos por el señor Petro.

Es así como procedió a recurrir ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el cual suspendió de manera provisional las decisiones tomadas por la Contraloría, decisión que fue revocada por el Consejo de Estado en noviembre de 2018. Posteriormente el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, otorgó nuevamente las medidas cautelares a favor del ex alcalde, por lo que, al momento de dictar en fallo por parte de la CIDH, en el 2020 los efectos del fallo de responsabilidad fiscal estaban suspendidos.

Este caso orbitó al igual que su decisión sobre las violaciones a los derechos humanos de naturaleza política y la falta de garantías en materia de imparcialidad, cumplimiento del plazo razonable y protección judicial, durante el proceso adelantado por la Contraloría General de la República, que culminó con la imposición de una alta sanción económica en contra del señor Petro Urrego.

### **2.2.2. Sobre las garantías judiciales**

En su sentencia la Corte Interamericana de Derechos Humanos CIDH, se centró en los siguientes aspectos:

1. La posible vulneración de los derechos políticos del señor Petro
2. La posible vulneración de las garantías procesales del señor Petro
3. La presunta vulneración al derecho de integridad personal.

La Corte pudo establecer dentro de su sentencia que se produjo una violación de los primeros y se descartó el tercero. A continuación, se exponen algunos de los aspectos que tuvo en cuenta para tomar esta decisión.

En primer lugar, la CIDH se pronuncia sobre la falta de competencia de las autoridades administrativas para restringir los derechos políticos de los funcionarios públicos electos por voto popular. Seguido a esto se refiere a las garantías judiciales establecidas constitucionalmente por el Estado colombiano, además que, a pesar de tratarse de un procedimiento administrativo, este debe contar con todas las garantías de carácter judicial que son tanto reconocidos a nivel interno por la Carta Política, como por los instrumentos internacionales.

Sobre este afirma la Corte que a partir de la misma configuración del proceso sancionatorio en el cual es la misma entidad la que da inicio a la investigación, formular los cargos y finalmente pronunciarse sobre estos, lo que implica que se produzca una concentración de funciones investigativas, acusatorias y sancionatorias sobre un único ente. Esto finalmente ocasiona que se evidencia una falta de imparcialidad de carácter



transversal en todo el proceso, violando además el principio de jurisdiccionalidad, pues la sanción proferida a pesar de ir en contra de sus derechos políticos fue proferida por una autoridad administrativa.

El primero de estos es el principio de presunción de inocencia, según el cual el *onus probando* recae sobre el ente investigador y no sobre el investigado, además de que la investigación no puede basarse en ideas preconcebidas sobre la culpabilidad, pues esto resta credibilidad a todo el proceso.

Otro aspecto que destaca la Corte es el hecho de que es claro que en el proceso sancionatorio iniciado tanto por la Procuraduría como por la Contraloría contra el señor Petro, no contó con el requisito de imparcialidad objetiva, lo que colmó el proceso de acciones discriminatorias, parcializando toda su ejecución y posterior fallo, esto atenta contra la aplicación debida y adecuada de las garantías procesales.

Esto se reflejó, en las solicitudes de nulidad que la defensa del señor presentó aludiendo que todo el proceso se veía viciado por un prejuzgamiento de su conducta, todas estas solicitudes fueron rechazadas. Conllevando a que se violar

En cuanto a las sanciones que según la ley vigente, pueden ser impuestas por la Contraloría General de la República cuando se encuentra un funcionario como responsable fiscal dentro del proceso adelantado por esta entidad, tienen como fin y efecto práctico, el de restringir los derechos políticos, lo que claramente va en contra de lo establecido en el artículo 23,2 de la Convención y en general niega las garantías procesales necesarias para que el proceso no pierda el requerido viso de legalidad.

Estas sanciones consisten en la publicación de los nombres completos e identificación de las personas naturales y jurídicas, que tengan fallo de responsabilidad fiscal ejecutoriado y no hayan procedido a cancelar la sanción pecuniaria impuesta; esta sanción tiene entonces el objetivo de inhabilitar al responsable y evitar que pueda ser posesionado nuevamente en un cargo público. Por lo tanto, tiene a su vez una clara relación para la Corte IDH con el artículo 38 del Código Disciplinario Único, según el cual la declaratoria de responsabilidad fiscal, se considera como una inhabilidad para desempeñar cargos públicos.

Esto según la Corte IDH se constituye en una falta en contra de las garantías procesales, por cuanto se sobrepasan las facultades legales de la Contraloría las cuales no contemplan la destitución o inhabilidad de los funcionarios públicos de elección popular, sin embargo, cuando las sanciones consisten en una deuda fiscal de alta cuantía, esta termina con una incapacidad para acceder a cargos públicos, es decir se constituye en una inhabilidad latente. Por lo tanto, afirma la Corte que: "...las sanciones impuestas por la Contraloría pueden tener el efecto práctico de restringir derechos políticos, incumpliendo así las condiciones previstas en el artículo 23.2 de la Convención" (CIDH, 2020, p. 45).

Aclara la Corte IDH en su fallo que los artículos constitucionales (277.6 y 278), que posibilitan el ejercicio y desarrollo de procesos sancionatorios administrativos en contra de funcionarios públicos, deben y permiten ser interpretados según lo establecido en con la Convención y acorde con el Estado de Derecho, por lo que las sanciones que limiten los derechos políticos de los servidores públicos de elección popular incumplen de manera expresa con lo establecido por el Pacto de San José en su artículo 23.



Lo expuesto anteriormente es importante para entender como todo el proceso adelantado por parte de la Contraloría en muchos casos atenta contra las garantías judiciales y la protección judicial, pues estas deben ser protegidas por todo juez o autoridad competente para adelantar procesos bien sea jurídicos o administrativos contra una persona.

La Corte Interamericana ha aclarado que las limitaciones al ejercicio de los derechos políticos deben respetar la reserva de legalidad y jurisdicción. Al afirmar esta doble garantía, esta sentencia mantiene las condiciones para la buena salud de los regímenes democráticos y para el florecimiento del pluralismo y la diversidad de opciones ideológicas. Al reafirmar la existencia de un claro dique entre las facultades sancionadoras de carácter administrativo y la limitación de los derechos políticos, la Corte Interamericana ha abierto el camino para que se decida conforme a las reglas de elecciones periódicas, libres y abiertas los la formación y ejercicio del poder público en los Estados de las Américas.

### **2.3. El debido proceso dentro del proceso de responsabilidad fiscal y el control automático de legalidad.**

El debido proceso se puede definir de forma simple como las debidas formas legales, sin embargo, doctrinalmente hablando no hay un consenso, para Linares (1989), se trata o solo de procedimientos jurídicos o administrativos, sino también de que no se lesione la libertad jurídica del individuo. De otro lado algunos autores no entienden el debido proceso como un ente único, sino como la suma de una serie de componentes, estos son: “1) inviolabilidad de la defensa en juicio de las personas y los derechos; 2) igualdad ante la ley; 3) juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso; 4) juez natural, y 5) plazo razonable” (Zinny, 2016, p, 104).

De otro lado como un modelo de carácter instrumental el debido proceso se considera como una serie de características dentro de las que se destaca la bilateralidad y la contradicción, ambas permiten que se ejerza de manera efectiva el debido defensa y que el juez actúe con imparcialidad (Gozáini, 2018).

Tener claro tanto el concepto como los componentes del debido proceso, para así entender cómo debe actuar el funcionario responsable de adelantar el proceso bien sea judicial o administrativo, pues este permite que se restauren los derechos perdidos de los implicados y que, según la Convención Interamericana de Derechos Humanos, son:

...derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad a la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter (Art. 8, a).

En Colombia el debido derecho dentro del procedimiento administrativo es de índole constitucional, por lo que su incumplimiento debe ser considerado como una irregularidad, que va en contra de aspectos como la emisión del acto, en la exteriorización de la voluntad de la administración, sino también el conjunto de formalidades o requisitos que debe observarse o respetarse para llegar a la emisión del acto administrativo (Gozáini, 2018).



### 2.3.1. Análisis del artículo 136 A de la ley 1437 de 2011, adicionado por el artículo 23 de la ley 2080 de 2021

El control automático de legalidad es un medio de control judicial que reúne unos aspectos particulares, dentro de las que se cuenta el hecho de que puede ser rechazado por el investigado, además de contar ser un mecanismo autónomo, inmediato e integral y que lleva el fallo hacia el tránsito de cosa juzgada relativa. Para el Consejo de Estado (Sentencia 2009-0059/11, 2011), las características esenciales:

1. Legitimación por activa
2. Oportunidad para demandar
3. Pretensiones
4. Carácter jurisdiccional
5. Integralidad
6. Compatibilidad con el medio de control de nulidad simple
7. Es oficioso. No impide la ejecución de la norma. Control de tipo participativo

La Ley 2080 de 2021, modificó el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y para el caso que atañe el presente artículo, en su artículo 23 adicionó el artículo 136A sobre el control automático de legalidad así:

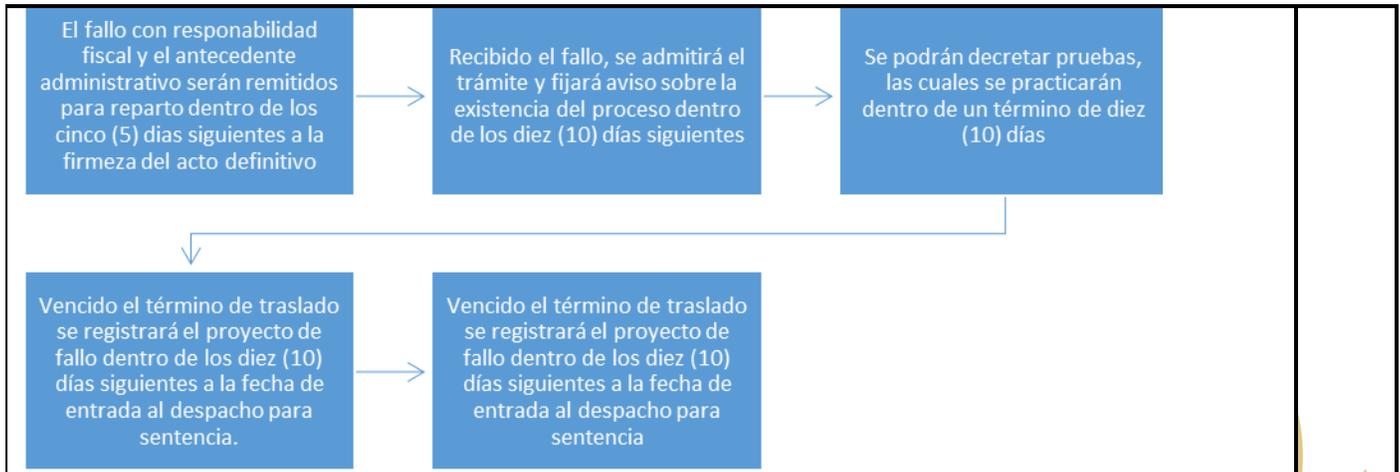
**ARTÍCULO 136A.** Control automático de legalidad de fallos con responsabilidad fiscal. Los fallos con responsabilidad fiscal tendrán control automático e integral de legalidad ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, ejercido por salas especiales conformadas por el Consejo de Estado cuando sean expedidos por la Contraloría General de la República o la Auditoría General de la República, o por los Tribunales Administrativos cuando emanen de las contralorías territoriales.

Para el efecto, el fallo con responsabilidad fiscal y el antecedente administrativo que lo contiene, serán remitidos en su integridad a la secretaría del respectivo despacho judicial para su reparto, dentro de los cinco (5) días siguientes a la firmeza del acto definitivo.

Este artículo, modifica de forma sustancial la forma en la cual los responsables fiscales pueden acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo con el fin de solicitar y alegar la nulidad del fallo fiscal en su contra.

Esto debido a que se establece como novedad el control automático e integral de legalidad, desarrollado por el contencioso administrativo, a través de salas especiales dentro del Consejo de Estado, el trámite sería el siguiente:

Gráfica 2. Trámite del control automático del proceso de responsabilidad fiscal



Fuente: Gómez (2021, p1).

Y es que el control fiscal ha ido evolucionado con el fin de convertirse en un sistema idóneo e integral como lo establece la Constitución Política. A raíz de estos cambios se expidió el Acto legislativo 04 del 2019, que traía consigo un control previo y concomitante que fue reglamentado a través del Decreto 403 del 2020 y reformado con la Ley 2080 del 2021, en aspectos específicos como la revisión de los fallos de responsabilidad fiscal y el control integral sobre los mismos, por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Esto ha significado el cuestionamiento sobre las posibles implicaciones surgidas a raíz de la aplicación de este control. Es así como, el artículo 23 de la precitada ley, creó salas especiales formadas por el Consejo de Estado, cuyo objetivo era adelantar el control automático e integral de los fallos con responsabilidad emitidos por la Contraloría General de la República o la Auditoría General de la República, y los fallos expedidos por las Contralorías Territoriales, cuya competencia de control será ejercida por los Tribunales Administrativos.

Como ya se ha observado debido a su carácter oficios, esta actuación será remitida por el ente de control el término de cinco días hábiles siguientes que el acto administrativo este en firme. De otro lado, su integralidad comprende además el traslado de los antecedentes administrativos para el contencioso administrativo, pues este debe llevar a cabo un estudio minucioso, respecto al procedimiento adelantado por los operadores fiscales en la vigilancia del erario (Álvarez, 2022).

Sin embargo, estas medidas tienen serias implicaciones sobre la legalidad del proceso lo que conllevó que estas fueran objeto de revisión por el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo en un control automático de legalidad que dio como resultado la

### 2.3.2. El Auto de unificación del Consejo de Estado

El Consejo de Estado en su sala plena de lo contencioso administrativo, el 29 de junio de 2021, profirió auto de unificación jurisprudencial, en este llevó a cabo un control de legalidad de los artículos 23 y 45 de la Ley 2080 de 2021, que como se observó anteriormente, establecen el control automático de legalidad de los



fallos de responsabilidad fiscal y como se lleva a cabo este trámite. Como resultado del análisis adelantado se procedió a inaplicarlos, al considerar que son contrarios tanto a la Carta Política en sus artículos 29, 229 y 238 y a la Convención Americana de Derechos Humanos en sus artículos 8 y 25.

La decisión tomada por el Alto Tribunal de lo contencioso administrativo, orbitó sobre el hecho de que todas las decisiones que se tomen en medio de los procesos de responsabilidad fiscal deben ajustarse a lo establecido en los precitados artículos de la convención, debido fundamentalmente a que los servidores públicos tienen derecho a contar con los mecanismos de control efectivos para los actos administrativos que emanen de estos procesos, y eso solo se logra a partir de la aplicación de herramientas que permitan tanto la contradicción como la defensa.

Desde esta perspectiva, los servidores públicos que han sido sancionados a través de un fallo de responsabilidad fiscal, eran privados de la posibilidad de recurrir a los mecanismos extraprocesales de conciliación, lo que consecuentemente conlleva a que no pueda desplegar ningún tipo de herramienta jurídica para ejercer los derechos de defensa o contradicción, este es el caso de solicitar pruebas o presentar alegatos de conclusión.

El artículo 136A, también es contradictorio con lo relacionado con la práctica de pruebas en el control automático de legalidad, lo que restringe el derecho de los responsables fiscales a su adecuada defensa, en los términos establecidos en el artículo 29 de la Constitución Política y el artículo 8.1 de la Convención, en este sentido el auto dice a la letra que:

...toda vez que [la práctica de las pruebas] queda dependiendo de la decisión discrecional del juez de este medio de control, pues de la redacción de los preceptos legales en comento se entiende que el responsable fiscal no tiene la posibilidad real de solicitar y allegar pruebas, y tampoco puede controvertir la decisión que adopte el magistrado ponente sobre la necesidad de tener un periodo probatorio o de pronunciarse en alegatos de conclusión acerca de las pruebas que efectivamente se practiquen, lo cual restringe su derecho a la defensa, que es parte del núcleo esencial del derecho al debido proceso.

Es así como para el Consejo de Estado los controles automáticos de legalidad en los fallos de responsabilidad fiscal son susceptibles de vulnerar el debido proceso.

Se destaca dentro de la línea argumentativa desplegada por el Tribunal de lo contencioso administrativo los siguientes aspectos:

1. El mecanismo de control inmediato de legalidad de los fallos con responsabilidad fiscal previsto dentro de la ley 2080 de 2021, le deniega responsables fiscales la capacidad para impugnar a partir del ejercicio del control de nulidad todos aquellos actos administrativos que les sean adversos. Esto debido a que durante el transcurso del juicio adelantado por el juez administrativo en el control inmediato de legalidad se le priva responsable el poder acudir a la vía ordinaria, con el fin de discutir la legalidad del acto administrativo y los efectos negativos que pueda tener.



2. También se produce una transgresión en el derecho al debido proceso, debido a que los responsables fiscales no estarán en capacidad de solicitar el restablecimiento del derecho, tampoco podrán ejercer los actos procesales propios y garantizados por la ley, y que se encuentran dentro del control de nulidad y restablecimiento del derecho. Dentro de estas acciones se encuentran la solicitud de la suspensión del acto administrativo, la aportación de medios de prueba, y presentar alegatos de conclusión. Esta transgresión al derecho al debido proceso se aumenta si se tiene cuenta, que según el artículo 45 de la ley 2080 de 2021, el encartado es tratado como un simple interviniente en un proceso de naturaleza administrativa.
3. De otro lado, el control inmediato de legalidad sobre los fallos con responsabilidad fiscal, se ve finalizado con una sentencia que tiene efectos *erga omnes*, que tienen influencia inclusive sobre personas que no formaron parte del proceso.

Además, es necesario tener en cuenta que los fallos con responsabilidad fiscal son actos administrativos de carácter particular, esto significa que la persona investigada tiene el derecho de controvertir los actos administrativos de forma inicial lo cual se lleva a cabo a partir de un procedimiento administrativo que se encuentra claramente descrito en la ley. También podrá posteriormente y en sede judicial, ejercer las acciones legales permitidos en la ley 1437 de 2011.

Según el artículo 238 de la Constitución de 1991, sancionado podrá solicitar que las medidas tomadas en su contra sean suspendidas de manera provisional, mientras se resuelve el proceso de manera definitiva por el Juez contencioso administrativo.

En cuanto a la forma en la cual se encuentra previsto el proceso dentro de la ley 1437 de 2011, el funcionario sancionado dentro de un proceso fiscal adelantado por la Contraloría se enfrentaría únicamente a las medidas estipuladas por la entidad que expidió el fallo sancionatorio. Dentro del nuevo procedimiento establecido en el artículo 45 de la ley 2080 de 2021, el sancionado es puesto en un debate dentro de una acción de carácter público en la cual se ve privado de ejercer los derechos contemplados por el proceso ordinario que fue regulado de manera inicial por la ley.

Resumiendo, para el Consejo de Estado, los artículos 23 y 45 de la ley 2080 de 2021 no son compatibles con la Constitución de 1991 ni con la Convención Interamericana de Derechos Humanos, yendo también en contra de las garantías que debe asegurar la jurisdicción de lo contencioso administrativo para el ejercicio de las funciones que le fueron entregadas por el constituyente primario.

### **3.- ANALISIS Y DISCUSIÓN DE LA INFORMACION**

Para la Corte IDH es claro que la aplicación de una sanción consistente en la destitución e inhabilitación de un servidor público elegido por voto popular, como resultado de una infracción de tipo administrativo y que no se considera como delito dentro del ordenamiento legal, desborda el principio de proporcionalidad que deben tener estas medidas y además afecta de manera directa la voluntad de los ciudadanos que depositaron su voto a favor de ese candidato

También destaca que la responsabilidad de preservar la integridad de los derechos humanos de los ciudadanos es de los Estados, y que la CADH no sustituye esta jurisdicción si es complementaria y tiene la



obligación de ejercer control de convencionalidad con el fin de que exista coherencia entre el ordenamiento jurídico nacional y las obligaciones internacionales adquiridos por el Estado. Establece que los fallos sancionatorios proferidos en contra del Señor Petro, estuvieron viciados de nulidad debido a que no poseía competencia para tomar este tipo de decisiones.

El control fiscal en Colombia es de carácter posterior y selectivo, por lo que los procesos de responsabilidad fiscal se enfocan en actuaciones que en algunas ocasiones se han llevado a cabo años atrás, por lo que al momento de proferir el fallo estos pueden estar ocupando otra posición dentro de la administración pública o en entidades privadas, los que se verán afectados por la decisión tomada por el órgano de control, lo que significa una vulneración para sus derechos más fundamentales.

En cuanto al pronunciamiento adelantado por el Consejo de Estados sobre el control automático de legalidad de los fallos de responsabilidad fiscal proferidos contra servidores públicos, va en el mismo sentido de lo establecido por la Corte IDH, definiendo que es necesario que este tipo de procesos garanticen de manera plena los derechos de las personas.

Para el juez de lo contencioso administrativo cuando analiza casos que se relacionan con la trasgresión de los derechos humanos debe tener en cuenta los aspectos relacionados con la Constitución y las normas internacionales que han sido suscritos por el Estado, por lo tanto, su función no se limita a los aspectos básicos, que consisten en determinar cuál es el monto a resarcir luego de que se haya realizado una valoración de los posibles daños. Por lo que debe profundizar en su labor al enmarcarla en el principio de la reparación integral y procurar que se pueda adelantar el restablecimiento integral del daño sometido. A partir de esta aplicación del control de convencionalidad, se decidió que la reparación de daños tanto materiales como inmateriales es necesaria para el resarcimiento de los derechos de las víctimas y denota el cumplimiento del Estado colombiano de lo ordenado por la normatividad internacional.

En este orden de ideas, desde el punto de vista del derecho procesal es evidencia que se afectan una serie de garantías procesales, en especial el derecho a la defensa pues al aplicarse de forma automática el control de convencionalidad, los servidores públicos que son sancionados por la Contraloría General de la República pierden la capacidad de presentar una defensa adecuada ante el ente que conocerá del caso, esto también es acorde con el derecho a tener un proceso con todas las garantías, pues es claro que las diversas garantías procesales no son opcionales, y están consagradas de manera clara y taxativa en el ordenamiento jurídico nacional y deben ser cumplidas a cabalidad por las instituciones encargadas de su salvaguarda.

De otro lado se podría afirmar que este tipo de control, al ser automático garantiza que se trata de un proceso sin dilaciones y con la mayor celeridad posible, pero este principio también contempla que se deba desarrollar de manera acorde con la naturaleza del litigio y respetando los derechos de los procesados.

La jurisdicción contencioso administrativa ya se ha pronunciado en diversas ocasiones respecto al procedimiento de control inmediato de legalidad sobre los fallos con responsabilidad fiscal, lo que ha conllevado a que se consolide su posición en un auto de unificación que busca dar una solución al panorama que se planteó a partir de las modificaciones desarrolladas por la Ley 2080 de 2021, la cual traía aparejado



un problema de seguridad jurídica para quien resultaba destinatario de un fallo con responsabilidad fiscal proferido por la Contraloría General de la República o por las Contralorías Regionales, pues de acuerdo a lo estipulado en estos cambios con dificultad se podría estimar cuál es la carga que se le impone de cara a controvertir los actos administrativos proferidos por estas autoridades.

Sin embargo, no se puede dejar de lado y en esto son claras las sentencias la necesidad de que los Estados cuenten con instituciones que posean un poder sancionatorio, que para el caso de Colombia es otorgada directamente por la Constitución, que además se considera como el orientador de las funciones que deben ser acordes con lo ordenado por la carta, por lo que como lo indica los servidores públicos que infrinjan lo expresado en esta fallen de manera voluntaria o involuntaria en la gestión fiscal, deberán responder ante las autoridades y para el caso particular de las infracciones fiscales se refiere a la Contraloría General de la República.

Esto se constituye en uno de los atributos punitivos que posee el estado colombiano, y convierte al derecho disciplinario en una forma de control social, lo que es una forma en la cual se puede modular y trasladar a este los principios rectores de justicia y eficacia para lograr que se equilibre el interés general y las garantías individuales.

La función delegada por la Constitución en la Contraloría, que le permite investigar y sancionar fiscalmente a los funcionarios públicos, son considerados como actos de tipo administrativo, que se encuentran sujetos al control judicial de la jurisdicción contenciosa administrativa.

Además del régimen fiscal para la función pública, pueden existir disposiciones disciplinarias específicas para aquellos grupos particulares de funcionarios públicos que estén regulados por estatutos específicos. Por ejemplo, muchas disposiciones que afectan la disciplina en la policía, el ejército, los jueces, etc. Pueden ser específicas y diferentes de la administración pública en general. Los fundamentos de estas disposiciones específicas derivan de la naturaleza específica de las funciones y responsabilidades legalmente asignadas a estos funcionarios. En algunos casos, servicios muy sensibles políticamente, como inteligencia u otros, tienen regulaciones disciplinarias muy especiales.

Finalmente, queda claro cómo existe una tensión entre la potestad sancionatoria en materia fiscal de la Contraloría y los derechos políticos de los servidores públicos elegidos por voto popular, en el momento en el cual se comete una falta de este tipo que debido a su gravedad puede ser sujeta a una sanción de inhabilidad o destitución.

#### **4.- CONCLUSIONES**

Sobre las garantías procesales existentes en el ordenamiento jurídico colombiano, estas son aplicables tanto a los procesos judiciales como a los de tipo administrativo y que tienen como objetivo garantizar los derechos procesales de las personas que están siendo objeto de algún tipo de investigación, es decir que pueda desarrollar su defensa de manera apropiada y con las mejores condiciones posibles, estas garantías



deben ser entregadas por los entes investigadores y son reconocidas a nivel tanto nacional como internacional.

Por lo tanto, cualquier reforma que se proponga a los procesos sancionatorios, tanto fiscal como disciplinario, implica que se tengan en cuenta todos los aspectos que son esenciales para la protección de las garantías fiscales, es decir que los investigados puedan acceder al debido proceso, conocer los avances del proceso, presentar pruebas que lo beneficien, y que todo el desarrollo de las acciones en su contra sean acordes a lo establecido a los mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos. Y es que Colombia como un Estado social de derecho, está en la obligación de crear escenarios para que las autoridades tanto judiciales como administrativas propendan por el respeto de las garantías procesales en cada uno de sus actos.

Respecto a las implicaciones del fallo de la CIDH sobre el caso Petro y los procesos de responsabilidad fiscal que fueron adelantados en su contra por la Contraloría Distrital, es claro como a partir de las acciones fiscales tomadas por parte de este órgano de control, en contra del entonces Alcalde Mayor de Bogotá, Gustavo Petro Urrego, generó una controversia entre el alcance las atribuciones disciplinarias de este ente y los parámetros establecidos en el derecho internacional público, en especial por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Esto debido a que las sanciones pecuniarias que fueron interpuestas por este ente en contra del mencionado servidor público de elección popular atentaban directamente en contra de sus derechos políticos, pues esta implica la inscripción en el boletín de responsables fiscales hasta que la sanción no sea cancelada en su totalidad y debido a los montos de la misma, en muchos casos se hace impagable, por lo que las consecuencias jurídicas de la misma nunca cesan, impidiéndole acceder a cargos públicos o de elección popular.

Sobre la garantía del debido proceso dentro del proceso de responsabilidad fiscal, específicamente en el control automático de legalidad, el Consejo de Estado en su Auto de Unificación ha desarrollado tres tesis: formal o textualista, taxativa o estricta y sustancial o materiales. Pero ha aterrizado su idea en esta última partiendo del análisis del contenido material del acto, pues no le importa si las autoridades administrativas sus sentencias omiten mencionar aspectos generales, sino que se examina lo material, lo manifestado en el acto administrativo general y la forma en la cual se garantizan los derechos de las personas.

Sobre el principio y derecho al debido proceso como garantía y eje central de cualquier tipo de proceso, es claro que debe ser aplicado en cada uno de las partes de las actuaciones administrativas, porque si bien su carácter es más laxo que en un proceso judicial, en especial porque se busca la celeridad de la función administrativa, esto no significa que no deba ceñirse de manera estricta a las garantías mínimas del debido proceso.

También se encontró como si bien se persigue que el proceso de responsabilidad fiscal debido a su naturaleza administrativa sea rápido, cumpliendo así con el principio procesal de la celeridad, esto no debe comprometer la integridad del mismo o dejar de lado los derechos del procesado, por lo que la agilidad debe ser proporcionada por la rapidez en los procesos, pero nunca basándose en que no se puedan garantizar los demás principios procesales.

Aspectos como que el hecho de que una sola entidad sea la responsable de encontrar el daño patrimonial, reportar el hallazgo, investigarlo y proferir el fallo, compromete la presunción de inocencia, pues no se



puede desconocer que se puede prestar para que se generen juicios previos, comprometiendo el criterio que se requiere para tomar una decisión de este tipo.

En relación a los principios de autonomía e imparcialidad estos se ven materializados cuando las personas son juzgadas en un tribunal independiente, sin embargo, debido a las características del proceso de responsabilidad fiscal esto no se cumple, por el contrario, el fallo de responsabilidad fiscal es proferido por la misma entidad que investiga, y el control automático le resta a los encartados la posibilidad de tener un juicio imparcial e independiente por parte de otro tribunal.

De allí que sea necesario que se replantee esta característica del proceso de responsabilidad fiscal y poder entregar a las personas investigadas la imparcialidad necesaria, que en la actualidad no se le entrega debido a la concentración de funciones en el modelo actual, pues la misma entidad se encarga de investigar y juzgar.

Finalmente, sobre el alcance y el carácter integral que debe tener el medio de control inmediato de legalidad ejercido a las medidas sancionatorias de carácter administrativo, es clara la controversia suscitada al interior de la sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, sobre la necesidad de ejercer control judicial sobre este tipo de fallos y el efecto que esto tendría sobre las garantías procesales. Esto sería imposible pues el carácter integral de este tipo de control convencional, constitucional y de legalidad, no permitiría que las personas pudiesen rebatir las decisiones tomadas en su contra, lo que afectaría el debido proceso y su capacidad de defensa.

#### LISTA DE REFERENCIAS

Infografía

Acosta, P. Barbosa, J. y Rojas, G. (2021). El precedente administrativo en el proceso de responsabilidad fiscal en Colombia. [Tesis de maestría: Universidad Santo Tomás]. Repositorio USTA. <https://repository.usta.edu.co/jspui/bitstream/11634/34993/1/2021BarbosaJuan.pdf>

Chaverra, S., Palacios, I., Perea, J., Mosquera, D. y Vallejo, A. (2018). El debido proceso en el proceso verbal de responsabilidad fiscal: el derecho a ser oídos. [Tesis de maestría, Universidad libre Pereira]. Repositorio unilibre.

Congreso de la República (2020, 25 de enero). Ley 2080 de 2020. Por medio de la cual se reforma el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo -ley 1437 de 2011- y se dictan otras



disposiciones en materia de descongestión en los procesos que se tramitan ante la jurisdicción. D.O. 51.568. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=156590>

Congreso de la República (2011, 12 de julio). Ley 1474 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. D.O. 48.128. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=43292>

Congreso de la República (2000, 15 de agosto). Ley 610 de 2000. Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías. D.O. 44.133 <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=5725#1>

Consejo de Estado (2021, 29 de junio). Auto de Unificación Jurisprudencial sobre control automático de legalidad de los fallos con responsabilidad fiscal. Radicación número: 11001-03-15-000-2021-01175-01(B) (SU). (C.P. Ponente William Hernández Gómez).

Consejo de Estado (2017). Sentencia 08001 23 31 000 2011 00768 – 01 (CP Stella Jeannette Carvajal Basto)

Consejo de Estado (2016). Sentencia 8001-23-33-000-2013-01024-01. (C.P. María Elizabeth García González)

Consejo de Estado (2009). Sentencia 110010326000200900035 00 SC185A/09 (C.P. Mauricio Fajardo Gómez).

Contraloría General de la República (2018). La responsabilidad fiscal. <https://www.contraloria.gov.co/control-fiscal/responsabilidad-fiscal>



Corte Constitucional (2008, 23 de abril). Sentencia C-382 de 2008. (MP Rodrigo Escobar Gil)

Corte Constitucional (2005, 22 de noviembre). Sentencia C-1189 de 2005. (MP Humberto Antonio Sierra Porto).

Corte Constitucional (2001, 8 de noviembre). Sentencia C-1179 de 2001. (MP Jaime Córdoba Triviño)

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Petro Urrego. Presidenta Elizabeth Odio Benito.

Elias, G. y Muñoz, M. (2014). Garantías procesales. <https://www.eliasymunozabogados.com/diccionario-juridico/garantias-procesales>

Gómez, P. (2021). Responsabilidad fiscal en el “nuevo” CPACA. <https://gomezpinzon.com/wp-content/uploads/2021/04/Responsabilidad%20fiscal%20en%20el%20nuevo%20CPACA.pdf>

Gozaíni, O. (2018). El debido proceso. Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. <https://gozaini.com/wp-content/uploads/2018/07/Debido-proceso.pdf>

Hidalgo, M. (2020). Sujetos pasivos de la responsabilidad fiscal en Colombia. [Artículo de maestría: Universidad de Antioquia]. Repositorio UDEA. <http://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/20966/1/HidalgoMallely%202020%20SujetosResponsabilidadColombia.pdf>

Lorca, A. (2017). El derecho procesal, como sistema de garantías. Boletín mexicano de derecho comparado, 107, 23-35. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3758/4648>



Lozano, M (2021). Inaplicación por inconstitucional del control automático de los fallos con responsabilidad fiscal. <https://www.arizaymarin.com/actualidad-legal/inaplicacion-por-inconstitucional-del-control-automatico-de-los-fallos-con-responsabilidad-fiscal/>

Maciá, R. (2015) La dualidad del daño patrimonial y del daño moral. Revista de responsabilidad civil y seguros, 1, 21-32.

Organización de los Estados Americanos (1969, 22 de noviembre). Convención americana de derechos humanos. Pacto de San José. [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm)

Restrepo, M. (2001). Responsabilidad fiscal. Estudios Socio-Jurídicos, 3(2), 75-95. [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0124-05792001000200005&lng=en&tlng=es.](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-05792001000200005&lng=en&tlng=es)

Sánchez, C. (2007). Aspectos sustanciales de la responsabilidad fiscal en Colombia. Universidad Sergio Arboleda, 7(13), 81-96.

Suárez, C. (2018). Incidencia de la potestad del procurador para dar muerte política a un funcionario electo por voto popular. Via inveniendi et iudicandi, (13) 1.

Zinny, J. (2016). El concepto del debido proceso. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4250/9.pdf>