

Universidad Santo Tomás

Facultad de Derecho

Maestría en Derecho Contractual Público Y Privado

**EL DEBIDO PROCESO Y LAS GARANTÍAS DEL CONTRATISTA EN EL
PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO CONTRACTUAL**

Autor

MIRYAM JOHANA MENDEZ HORTA

Presentado al profesor

Leonardo Álvarez Casallas

Abogado Magister

Bogotá, Colombia, 2017

Índice

Generalidades del debido proceso; un derecho de garantías

Resumen.....	5
Introducción.....	7
1- Aspectos generales del debido proceso.....	10
1.1-La constitucionalización del debido proceso.....	10
1.2- El debido proceso administrativo.....	12
1.3- El debido proceso en actuaciones administrativas sancionatorias.....	15
2- Desarrollo normativo del debido proceso.....	17
2.1- En el ámbito internacional.....	17
2.2- En el ordenamiento legal colombiano desde la óptica administrativa.....	19
2.3- En materia de contratación estatal en Colombia.....	21
3- Las garantías del debido proceso.....	27
4.- El debido proceso en España y sus garantías en el marco jurídico – administrativo.....	35
4.1- Fundamentos normativos en las actuaciones administrativas sancionatorias.....	35
4.2- Aplicación de las garantías en los procedimientos administrativos sancionatorios.....	38
a. Principio de legalidad y tipicidad.....	38
b. Principio de juez natural.....	39
c. Garantía de procedimiento.....	40

d. Principio de favorabilidad.....	41
e. Principio de presunción de inocencia.....	43
f. Derecho de defensa.....	43
g. Principio de publicidad y de un procedimiento sin dilaciones injustificadas.....	45
h. Derecho de impugnación.....	47
i. Principio de <i>Non bis in ídem</i>	47
j. Culpabilidad de la conducta.....	49
Conclusiones.....	52
Referencias.....	55
Fuentes Jurídicas.....	59

**Las garantías del debido proceso, reflexiones sobre cuáles y cómo aplican en los
procedimientos sancionatorios contractuales en Colombia**

Resumen.....	63
Introducción.....	65

1- Las garantías del debido proceso en el procedimiento sancionatorio contractual

1.1- Derecho a no ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputan.....	69
1.2- Derecho a ser juzgado ante juez o tribunal competente	77
1.3- Derecho a que el procedimiento administrativo se adelante con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.....	80

1.4- Derecho a que “en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”	84
1.5- Derecho a que “Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable”	88
1.6- Derecho a que “Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa”, así como la garantía “a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra”, del mismo modo que “Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”	94
1.7- Derecho a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas.....	100
1.8- Derecho a impugnar la sentencia condenatoria.....	108
1.9- Derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.....	111
1.10.- La culpabilidad de la conducta.....	117
Conclusiones.....	124
Referencias.....	129
Fuentes Jurídicas.....	135

Generalidades del debido proceso; un derecho de garantías

Resumen

El artículo hace un análisis sobre la influencia del fenómeno de constitucionalización del derecho, respecto de la implementación del debido proceso en materia sancionatoria contractual. Particularmente, Se estudia el proceso de constitucionalización del derecho administrativo, la implementación del “debido proceso administrativo” en el ejercicio del *ius puniendi* del Estado. El fundamento normativo del principio citado resalta en materia sancionatoria contractual, por la referencia a las garantías que se han considerado como elementos fundamentales en el derecho. Por último, el trabajo mostrará que el lento desarrollo del proceso de constitucionalización del derecho administrativo (en la aplicación del debido proceso), en materia sancionatoria contractual es causa de inseguridad jurídica y un efecto de deficiencia en la unificación de las garantías que componen dicho principio.

Abstract

The article makes an analysis on the influence of the phenomenon of constitutionalization of the law, regarding the implementation of due process in contractual sanctioning matters. In particular, the process of constitutionalization of administrative law is studied, the implementation of "due administrative process" in the exercise of the *ius puniendi* of the State. The normative foundation of the aforementioned principle highlights in contractual sanctioning matters, by reference to the guarantees that have been considered as fundamental elements in the law. Finally, the work will show that the slow development of the process of

constitutionalization of administrative law (in the application of due process), in contractual penalties is a cause of legal uncertainty and a deficiency effect in the unification of the guarantees that make up that principle.

Palabras clave

Constitucionalización del derecho, poder sancionador de la Administración, debido proceso.

Introducción

Una de las manifestaciones del *ius puniendi* del Estado es precisamente la facultad sancionadora de la Administración. Ésta permite que se impongan sanciones a los administrados que incumplan los deberes u obligaciones, con miras a garantizar el adecuado funcionamiento del Estado a través del cumplimiento de las funciones que legal y constitucionalmente le han sido impuestas.

En Colombia la facultad sancionadora de la Administración encuentra su soporte en el artículo 29 de la Constitución de 1991, cuando se reconoce el debido proceso como un derecho fundamental en las actuaciones administrativas, pues, a través de su aplicación se evita la toma de decisiones arbitrarias o abusivas por parte de la Administración, razón por la cual a su vez este fundamento constitucional se ha considerado como el límite en el ejercicio de esta potestad.

Adicionalmente, con ocasión del bloque de constitucionalidad que se desprende del artículo 93 de la Constitución, la facultad sancionadora de la Administración encuentra soporte en instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ley 74 de 1968, ratificado el 29/10/1969) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Ley 16 de 1972, ratificada el 31/07/1973), al ser estos un parámetro de interpretación de derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, como en el caso de la aplicación del derecho al debido proceso.

A partir del mencionado fundamento constitucional, el debido proceso ha ido permeando los procesos sancionatorios que adelanta la Administración, partiendo del contenido que al principio le ha dado la propia Constitución de 1991.

Adicionalmente la labor interpretativa que ha hecho la Corte Constitucional y el Consejo de Estado resulta importante, dado que, que se ha reconocido que este derecho fundamental se encuentra constituido por una serie de garantías procesales, que si bien son traídas del derecho penal se aplican al derecho administrativo de una manera modulada atendiendo a la naturaleza de la sanción que se impone. También, implica la actividad propia de la Administración que en el ejercicio de su función es velar por el interés general y garantizar principios como el de celeridad y economía (contenidos en el artículo 209 de la Constitución).

A pesar de la consagración del principio del debido proceso en asuntos administrativos por medio de instrumentos internacionales, constitucionales y la labor adelantada por las altas cortes, el fenómeno de constitucionalización del derecho en este sentido no se ha evidenciado en un grado tan representativo en materia de procedimientos sancionatorios contractuales.

En el presente artículo se determinará el avance en el proceso de constitucionalización del derecho administrativo, especialmente, en lo refiere a la aplicación del debido proceso en el ejercicio del *ius puniendi* del Estado en materia contractual, con miras a dar respuesta a la pregunta de si ¿el derecho fundamental del debido proceso y sus elementos integradores tienen aplicación plena como garantías del contratista en el desarrollo del proceso sancionatorio contractual?.

Para el efecto, se parte de la hipótesis de que si bien con ocasión del proceso de constitucionalización del derecho, resulta aplicable el derecho al debido proceso en los procedimientos sancionatorios de tipo contractual por ser un derecho fundamental reconocido sin limitación alguna, en las actuaciones administrativas desde 1991. En virtud de una labor de interpretación Constitucional se restringe su aplicación plena en ésta área del derecho atendiendo

la obligación que tiene la Administración de dar cumplimiento a los fines del Estado y los principios que rigen la función administrativa.

A partir de una investigación teórico – documental y de tipo descriptivo, se estudiará de manera general el derecho al debido proceso desde el fenómeno de la constitucionalización del derecho, su efecto en el derecho administrativo sancionador, el fundamento normativo en Colombia. Lo anterior, valiendonos de documentos internacionales y una breve referencia del marco jurídico Español por considerarse la base para el desarrollo normativo que ha tenido nuestro ordenamiento jurídico, en materia sancionatoria administrativa. Finalmente, haremos una aproximación a las garantías que doctrinaria y jurisprudencialmente se han considerado como elementos integrantes del derecho al debido proceso.

1.- Aspectos generales del debido proceso

1.1- La constitucionalización del debido proceso.

La Declaración Universal de Derechos Humanos adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 1948 siguió algunas líneas de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano del año 1789, con el objetivo de garantizar la dignidad del hombre. Se reconoció a las personas garantías para lograr la efectividad de sus derechos fundamentales, los cuales fueron plasmadas gradualmente en las legislaciones de los Estados miembros.

A partir de ello, en Colombia el ordenamiento jurídico ha tenido importantes cambios reflejados principalmente en el reconocimiento de garantías como mecanismos de protección de derechos, que para el caso del derecho administrativo, se dan frente a las prerrogativas que la misma Administración pública ostenta. Dicho proceso se desarrolló a partir de la Constitución de 1991, con la transformación del Estado colombiano, en el marco de un Estado Social de Derecho, donde prima el reconocimiento y la protección de los derechos de las personas.

Inicialmente el proceso de reconocimiento de garantías se materializó, en gran parte, gracias al papel adoptado por la Corte Constitucional en el denominado proceso de constitucionalización del derecho. Este fenómeno, en virtud del cual todo régimen jurídico de un país respecto de las especialidades es permeado por la interpretación de la Constitución Política del respectivo Estado. (Rodríguez, 2000 p. 100).

Se ha considerado que la Corte Constitucional en cumplimiento de su función de guardiana de la Constitución, en virtud del proceso de constitucionalización del derecho, ha reconstruido los derechos innominados y realizado una ampliación de los contenidos de la

Constitución. También la Corte ha dado un carácter obligatorio a sus pronunciamientos (Suarez, 2014), con lo cual se ha permeado de preceptos constitucionales los postulados legales, como es el caso del derecho administrativo.

Este proceso de constitucionalización del derecho generó para el caso del derecho administrativo una modernización del derecho (Favoreu, 1996). Por otro lado, se ha entendido como una crisis del derecho administrativo por la necesidad de esta área del derecho de acoplarse a las nuevas necesidades del mundo, entre ellas, la constitucionalización de derechos fundamentales (Naranjo, 2009).

Ahora, en miras de convertirse en un documento garantizador efectivo de derechos, la Constitución (1991, art. 4, 95) consagró como una norma jurídica propiamente dicha con fuerza vinculante y dotada de principios y reglas caracterizadas como mandatos de optimización (Suarez, 2014).

Con ocasión del proceso de constitucionalización del derecho anteriormente referido, la Corte Constitucional en sentencia C-1040 del 19 de octubre de 2005, en los mismos términos planteados por Calle (2014) y siguiendo al autor Ricardo Guastini (2010) presentan que la constitución se encuentra por encima de cualquier otra norma del ordenamiento jurídico, y permiten su aplicación directa e inmediata, por parte de los operadores administrativos, judiciales y los particulares.

Es así que uno el principio del “Debido Proceso” hace parte de nuestra Carta Magna, en virtud del proceso de constitucionalización del derecho. Este permeó el derecho administrativo al ser consagrado constitucionalmente como derecho fundamental. Es considerado por algunos doctrinantes como un derecho humano incluido en la Constitución (Agudelo 2005), incluso es

representado con un carácter absoluto y universal, donde las regulaciones en este sentido, deben ser entendidas propiamente como derecho de esta naturaleza (Petit, 2011).

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el debido proceso hace referencia a los requisitos procedimentales que deben observarse para efecto de garantizar ante una autoridad del Estado, el ejercicio de un derecho de defensa en su concepto amplio¹. Por su parte, la Corte Constitucional colombiana ha señalado que el debido proceso debe considerarse como las garantías procesales, bien sea judiciales o administrativas. Legalmente se le reconocen a la persona la protección de sus derechos en miras de una “correcta justicia” (Corte Constitucional, Sala Plena, C- 980, 2010).

Teniendo en cuenta que el propósito fundamental del debido proceso es la garantía de la justicia, la Corte ha resaltado que la misma se materializa a través del cumplimiento de los fines que constitucionales impuestos al Estado. No sólo en el artículo 2 de la Constitución Política, sino que también en su preámbulo y el artículo 1 promueven estos fines (Corte Constitucional, Sala Plena, C- 641, 2002).

En orden de ideas, el derecho fundamental al debido proceso se ha de entender como uno de los máximos exponentes y un orientador del Estado de derecho, en la medida en que está compuesto por principios materialízales a través de mandatos legales, que reglamentan el actuar judicial y que buscan evitar el abuso, en el ejercicio de los poderes exorbitantes de las autoridades públicas (Corte Constitucional, Sala Plena, C- 214, 1994).

1.2- El debido proceso administrativo.

Como se indicó anteriormente, a partir de 1991 por mandato directo de la Constitución y en virtud del proceso de constitucionalización del derecho, el debido proceso debe ser observado no sólo en las actuaciones de naturaleza judicial, sino que adicionalmente debe aplicarse en

¹ (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú, 2001)

aquellas actuaciones adelantadas por la Administración para el cumplimiento de sus fines. Asimismo, el debido proceso administrativo tiene la naturaleza de derecho fundamental y a su vez es una garantía para efectivizar los derechos en el campo del derecho administrativo, y está compuesto por entrecruzado con los principios que regulan el actuar de la Administración (Bechara, 2015).

Para la Corte Constitucional, el debido proceso administrativo se constituye en un derecho fundamental de aplicación inmediata consagrado no sólo en el artículo 29 de la Constitución (1991) sino también en los artículos 6 y 209, que delimitan su aplicación (Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión, T-796, 2006).

Como se ha venido resaltando, el debido proceso se ha convertido en uno de los postulados constitucionales que más garantías otorga a los administrados, en la medida que recoge de una manera concretizada la mayoría de principios rectores de la actividad de la Administración. (Santofimio, 2007b).

Es así que el referido derecho se encuentra estructurado a partir del otorgamiento de una serie de garantías procesales que no se encuentran taxativamente definidas en algún postulado normativo, pues, se ha considerado que ni siquiera éstas se pueden limitar a las garantías que refiere el propio artículo 29 de la Constitución Política.

Para el caso del derecho administrativo, se ha considerado por la doctrina y la jurisprudencia, en una posición pacífica, que las garantías derivadas del debido proceso tienen una aplicación matizada en comparación con la aplicación plena de garantías, en los procesos de naturaleza judicial, especialmente en el derecho penal.

Lo anterior, en atención a las distintas finalidades que persiguen estos dos, pues, mientras en los procesos judiciales se busca la aplicación del principio de legalidad en su máxima

expresión, en los procesos de carácter administrativo se persigue el cumplimiento de los fines del Estado, dado el papel de la Administración como garante del interés general (Carvajal, 2010).

Adicionalmente, está la obligación adicional de dar cumplimiento a los postulados constitucionales consagrados en el artículo 209 (Corte Constitucional, Sala Plena, C – 640, 2002).

Sobre el particular, Cabrales (2014) ha sostenido que el derecho fundamental al debido proceso administrativo no tiene el carácter de absoluto, ya que, puede restringirse con autorización constitucional, para efectos de dar cumplimiento a otros principios constitucionales o garantizar otros derechos fundamentales. La anterior posición ha sido avalada por la Corte Constitucional cuando en sus pronunciamientos ha sostenido que las garantías propias del debido proceso deben ser aplicadas en los procesos administrativos, dicha aplicación debe analizarse teniendo en cuenta las diferencias que existen, en cuanto a los fines particulares que se persiguen (Corte Constitucional, Sala Plena, C-610, 2012).

Finalmente, se ha definido por la jurisprudencia constitucional que estas garantías constitutivas del derecho fundamental del debido proceso administrativo deben clasificarse, según la etapa del procedimiento que se adelante. Es así que, se identifican una serie de garantías en la etapa de creación y ejecución de los actos administrativos (garantías previas) y otras en la etapa posterior a la expedición de éstos (garantías posteriores), las cuales constituyen una de las principales diferencias con relación a la aplicación del debido proceso en el ámbito judicial (Corte Constitucional, Sala Plena, C- 089, 2011).

Siguiendo la misma línea jurisprudencial, el Consejo de Estado ha sostenido que en esta área del derecho, si bien en razón al mandato constitucional – (Const., 1991, art. 29) - no existe duda sobre la exigibilidad del debido proceso propiamente dicho, se observan garantías

integrantes del mismo, que por vía jurisprudencial y doctrinaria no pueden ser reconocidas o simplemente deben ser matizadas. Este fenómeno implica una limitación del derecho al punto de volverlo compatible con el procedimiento que se adelante (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, A – 45316, 2013).

1.3- El debido proceso en actuaciones administrativas sancionatorias.

La Corte Constitucional ha considerado, entre otras, en sentencia C- 530 del 3 de julio de 2003, que la facultad sancionadora del Estado refiere a la facultad que tiene sus órganos para imponer sanciones según su competencia.

Especialmente en el ámbito administrativo, autores como Ramírez (2007) han sostenido que la potestad sancionadora debe entenderse como el poder reconocido a la Administración, cuyo uso debe facilitar el cumplimiento de las funciones que les han sido asignadas y, así garantizar el adecuado funcionamiento del aparato judicial.

Por su parte, para Ossa (2009) considera que es una atribución propia de la Administración, la cual se traduce en la viabilidad jurídica de la imposición de sanciones a los particulares y a los funcionarios que infrinjan sus disposiciones. Dicha atribución se encamina a reprimir aquellas conductas transgresoras de la normatividad propia de la Administración. Pero esta facultad se sujeta a las limitaciones constitucionales y legales que se establecen en la Carta fundamental y en las disposiciones que la reglamentan.

En este sentido, se considera que el derecho fundamental del debido proceso es aplicado en los procesos administrativos de naturaleza sancionatoria, pues, se ha considerado jurisprudencialmente que, pese a que en el caso colombiano no existe un fundamento constitucional expreso que otorgue a la Administración la facultad sancionadora, como manifestación del *ius puniendi* del Estado, tiene su fundamento en el artículo 29 de la

Constitución (1991), cuando expresamente se consagró el respeto al debido proceso en los procesos de naturaleza administrativa, como en los referidos por el derecho penal (Ramírez, 2007).

El poder sancionador de la Administración es una manifestación del *ius puniendi* del Estado, como también lo es en el derecho penal. Se ha considerado que al derecho administrativo sancionador debe aplicar las mismas garantías que en un proceso de naturaleza penal.

Es así que, ha sido aceptado casi de forma unánime, que el derecho fundamental al debido proceso y las garantías inmersas en él, deben ser aplicadas, incluso, en las actuaciones administrativas de naturaleza sancionatorias, pues, este derecho comporta el límite al ejercicio de una potestad de la Administración, la cual es la facultad de imponer sanciones.

Para el caso colombiano, la jurisprudencia ha tenido una posición pacífica en este sentido, siguiendo la misma línea sobre la matización de las garantías del debido proceso en los procedimientos administrativos generales. La Corte Constitucional ha sostenido frente a los procedimientos de naturaleza sancionatorios que, si bien son producto de la facultad sancionadora de la Administración, la cual opera como una manifestación del *ius puniendi* del Estado del que también se desprende el derecho penal, esto no conlleva que las garantías del debido proceso se apliquen con la misma intensidad en ambos procedimientos.

En este orden de ideas, las garantías del debido proceso deben ser aplicadas con su máximo rigor en los procedimientos de naturaleza penal y flexibilizada frente a los procedimientos de naturaleza sancionadora administrativa dada su finalidad². Se ha planteado que en cada una de las áreas que involucra el derecho administrativo se debe analizar de forma particular la aplicación de los elementos constitutivos del debido proceso. Por ejemplo la

² (Corte Constitucional, Sala Plena, C- 214, 1994); (Corte Constitucional, Sala Plena, C- 597, 1996); (Corte Constitucional, Sala Plena, C-530, 2003)

aplicación casi que similar a la del derecho penal, en aquellos asuntos en los que se pretende imponer una sanción de tipo disciplinaria, cosa que no ocurre en asuntos sancionatorios contractuales, donde el derecho presenta un mayor grado de flexibilización³.

2.- Desarrollo normativo del debido proceso

2.1- En el ámbito internacional.

Los orígenes del debido proceso se le atribuyen al derecho anglosajón, con Carta Magna expedida por el Rey Juan “Sin Tierra” en el año 1215, donde se estipularon una serie de garantías para los señores feudales frente a los posible abusos del monarca. En esta medida se impuso la obligación de adelantar un juicio a través de sus pares y por medio de la ley de la tierra se podía privar de la libertad, desterrar, desposeer, entre otros aspectos (Cardona, 2012)⁴. Hasta el año 1354 cuando la carta magna del Rey Eduardo III al consagrar el término “*due process of law*”, aparece el debido proceso propiamente dicho. En esta Constitución de igual manera se indicó la prohibición de privar de la libertad sin garantía de un debido procedimiento (Bustamante, 2000).

En tal sentido, se puede observar que el debido proceso tuvo su origen con una naturaleza netamente procesalista y fue bajo esta óptica que el concepto anglosajón se adoptó por el derecho americano donde constitucionalmente se recogió a través de las Enmiendas V de 1789 y XIV de 1868.

Hasta aquí se encuentra, como lo ha sostenido Santofimio (2007b) que inicialmente el debido proceso fue considerado como una protección de derechos, como la vida, la propiedad, la

³ (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Exp- 18394, 2010); (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Exp.- 27246, 2014); (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Exp.- 16367, 2010).

⁴ Ver también Agudelo (2005)

libertad. Adicionalmente, se consideró como una garantía netamente procesal, tanto en el derecho anglosajón, como en el derecho norteamericano en sus inicios (Bustamante, 2000).

Ahora bien, casi a la par de la consagración constitucional del debido proceso en Norteamérica, se dio inicio al desarrollo de esta garantía en instancias internacionales pero con un contenido jurisdiccional y mayoritariamente desde la óptica del derecho penal.

El debido proceso se vislumbró en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en el año 1789, donde se establecieron ciertas garantías procesales a quien fuera acusado, arrestado o detenido. Se contempló en sus artículos 7, 8 y 9, aunque someramente, el principio de tipicidad, la proporcionalidad de la sanción y la presunción de inocencia.

Años más tardes, en la Declaración Universal de Derechos Humanos adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 1948, se establecieron en los sus artículos 8, 9, 10 y 11 garantías procesales para la defensa de los derechos fundamentales de las personas en los procesos judiciales, consagrando la tutela judicial de los mismos y la garantía de derechos como el de defensa, igualdad, tribunal independiente e imparcial, presunción de inocencia y tipicidad de la conducta.

En el mismo año, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (art. 18, 25 y 26) siguiendo la misma línea fijada anteriormente, estableció garantías procesales para procesos judiciales en materia penal. Consagró la tutela judicial, la garantía de un procedimiento ágil para la defensa de los derechos fundamentales, la tipicidad de la conducta, la presunción de inocencia, el derecho de defensa y la garantía de contar con un juez imparcial.

Fue hasta el año 1966 con la suscripción del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos donde por primera vez en sus artículos 9 y 14, encontramos una referencia distinta a la penal para la aplicación de garantías procesales (tipicidad, legalidad, defensa, igualdad, juez

imparcial e independiente, presunción de inocencia, entre otras), en la medida que se contempló que toda persona tendría derecho a las mismas para “la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil” (Art. 14). No obstante se continuaba sobre la misma línea de garantías en el ámbito jurisdiccional.

Finalmente encontramos los artículos 8 y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en el año 1969, donde siguiendo la línea del Pacto Internacional se indicó que las garantías judiciales debían ser aplicadas a quienes estuvieran vinculados “a una acusación penal o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter” (art. 8). En ese marco se reconocieron garantías como el derecho a un juez imparcial e independiente, presunción de inocencia, igualdad, defensa, interponer recursos y legalidad.

Como se observa, el derecho al debido proceso ha sido visto mayoritariamente a través de la historia, como una serie de garantías judiciales para procesados en materia penal a quienes se les debía respetar derechos como el de defensa y el de imparcialidad e independencia del juez. Con la expedición del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos según O'Donnell (2004) “se abre una puerta para la aplicación a procesos civiles o administrativos de ciertas de las garantías plasmadas en los párrafos relativos a procesos penales” (p. 360).

2.2- En el ordenamiento legal colombiano desde la óptica administrativa.

En Colombia, si bien con anterioridad a la Constitución (1991), no se hablaba del derecho al debido proceso propiamente dicho, constitucionalmente sí se contaba con garantías judiciales enmarcadas en el derecho penal, incluso existió la posibilidad de desconocer cualquiera de éstas, en los casos legalmente previstos.

Fue con la Constitución (1991), donde al constituirnos en un Estado Social de Derecho, se reconoció y protegió los derechos fundamentales de los ciudadanos. El debido proceso aparece con la importancia que reflejaba años atrás en el ámbito internacional, pues, como se indicó anteriormente, el debido proceso fue concebido como un derecho fundamental.

A partir de allí y bajo el fenómeno de constitucionalización del derecho en cabeza de la Corte Constitucional y un poco menos en el Consejo de Estado, vemos la absorción de este principio en el derecho administrativo general y, particularmente, en materia de contratación estatal a través de pronunciamientos y expedición de normativa que ha avanzado en su aplicabilidad, en el marco del poder sancionador de la Administración.

Y es que el *ius puniendi* del Estado reviste una mayor importancia en materia contractual en la medida que a través de él se busca el cumplimiento efectivo del contrato con miras al cumplimiento de los fines que legalmente se le han impuesto a la actividad administrativa de adquisición de bienes y servicios, cual es la satisfacción del interés general y específicamente en los términos del artículo 3 de la Ley 80 de 1993 el “cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines”.

Ahora, antes de 1991 el derecho al debido proceso en actuaciones administrativas se observaba en la aplicación del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01, 1984, art. 3), el cual sin contar con un procedimiento especial para la imposición de sanciones administrativas reconocía una serie de garantías procesales, pues sostenía que todas las actuaciones administrativas, dentro de las cuales lógicamente encontramos las de tipo sancionatorio, debían desarrollarse con arreglo a principios como economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción.

No obstante, en atención a que dicho Código Contencioso Administrativo había sido expedido con anterioridad a la nueva Constitución Política, surgió la necesidad de expedir una nueva normativa que diera cuenta de los mandatos constitucionales que caracterizaban el nuevo modelo de Estado y que pese a los esfuerzos de las altas Cortes a través de sus pronunciamientos se quedaban cortos en busca de lo que se denomina el derecho constitucional de la Administración⁵.

Con el anterior fundamento se expidió la Ley 1437 de 2011, como el nuevo código que regula la actuación de la Administración pública. En este se consagró expresamente que la autoridad pública en sus procedimientos debía aplicar los principios constitucionales, de igual modo, sostuvo en su artículo 3 que el debido proceso debía ser principio de aplicación en todas las actuaciones administrativas.

Finalmente, esta ley por primera vez, en materia administrativa, se desarrolló un procedimiento para la imposición de sanciones, que a juicio del legislador, materializa el mandato constitucional del artículo 29 Superior y las garantías que el principio del debido proceso contiene.

2.3- En materia de contratación estatal en Colombia.

En materia de contratación pública en Colombia, las garantías derivadas de lo que actualmente es reconocido como el derecho fundamental del debido proceso, se encontraban inmerso de manera somera en algunas de las actuaciones, donde la Administración ejercía la facultad del *ius puniendi*.

En el denominado primer estatuto de contratación administrativa Colombiano, por medio del cual se dictaban normas para la celebración de contratos, por parte de la Nación y sus

⁵ Gaceta 1210 de 2009- Ponencia para primer debate del proyecto de ley 198 de 2009 del Senado de la República.

entidades descentralizadas, se observaba la obligación de estipulación de la cláusula de caducidad en algunos contratos celebrados por las entidades públicas, en el que como causal, entre otras, se presentaba el incumplimiento por parte del contratista de sus obligaciones, si a juicio de la entidad contratante se hacía inconveniente la continuación del contrato, no obstante, la facultad de declarar dicha cláusula estaba supeditada al cumplimiento de unos mínimos requisitos procedimentales (Decreto 150, 1976. art. 48 y 49).

Señalaba el artículo 51 Decreto 150 de 1976 que tal declaratoria debía darse por parte del jefe de la entidad contratante mediante acto administrativo debidamente motivado, el cual se notificaría personalmente o por medio de aviso insertado en periódico frente al cual resultaba viable la interposición de recursos.

Adicionalmente, el Decreto 150 de 1976 señalaba la obligación de incluir como cláusula contractual la facultad de la Administración de imponer multas ante incumplimientos parciales, en observancia del principio de proporcionalidad y las garantías procedimentales establecidas para la declaratoria de caducidad contractual.

Sobre este último aspecto sostenía el artículo 60 de esta norma que debían aplicarse las mismas garantías referidas anteriormente para la declaratoria de caducidad contractual.

Finalmente, consagró el decreto en mención que a excepción de los contratos de empréstito, la Administración debía estipular la cláusula penal pecuniaria en los contratos celebrados la cual se haría efectiva ante la declaratoria de caducidad o de incumplimiento contractual. Dicha facultad estaba igualmente supeditada al cumplimiento del principio de proporcionalidad y se imputaba a los perjuicios recibidos por el contratante (Decreto 150, 1976, art. 6).

En vigencia del Decreto 150 de 1976, las garantías procesales de los contratistas frente al poder exorbitante de la Administración, se limitaban al principio de legalidad, en su mínima expresión, en la medida que la ley asignaba la competencia sancionatoria a un funcionario específico (Jefe de la entidad contratante), al principio de proporcionalidad y al principio de publicidad mínimamente manifestado, pues sólo se materializaba a través de un acto administrativo debidamente motivado, una notificación personal o en su defecto por aviso en un periódico y la interposición de un recurso de reposición.

Posteriormente, se expidió el Decreto 222 de 1983, por medio del cual se derogó el anterior régimen de contratación pública en Colombia, con el cual se consagró la obligación legal de estipular en todos los contratos, salvo disposición en contrario, la cláusula de caducidad administrativa (arts.61- 65), multas (art. 71) y cláusula penal pecuniaria (arts. 13 y 72), en los mismos términos del Decreto 150 de 1976.

Frente a las garantías procesales se consagraron las mismas de manera limitada. En el Decreto 150 de 1976, el contratista sólo tenía como derechos, el conocimiento del funcionario competente para fallar la sanción y el conocimiento de las causas que dieron lugar a la misma a través de la notificación, personal o por periódico, del acto administrativo frente al cual procedía el recurso de reposición (Decreto 222, 1983, art. 64).

Ahora, con posterioridad al Decreto 222 de 1983, se expidió el actual estatuto de contratación pública en Colombia (Ley 80 de 1993), la cual no contempla norma alguna que regule lo relacionado con el debido proceso en materia contractual. Fue expedida con posterioridad a la Constitución (1991) que como se ha referido en diversas oportunidades a lo largo de este escrito, consagró la aplicabilidad del debido proceso en las actuaciones administrativas como un derecho fundamental.

Adicionalmente, en el artículo 77 de dicho cuerpo normativo se consagró que los procedimientos y actuaciones de la función administrativa resultaban aplicables a las actuaciones contractuales, en tanto resultaran compatibles con la finalidad y los principios de la Ley 80 de 1993.

Partiendo de lo anterior, se entendió que ante la ausencia de procedimiento administrativo específico para cuestiones de naturaleza contractual, se debía aplicar el procedimiento administrativo general (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Exp.36054, 2010).

En vigencia de la Ley 80 de 1993, las garantías del debido proceso que se le reconocían a los contratistas se enmarcaban en las garantías otorgadas de manera general a los administrados, pues los procedimientos sancionatorios contractuales eran tramitados en virtud de lo señalado por el Código Contencioso Administrativo vigente para el época (Decreto 01, 1984).

En materia de contratación estatal, los principios generales del derecho se aplicarían, junto con los principios de la función administrativa y los particulares del derecho administrativo, pues como lo consideró Orrego (2013) a la contratación estatal se ha de aplicar todos los principios establecidos en el cuerpo de la Carta Constitucional, por mandato directo del artículo 4 de la Constitución Política, que prevé que ella es norma de normas y, como tal, sus normas son de aplicación inmediata. Por ello, en la contratación estatal se deben observar todos los principios aplicables en el ordenamiento jurídicos colombiano. (p. 40)

Fue hasta el año 2007, con la expedición de la Ley 1150 de 2007, en su artículo 17 donde se contempló legalmente el debido proceso para aspectos contractuales, específicamente de naturaleza sancionatoria. Esto debido al proceso de constitucionalización del derecho administrativo, en virtud del cual se vio la necesidad de incluir en esta materia, lo contemplado

en la Constitución (1991, art. 29). Esta posición se corrobora al revisar la exposición de motivos del proyecto de ley 019 de 2005 del Senado (acumulado a los proyectos de ley 013, 032 y 083 de 2005- posterior Ley 1150 de 2007 y posterior pliego de modificaciones propuesto en primer debate⁶.

En el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 se consideró que, el debido proceso es un principio rector en materia sancionatoria contractual. Se otorgó legalmente la facultad a la Administración de imponer las multas pactadas en los contratos así como hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, previa declaratoria de incumplimiento contractual (todo previo desarrollo de audiencia).

No obstante, la redacción del artículo se limitó a hacer mención únicamente a la facultad de la imposición de multas y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, lo cual originó inicialmente confusión frente a la obligatoriedad de garantizar el debido proceso, para la imposición de sanciones diferentes a las allí mencionadas.

Como se puede observar en el trámite legislativo adelantado para la aprobación de la Ley 1150 de 2007, la justificación para inicialmente contemplar de manera general el debido proceso como un principio rector del ejercicio de la facultad sancionatoria en materia contractual. Posteriormente, se limita a referenciar la cláusula penal y la multa, esto obedece a que inicialmente el proyecto de ley contemplaba dichos mandatos en numerales diferentes, pero finalmente fueron unificados por razones netamente formales⁷.

La anterior posición fue clarificada por el Consejo de Estado cuando sostuvo que el primer mandato derivado del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 respecto de la referencia al

⁶ Gaceta No. 466 y 656 de 2005.

⁷ En la segunda ponencia para el debate del proyecto de ley No. 057 de 2006- Cámara de Representantes, se propuso unificar los artículos referidos al debido procesos y a la facultad de la administración para imponer multas y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria en razón a que guardaban coincidencia en su finalidad. (Gaceta 096 de 2007)

debido proceso, era en el sentido de principio rector en materia sancionatoria contractual, lo cual claramente conllevaba a que el mismo no rigiera solamente para la imposición de multas y la efectividad de la cláusula penal pecuniaria, sino que adicionalmente el debido proceso debía ser tenido en cuenta en todos los procesos administrativos, a través de los cuales se pretendiera imponer una sanción contractual.

Sostuvo el alto Tribunal que entender una interpretación restrictiva implicaba el desconocimiento del mandato constitucional, el cual consagraba el debido proceso como un derecho fundamental en todas las actuaciones administrativas, independiente de su naturaleza (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Exp. 16367, 2010).

En este orden de ideas, en vigencia de la Ley 1150 de 2007 pese a no existir un procedimiento detallado que desarrollara taxativamente las garantías del debido proceso administrativo, las entidades públicas debían adelantar un procedimiento que garantizará así fuera mínimamente este derecho, independiente del tipo de sanción que se pretendiera imponer.

Finalmente, partiendo de la necesidad de garantizar la audiencia del afectado en los procesos sancionatorios contractuales, junto con la garantía del debido proceso, fueron excluidas de la aplicación de la Ley 1437 de 2011. Esta norma consagró un procedimiento administrativo sancionatorio general garantista en la línea del artículo 29 de la Constitución (se expidió una regulación particular⁸).

Fue entonces con la expedición de la Ley 1474 de 2011, denominada “Estatuto Anticorrupción” que se estructuró el actual procedimiento especial, para la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento contractual. Se partió de la necesidad de contar con

⁸Consideró el Congreso de la República que no resultaba de aplicabilidad la Ley 1437 de 2011 en los procedimientos sancionatorios contractuales, pues en cumplimiento de lo ordenado por el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, para la imposición de este tipo de sanciones debía contarse con audiencia del afectado. (Ponencia para segundo debate del proyecto de ley 315 de 2010 Cámara – 198 de 2009 Senado (Gaceta 951 de 2010).

un instrumento efectivo y expedito para castigar al contratista incumplido y proteger el interés público de los efectos nocivos de los incumplimientos. (Exposición de motivos de la ley).

De lo expuesto anteriormente se observa que el origen del principio del debido proceso y las garantías que lo integran se encuentra indiscutiblemente en el ámbito penal. Sin embargo, en Colombia, la existencia de un Estado cada vez más garantista ha llevado a su reconocimiento en otras áreas del derecho como el derecho administrativo, particularmente, en materia de contratación estatal, donde su aplicación se ha dado en gran medida por el lento proceso de constitucionalización del derecho en esta materia, situación que reviste importancia para efectos de determinar el estado actual de implementación del derecho fundamental del debido proceso y sus garantías en el trámite de los procesos sancionatorios contractuales.

3.- Las garantías del debido proceso

El debido proceso obedece a un derecho que cobija en su ser, un conjunto de garantías, que no necesariamente se limitan a aquellas enunciadas en el artículo 29 constitucional, tales como el derecho a ser juzgado conforme a leyes preexistentes, el derecho a contar con un juez competente, el derecho a un procedimiento preestablecido, público y sin dilaciones injustificadas, el derecho a la favorabilidad de la ley, el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a una defensa, el derecho a aportar y controvertir pruebas y el derecho a no ser juzgado dos veces por los mismos hechos.

Ahora, en la medida que las garantías del debido proceso no se han individualizado de una manera taxativa en alguna norma positiva, su identificación y concreción se ha efectuado por

medio de la doctrina y la jurisprudencia, mayoritariamente desde la perspectiva penal atendiendo su origen.

Autores como Peña (2010) han manifestado que el debido proceso se ha constituido en un “superprincipio” en materia procesal, en la medida que corresponde a un principio constitucional del cual emergen una serie de derechos y garantías, a través de las cuales se busca materializar un derecho subjetivo con elementos constitucionales. La aplicación en asuntos administrativos como jurisdiccionales, el desarrollo conforme a ley preexistente, bajo intervención de juez competente y la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio son de obligatoria aplicación, de tal suerte que el desconocimiento o vulneración de alguno de ellos constituye directamente la vulneración del derecho fundamental propiamente dicho.

Se ha considerado que el derecho al debido proceso comprende cuatro elementos enmarcados en dos grandes garantías que, si bien son propias de procesos judiciales, han ido ajustando a otra clase de actuaciones, como las administrativas. En este orden de ideas, se identifica inicialmente la garantía de legalidad del juez, desarrollada a través del derecho a un juez competente, independiente e imparcial.

Inmediatamente se hace referencia a la garantía de legalidad de la audiencia materializada, a través de derechos como el ser oído en término razonable, el derecho a la igualdad, el derecho a contar con un procedimiento previo y legalmente establecido y finalmente el derecho a que las pretensiones procesales hagan referencia a derechos sustanciales preexistentes (Agudelo, 2005).

Para Prieto (2003) las garantías fundamentales del debido proceso y en esa medida las que se deben reconocer, para efectos de su aplicación son los derechos a contar con un juez natural, unas normas preexistentes, un proceso legamente establecido y desarrollado con

celeridad, el derecho a aportar y controvertir pruebas, a conocer la totalidad de la actuación procesal, a la presunción de inocencia y a la cosa juzgada.

Para Cuello (2005) las garantías derivadas del derecho al debido proceso se observan desde la doble naturaleza de éste, por un lado la naturaleza orgánica en la cual se hace referencia a las garantías propias de la figura del juez y por otro lado la naturaleza procesal, en virtud de la cual se deben observar garantías de formación del proceso propiamente dicho. Adicionalmente, para este autor, los elementos propios del debido proceso se analizan de diferente manera dependiendo de las tendencias que rodean su aplicación, una en sentido restringido. El debido proceso se limita a un proceso público, rápido y contradictorio o a exigir un procedimiento justo, y una tendencia garantísta que procura el límite de la potestad sancionadora y de la garantía de derechos de los ciudadanos.

Para Álvaro Velloso hablar de un debido proceso implica materializar principios como el de igualdad de las partes, imparcialidad del juzgador, transitoriedad del proceso, eficacia de procedimental y moralidad procesal (Dournac, 2016).

Adentrándonos en materia de derecho administrativo, incluyendo el sancionatorio, tal y como se indicó anteriormente, ha sido pacífica la posición sobre la aplicación en esta área del derecho de las garantías integrantes del derecho fundamental al debido proceso en materia jurisdiccional penal, aunque con matices, sin embargo, para autores como Dournac (2016) en este último se debe hablar de un debido procedimiento administrativo y no de un proceso, toda vez que no se aplica uno de sus presupuestos característicos, el cual es la imparcialidad del juzgador en la medida que la discusión jurídica, se realiza únicamente entre dos partes- Administración y administrado.

Partiendo de lo anterior ha sostenido que la migración de los principios del debido proceso jurisdiccional a la actuación administrativa, especialmente sancionatoria, permite que éste se pueda materializar al dar cumplimiento únicamente a dos principios, el principio de resguardo de los derechos de los administrados y el principio de imparcialidad administrativa (Dougnac, 2016).

En un concepto más amplio, autores como Santofimio (2007b) sostienen que el debido proceso administrativo comporta, el sin número de derechos que, desde un actuar administrativo observante de las necesidades públicas, sean necesarios para garantizar decisiones justas a los particulares.

Ahora, algunas de las garantías que se han considerado como integrantes del derecho fundamental al debido proceso, doctrinariamente han sido objeto de clasificación en el marco del derecho administrativo sancionador.

Es así que Román (2009), partiendo de los principios que limitan la facultad sancionadora de la Administración y reconociendo que al derecho administrativo sancionador, se le deben aplicar de manera atenuada las mismas garantías procesales que en el derecho penal, consideró la existencia de unos principios adjetivos de esta rama del derecho y enmarcó el principio del debido proceso en una de estas garantías procesales, la denominada como el derecho a contar con un procedimiento justo y racional.

A partir de allí sostuvo que este derecho fundamental comporta garantías, como el derecho de defensa jurídica, el derecho a la presunción de inocencia y el derecho de acceso a la justicia. Adicionalmente, consideró aplicable por vía de derecho comparado, garantías como el derecho a ser informado de la acusación, a no declarar contra sí mismo, derecho a la defensa y asistencia de letrado, entre otras. Garantías como la observancia de las formas del procedimiento

y la reserva de ley frente éste, fueron consideradas por este autor como principios del derecho administrativo sancionador, y no propiamente como garantías de un debido proceso.

Para Cordero (2014) en el ejercicio del derecho administrativo sancionador se deben clasificar las garantías en principios sustantivos y principios procedimentales, encontrando dentro de los primeros principios como legalidad, tipicidad, irretroactividad, culpabilidad, proporcionalidad, responsabilidad personal y *non bis in ídem*; por su parte, en los segundos enmarca derechos como procedimiento previo, legal, justo y racional, incluyéndose allí el derecho de defensa jurídica, presunción de inocencia y acceso a la justicia.

La Corte Constitucional colombiana ha sostenido que para hablar de un debido proceso, independientemente del área donde se materialice, se deben respetar garantías como el acceso a la justicia, la legalidad del juez que a su vez debe ser independiente, imparcial y autónomo, el derecho de defensa y el derecho a un procedimiento adelantado sin dilaciones indebidas y dentro de un plazo razonable.

Frente a procedimiento administrativos, las garantías del debido proceso se han clasificado dependiendo de la etapa de la actuación. Es así que, se ha establecido por la Corte Constitucional que las garantías propias del debido proceso son aquellos derechos reconocidos en la etapa previa a la expedición del acto administrativo.

La posibilidad de interponer los recursos en vía gubernativa y adelantar las actuaciones necesarias que estudien la legalidad de la decisión ante la jurisdicción, ha sido considerada como una garantía posterior pero no necesariamente propia del derecho fundamental, en la medida que tales actuaciones parten del supuesto de que las garantías previamente enunciadas fueron

respetadas dentro del procedimiento administrativo (Corte Constitucional, Sala Plena, C- 1189, 2005)⁹.

En oportunidades más recientes, la Corte Constitucional ha sostenido que en la medida que el debido proceso administrativo pretende la garantía de derechos en el procedimiento de creación de los actos administrativos, se consideran como elementos de tal principio, entre otros derechos, como la debida notificación, la publicidad del proceso desde su inicio, la legalidad del procedimiento preestablecido y el curso sin dilaciones injustificadas, la motivación del acto administrativo, la impugnación de los mismos y la solicitud de nulidad cuando vulneren el derecho fundamental (Corte Constitucional, Sala Plena, C- 248, 2013).

Por su parte, el Consejo de Estado en providencia 18394 del 17 de marzo de 2010 ha sostenido que el debido proceso en su aspecto general implica el reconocimiento de unas mínimas pero no restringidas garantías como el respeto al principio de legalidad en cuanto a la falta, la sanción y el procedimiento, el derecho a un juez independiente e imparcial, el cual a su vez, debe honrar la presunción de inocencia, el derecho al *non bis in idem*, el principio de favorabilidad, el derecho a aportar y controvertir pruebas, el derecho a un procedimiento sin dilaciones injustificadas, así como los derechos de contradicción y audiencia.

En la misma providencia el alto tribunal siguiendo a Jaime Orlando Santofimio en su libro “Estudios sobre la reforma del Estatuto Contractual, Ley 1150 de 2007”, sostuvo que para lograr el fin de la actuación administrativa, el debido proceso debe garantizar derechos como el ser oído, el derecho de audiencia dentro de todo el procedimiento, el derecho a presentar pruebas,

⁹ En otra oportunidades la Corte Constitucional ha sido más genérica y ha sostenido que en el derecho administrativo sancionador aplican de manera matizadas las garantías del derecho penal como el principio de legalidad, imparcialidad y publicidad, la proscripción de la responsabilidad objetiva – nulla poena sine culpa -, la presunción de inocencia, las reglas de la carga de la prueba, el derecho de defensa, la libertad probatoria, el derecho a no declarar contra sí mismo, el derecho de contradicción, la prohibición del non bis in idem y de la analogía in malam partem, entre otras. (Corte Constitucional, Sala Plena, C- 506, 2002)

la motivación de las decisiones, las notificaciones conforme a la ley, el derecho a la publicidad, el derecho a la asesoría legal y el derecho de impugnación.

Finalmente, se consideró que en materia de contratación estatal la aplicación y el rigor de las garantías derivadas del debido proceso, deben ser analizadas en cada caso concreto, pues, nos encontramos frente a la contraposición de los derechos del contratista y de la Administración. La Administración con la suscripción de los respectivos contratos busca la satisfacción del interés general. En esta medida, para efectos de imposición de sanciones en esta área del derecho administrativo, lo que se exige con mayor rigurosidad es garantizar el derecho de defensa y contradicción del contratista, de manera previa a la expedición del acto administrativo.

Como puede observarse, la falta de positivización de las garantías que comportan el derecho fundamental al debido proceso, en mayor medida en el área administrativa, ha generado que la doctrina y la jurisprudencia refieran diversos principios, unos con una óptica restringida a aquellos que se derivan del artículo 29 constitucional y otros muchos más amplios que no sólo reconocen éstos sino que refieren todo tipo de derechos, que permitan cumplir con el objetivo propio del procedimiento que se adelante y la efectividad de los derechos en discusión.

Lo anterior, ha generado que sea precisamente el operador judicial (no tanto en el área penal) y/o administrativo quien finalmente, en cada caso en particular determine y concrete el derecho fundamental, según su formación o concepción ideológica, situación que se vuelve problemática por la inseguridad jurídica que se presenta al momento de aplicar un derecho constitucional y de carácter fundamental, que como tal no puede ser desconocido ni menoscabado.

Dicha dificultad se ve aún más agravada en el derecho administrativo y el derecho administrativo sancionador, pues, pese a la notable evolución que ha tenido el derecho y sus

elementos integradores en esta área, pretendiendo así una actuación administrativa cada día más garantista, actualmente, no se cuenta con parámetros claros o unificados para efectos de definir qué garantías aplican en su concepción pura y simple, cuales definitivamente no son reconocidas en cada una de las áreas y a cuales se les debe realizar el proceso de matización, tal y como lo ha sostenido la doctrina y la jurisprudencia para esta rama del derecho.

Por tal motivo, pese a compartir lo planteado por Santofimio (2007a) sobre la necesidad de que algunos de los postulados constitucionales requieren ser concretizados por normas complementarias, pero siendo consientes de la multiplicidad normativa que existe actualmente en Colombia, se considera necesario ir pensando, en un pronunciamiento unificado de la jurisprudencia constitucional o administrativa, que defina las garantías que integran el debido proceso, pues al ser este un concepto abstracto y tener la naturaleza de principio lo que le permite acoplarse a cada caso particular, en la medida que hablamos de un derecho fundamental no se puede permitir que su reconocimiento quede supeditado al criterio del operador, más aún teniendo en cuenta que a pesar de que existen medios judiciales para su protección inmediata, como lo es la acción de tutela, dado el carácter de residual que ésta ostenta, por no ser inmediata se traduciría en realidad en un desconocimiento del derecho.

4.- El debido proceso en España y sus garantías en el marco jurídico -administrativo

4.1- Fundamentos normativos en las actuaciones administrativas sancionatorias.

Si bien es cierto en España constitucionalmente no encontramos de manera taxativa el término “Debido Proceso”, si se observa, se introduce a nivel constitucional desde 1978, la potestad sancionatoria de la Administración a través del artículo 25 de la Constitución Española,

se limitada en su ejercicio por principios tanto constitucionales como legales, que consagran las garantías de un debido proceso.

Lo anterior permite entender que en España las garantías propias del debido proceso, se derivan de la facultad otorgada por la Constitución para que la Administración, imponga sanciones. Esta es una manifestación del *ius puniendi* del Estado, y con gran influencia del derecho penal.

La doctrina ha señalado que, la influencia del derecho penal en el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración en España, conlleva a que éste otorgue ciertas garantías procesales adicionales a las que se otorgan en el ejercicio del poder administrativo general, razón por la cual, se consideran con gran similitud el ejercicio del poder sancionador administrativo con el ejercicio jurisdiccional del Estado (Rebollo, Izquierdo, Alarcón y Bueno, 2005).

Por tal motivo, se ha considerado que no sólo los principios consagrados en el artículo 25 de la Constitución Española resultan ser las garantías de los administrados en los procedimientos sancionatorios, sino que a ellas se le deben sumar alguno de los principios consagrados en el artículo 24 , propios de los procesos penales.

Ha sostenido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español que lo anterior tiene sustento, no sólo en el hecho de que la facultad sancionadora de la Administración es una manifestación del *ius puniendi* del Estado de la cual también hace parte el derecho penal, sino que obedece a una interpretación finalista de las normas contenidas en la Constitución Española.¹⁰

Bajo ese entendido constitucional, se ha reconocido como garantía en los procedimientos sancionatorios administrativos, derechos como la tutela efectiva, el derecho de defensa, el juez

¹⁰(Tribunal Constitucional de España, S. Nº 18, 1981)

predeterminado, la asistencia técnica, la publicidad del procedimiento, la presunción de inocencia, entre otros.

Ahora, en principio la Ley 30 de 1992 conocida como el “Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común” (vigente hasta el 2 de octubre de 2016), en virtud de un nuevo modelo constitucional¹¹ plasmó como principios reguladores de la potestad sancionadora de la Administración: el principio de legalidad, el principio de irretroactividad, el principio de tipicidad, el principio de responsabilidad y el principio de proporcionalidad. Adicionalmente, se plasmaron principios propios para los procedimientos sancionatorios.

Actualmente, la Ley 39 de 2015 denominada “del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas” señala, un procedimiento administrativo general del cual hace parte el procedimiento, para efectos de hacer efectiva la potestad sancionatoria de la Administración¹². En él se enunciaron la aplicabilidad de principios como el de publicidad, el de independencia de los órganos judiciales, el de presunción de inocencia, entre otros. (Adicionales a los derechos otorgados a los administrados en virtud del proceso administrativo común, de defensa, derecho a aportar pruebas, entre otros).

Es en la Ley 40 de 2015 “Régimen Jurídico del Sector Público”, donde concretamente se plasmaron los principios que regulan la imposición de sanciones por parte de la Administración, incluyendo como se señaló anteriormente, las garantías que se derivan del derecho al debido proceso, tales como principio de legalidad, irretroactividad., tipicidad, responsabilidad y proporcionalidad.

¹¹ El texto constitucional Español data de 1978, en la cual se constitucionalizó la potestad sancionadora de la administración. El anterior régimen procedimental administrativo era del año 1958, es decir, 20 años atrás.

¹² Según las consideraciones de la misma (Ley 39, 2015) “la intención de unificar el procedimiento administrativo resulta ser la simplificación de los procedimientos administrativos y su integración como especialidades en el procedimiento administrativo común, contribuyendo así a aumentar la seguridad jurídica”

Ahora bien, pese a que el *ius puniendi* del Estado es único, aplicado por mandato legal y/o constitucional por diferente autoridad, doctrina y jurisprudencia se ha considerado que la aplicabilidad de estas garantías no se puede dar con el mismo rigor en el derecho administrativo y en el derecho penal (Rebollo, et al. 2005).

Sobre el particular es reiterativa la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español al sostener que, si bien es cierto está claro que las garantías procesales derivadas del derecho penal aplican a los procedimientos administrativos de tipo sancionatorio, el traslado de estas garantías debe darse de una manera matizada.¹³

Para Izu (1993), la matización de garantías debe darse única y exclusivamente en los eventos de imposición de sanciones de autoprotección y no de protección general, con esto hace mención a los términos del jurista Eduardo García de Enterría. Lo anterior, justificado en el hecho de que frente a las primeras la Administración actúa en función de mantener su orden y normal funcionamiento, mientras que para las segundas considera que la Administración actúa en una función materialmente jurisdiccional y en tal sentido, no se justifica las diferencias con las garantías que debe reconocer un juez penal.

Sin embargo, actualmente la jurisprudencia española no hace tal diferenciación y mantiene la postura general frente a la matización de las garantías del derecho penal en el ámbito del derecho administrativo sancionador.

Finalmente, ha sostenido el Tribunal Constitucional Español, entre otras en providencias S- 22 de 1990 y S- 246 de 1991 que la aplicación de las garantías de los procedimientos penales contempladas en el artículo 24 de la Constitución, en los procedimientos de naturaleza administrativa sancionatoria, si bien se da de manera matizada no puede darse de manera

¹³ (Tribunal Constitucional, S- Nº 18, 1981). Ver También (Tribunal Constitucional, S- 17, 2009); (Tribunal Constitucional, S-º 145, 2011)

automática, pues, su aplicación depende de la compatibilidad que haya entre éstas. Tal situación ha quedado clara en pronunciamientos del Tribunal donde se ha desconocido la aplicación de ciertas garantías penales en los procedimientos a través de los cuales se imponen sanciones por parte de la Administración.

4.2- Aplicación de las garantías en los procedimientos administrativos sancionatorios.

Como se indicó anteriormente, el fundamento Constitucional de las garantías constitutivas del debido proceso en España, así como el soporte legal de las mismas devienen de los artículos 24 y 25 de la Constitución de 1978 y las Leyes 39 y 40 de 2015, postulados normativos que se desarrollan en cada uno de los principios de la siguiente manera:

a.- Principio de legalidad y tipicidad.

Frente al principio de legalidad se ha considerado que refiere a la obligación de que la ley defina de manera previa las conductas que constituyan delito o infracción administrativa. Partiendo de allí se ha considerado que el postulado constitucional exige, sin distinción alguna, que tanto en materia penal, como en administrativa exista reserva legal. No obstante, en la misma línea que se ha seguido en el ordenamiento jurídico colombiano, en materia de derecho administrativo jurisprudencial, se ha permitido que las mismas leyes faculden a normas de inferior rango para desarrollar, más no para consagrar, las conductas y las sanciones que previamente habían quedado definidas por ésta (Rebollo, et al. 2005).

En referencia al principio de tipicidad, se ha considerado que, la flexibilidad en el derecho administrativo, admite la utilización de conceptos jurídicos indeterminados, los cuales permiten adecuar las conductas a las tipificaciones hechas por el legislador, con un cierto grado de discrecionalidad por parte de la Administración. No obstante, se advierte que tal flexibilidad

no puede ir al punto de consagrar normas genéricas, que en el ejercicio discrecional de la Administración conlleven a sancionar cualquier tipo de conducta (Rebollo et al., 2005).

Las posiciones flexibilizadoras indicadas anteriormente, fueron posteriormente ratificadas con la expedición de la Ley 40 de 2015, donde se definieron los principios aplicables a los procedimientos administrativos sancionatorios. Allí se estipuló que sólo serían infracciones administrativas aquellas señaladas en la ley. Las sanciones a imponer serían aquellas que estuvieran delimitadas por ésta y que el reglamento desarrolla sin crear nuevas infracciones o sanciones.

b. – Principio de juez natural.

Si bien constitucionalmente, la exigencia de juez natural se encuentra plasmada con la misma rigurosidad, que en nuestro ordenamiento jurídico colombiano, en materia de derecho administrativo sancionador el actual Régimen Jurídico del Sector Público - (Ley 40, 2015)- ha consagrado tal garantía con la matización propia de este sector y en esa medida determinó que la potestad sancionadora de la Administración se podrá ejercer cuando la ley o el reglamento otorguen tal facultad.

En esos términos se puede afirmar que en el sector administrativo sancionatorio español, no resulta cuestionable la aplicación, aunque matizado, del principio de juez natural. Sin embargo, existe una diferencia sustancial entre la garantía aplicada en nuestro ordenamiento jurídico colombiano y el español basada en la separación de las funciones de instrucción y decisión dentro del procedimiento sancionatorio.

Y es que la legislación española en el desarrollo de los procedimientos administrativos sancionatorios contempla la figura de órgano instructor y órgano competente para resolver. El primero de ellos encargado de “la determinación, conocimiento y comprobación de los hechos en

virtud de los cuales se debe pronunciar la resolución” (Ley 39, 2015, art. 75) y proyectar la resolución con la cual se daría por terminado el proceso administrativo. Por su parte, el órgano competente para resolver el procedimiento, como su nombre lo dice es el encargado de decidir las cuestiones planteadas durante el procedimiento administrativo.

Ahora, aunque a nuestro concepto ello implicaría en la práctica una mayor independencia y neutralidad del juzgador administrativo, éstos elementos son propios de la garantía en mención. La doctrina española ha cuestionado la figura por la oportunidad en la cual se nombra el funcionario u órgano encargado de la actividad de instrucción en el procedimiento sancionatorio, por la posición jerárquica existente entre éste funcionario y quien sanciona. Asimismo, es relevante la influencia que esto pudiera tener al momento de proyectar la resolución para finalizar el procedimiento sancionatorio.

Por lo anterior, se ha concluido que en España frente al derecho administrativo sancionador se debería hablar de un principio de juez natural únicamente frente a la predeterminación de la ley.

c.- Garantía de procedimiento.

En España la garantía de procedimiento no tiene consagración constitucional como derecho fundamental, no obstante, en consonancia con el mandato constitucional que contempla la reserva legal para los procedimientos a través de los cuales se profieran los actos administrativos (Const., 1978, art. 105), la Ley 39 de 2015- Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas- determinó la imposibilidad de imponer sanciones administrativas sin el previo trámite de un procedimiento (Ley 39, 2015, art. 63) y la nulidad de los actos administrativos que se expidan con desconocimiento total del procedimiento legalmente establecido para el efecto (Ley 39, 2015, art. 47).

Adicionalmente, la Ley 40 de 2015- Régimen Jurídico del Sector Público- estableció como una manifestación del principio de legalidad que el ejercicio del poder sancionador de la Administración sólo podía ejercerse con la aplicación del respectivo procedimiento establecido en la Ley 39 de 2015.

Ahora, en lo que concierne al procedimiento propiamente dicho, la legislación española a través de la Ley 39 de 2015, como medio para aumentar la seguridad jurídica y lograr una simplificación en los procedimientos administrativos, consagró un procedimiento único para la actividad administrativa, incluyendo algunas particularidades para cuando ésta refiera al ejercicio del poder sancionador. En este sentido, legalmente se diseñó un procedimiento general y uno simplificado para los casos en que por razones de interés público o por la falta de complejidad del procedimiento se considere necesario.

d.- Principio de favorabilidad.

En España, si bien no se consagra expresamente en la Constitución Española el principio de favorabilidad (Nuño, 2016), la posición mayoritaria de la doctrina ha considerado que el fundamento constitucional de tal garantía resulta ser el principio de irretroactividad de las leyes sancionatorias no favorables o restrictivas de derechos individuales, el cual sí se encuentra expresamente reconocido en el artículo 9.3 de la Constitución de 1978.

Sobre el particular, autores como Zugaldía Espinar (1993) citado en Oliver (2007) consideran que el fundamento constitucional del principio de retroactividad de la ley favorable, se encuentra en el principio de legalidad contenido en los artículos 9.3 y 25 de la Constitución de 1978, en la medida que al consagrar dicha normativa la imposibilidad de aplicar retroactivamente una ley no favorable, consecuentemente permite la aplicación retroactiva de una ley favorable.

No obstante, para autores como Oliver (2007) el hecho de que constitucionalmente se encuentre garantizada la irretroactividad de la ley no favorable, no garantiza *per se* la retroactividad de la ley favorable, pues, constitucionalmente no se encuentra ningún mandato en ese sentido. Por tal razón, ha considerado que si bien la Constitución de 1978 permite la retroactividad de la ley favorable, como consecuencia de la irretroactividad de la ley desfavorable, ello no constituye una obligación y en esa medida no obedece a un principio constitucionalmente garantizado.

Contrario a lo considerado por este autor, la posición mayoritaria de la doctrina y jurisprudencialmente el Tribunal Constitucional Español y el Tribunal Supremo (Nuño, 2016) han sostenido que el fundamento de la retroactividad favorable tiene sustento constitucional en los artículos 9.3 y 25 de la Constitución de 1978. (Oliver, 2007).

Ahora, teniendo en consideración que con ocasión del postulado constitucional – (Const., 1978, art. 9.1)- la irretroactividad de la ley desfavorable debe aplicarse a todas las áreas del derecho con contenido sancionatorio y no sólo en el ámbito penal (Ruiz, 1989). Resulta lógico entender que en la medida que el mismo artículo sea considerado como fundamento constitucional del principio de retroactividad de la ley favorable, la garantía de igual modo debe ser aplicada tanto en el derecho penal como en el derecho administrativo sancionador.

Sin embargo, la posible discusión que se pudiera presentar frente a la aplicación de la garantía de favorabilidad en materia de derecho administrativo sancionador. Actualmente en España se encuentra superada como consecuencia de la incorporación del principio en el artículo 26 de la Ley 40 de 2015, donde se consagró como una garantía en el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración la retroactividad de la ley favorable al infractor en lo que refiere a la tipificación de la infracción, la sanción y sus plazos de prescripción; adicional a la

consagración que hiciera el artículo 47 de la Ley 39 de 2015 donde se determinó como nula de pleno derecho las disposiciones administrativas desfavorables o restrictiva de derechos que pretendan una aplicación retroactiva.

e.- Principio de presunción de inocencia.

En España este principio obedece a una garantía constitucional reconocida para procesos judiciales de naturaleza penal, que por vía de jurisprudencia se ha reconocido, también, en procedimientos administrativos sancionatorios. Por tal razón, al tener consagración como derecho fundamental inviolable e inherente a la persona, se ha considerado que resulta un mandato que obliga a todos los órganos del Estado y cuya protección puede darse a través del recurso de amparo. (Villanueva, 2015)

Específicamente en derecho administrativo, legalmente el artículo 53 de la Ley 39 de 2015, lo consagró como un principio de los procedimientos sancionatorios en virtud del cual debe entenderse la inexistencia de responsabilidad administrativa hasta que se demuestre lo contrario, lo que igualmente ha conllevado a que la aplicación de la garantía en su naturaleza formal implica, incluso, la adopción de una decisión fundada en el material probatorio recaudado (Amaya, 2010).

f.- Derecho de defensa.

Al igual que el principio de presunción de inocencia, el derecho de defensa refiere a una garantía constitucionalmente reconocida para procesos penales pero que por vía de doctrina y jurisprudencia se ha ampliado su aplicación a procedimientos administrativos de tipo sancionatorios, razón por la cual en estos procedimientos deben respetarse los derechos a ser informados del acto de reproche, a solicitar pruebas y que sean practicadas en lo pertinente, a no autoinculparse y a que se garantice la presunción de inocencia. (Rebollo et al, 2005)

Para la doctrina el derecho de defensa se encuentra relacionado con el derecho de audiencia consagrado en el artículo 105 de la Constitución de 1978. A pesar de que no lo considera como parte integrante del mismo, jurisprudencialmente se le ha otorgado la misma protección y en tal sentido se ha permitido que su vulneración en procedimientos administrativos sancionatorios sea reclamada por vía del recurso de amparo (Tardío, 2006) o predicando la nulidad del acto administrativo respectivo.

En materia de derecho administrativo el derecho de defensa se encuentra consagrado en la Ley 39 de 2015, cuando se definen como garantías del procedimiento administrativo común el derecho a ser oído, a presentar pruebas y a que las mismas sean valoradas por el operador administrativo, así como ser asistido por asesor de considerarlo necesario para su defensa. Adicionalmente, como garantías derivadas del derecho de defensa en los procesos administrativos sancionatorios, se definió el derecho a la notificación de los hechos imputables, las posibles infracciones, las posibles sanciones y la garantía de la presunción de inocencia.

Ahora, específicamente el derecho a ser oído se encuentra consagrado en la misma ley y se refiere al derecho que tienen los presuntos responsables para que en audiencia presenten sus posiciones contrapuestas, junto con las pruebas que consideren pertinentes en un término legamente estipulado. Así mismo, este derecho se manifiesta con la posibilidad que tienen los interesados, como los denomina la ley para intervenir en la etapa de instrucción del procedimiento, la cual es previa a la etapa de audiencia.

Sobre el aspecto probatorio, el artículo 77 de la Ley 39 de 2015 ha señalado que para acreditar los hechos relevantes para el procedimiento administrativo, resulta válida la utilización de cualquier medio probatorio permitido legalmente, (consagración constitucional). En tal sentido sólo podrá ser rechazada la práctica de pruebas que resulten improcedentes o

innecesarias. Así mismo, se determinó que por necesidad puede darse dentro del procedimiento administrativo un periodo probatorio.

Adicionalmente, la ley ha definido en cabeza de la Administración, en la etapa de instrucción, la comprobación de los hechos que resulten necesarios para la expedición del acto administrativo, imponiéndole de esta manera la carga probatoria del procedimiento.

Finalmente, el derecho a obrar por intermedio de representante, se estipuló en el artículo 5 de la Ley 39 de 2015, éste lo contempló como una facultad y con la limitante del representante frente a “manifestaciones expresas en contra del interesado”.

g.- Principio de publicidad y de un proceso sin dilaciones injustificadas.

La garantía de publicidad se ha contemplado como un derecho fundamental de las partes involucradas en un proceso, está reconocido constitucionalmente en el artículo 24 de la Constitución de 1978, en virtud del cual se busca la protección ante la injusticia y/o arbitrariedad (Moral, 2008).

En materia de derecho administrativo, la publicidad del procedimiento se encuentra consagrada en el artículo 71 de la Ley 39 de 2015, como un principio del procedimiento administrativo y en el artículo 4 de la misma ley como un derecho del interesado que le permite conocer la totalidad de las actuaciones que se surten dentro del procedimiento (Ley 39, 2015, art. 53)

Por su parte, el fundamento de la garantía referida a un proceso sin dilaciones injustificadas se encuentra en el artículo 5, Título I del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; asimismo, en el artículo 24 de la Constitución de 1978 se consagró como una garantía procesal, que por su carácter de derecho fundamental tiene la característica de superioridad sobre otros derechos, es permanente,

imprescriptible, irrenunciable, de aplicación directa y que puede ser protegido por medio del recurso de amparo (Pérez y Rodríguez, 2011).

Ahora, en tanto obedece a un concepto jurídico indeterminado, el contenido de la garantía se lo ha otorgado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a partir del concepto de “plazo razonable” y bajo el entendido que el plazo debe considerarse, como el transcurrido entre el momento que inicia el procedimiento y el momento en que se obtiene una decisión definitiva.

Adicionalmente, que debe analizarse en cada caso concreto atendiendo variables como (1) la complejidad jurídica y fáctica del asunto, que se puede determinar por la cantidad de personas involucradas, la naturaleza de la controversia, entre otras; (2) la conducta procesal de las partes, lo que refiere un análisis del ejercicio procesal desplegado por quien alega la vulneración del derecho diferenciando entre el ejercicio del derecho de defensa y los actos dilatorios; (3) la conducta de la autoridad, en tanto haya adoptado medidas para evitar el retraso y (4) la importancia del asunto en controversia, razón por la cual otorga un mayor grado de aplicación del principio en procesos de naturaleza penal donde está en juego derechos como la libertad de la persona (Perelló, 2000). Así mismo, para efectos de determinar la vulneración o no de la garantía sostiene el Tribunal que deberá analizarse en la duración de los litigios similares (Pérez y Rodríguez, 2011).

Administrativamente puede resaltarse en el ordenamiento jurídico español, la consagración legal de plazos procesales (Ley 39, 2015, art. 29) y la facultad otorgada por la ley para que los reglamentos establezcan los plazos para resolver los procedimientos administrativos son en un margen de plazos máximos por ella fijados. Así mismo, se definió un término legal del periodo probatorio y de alegaciones.

De igual manera, para casos en los que las razones de interés público lo aconsejen, la misma ley contempló la posibilidad de adelantar el procedimiento con trámite de urgencia, de manera que, los plazos anteriormente señalados se reducen a la mitad. Adicionalmente, cuando la complejidad del asunto lo requiera, la ley estableció la tramitación de un procedimiento administrativo simplificado, con ocasión del cual la finalización del mismo deberá darse en un término de 30 días.

h.- Derecho de impugnación.

Atendiendo la naturaleza de la garantía de impugnación en materia administrativa, la cual no necesariamente implica la revisión de las decisiones por parte de un superior jerárquico, de acuerdo a la estructura propia de la Administración, pero que sí obedece a la garantía que faculta controvertir las decisiones adoptadas a través de instrumentos que legalmente se han establecido para ello en busca de una modificación, aclaración o revocatoria de la misma. En España la Ley 39 de 2015- Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas- consagró este derecho a través de la interposición de los recursos de alzada y reposición contra los actos administrativos definitivos, así como aquellos que aun siendo de trámite definieran el asunto, imposibilitaran la continuidad del procedimiento, generaran indefensión o un perjuicio irremediable.

i.- Principio de *Non bis in idem*.

En el ordenamiento jurídico español, si bien el principio *non bis in idem* no tiene una consagración constitucional expresa. La doctrina y la jurisprudencia han considerado principalmente que en la medida que dicha garantía es una manifestación de los principios de legalidad y tipicidad, se encuentra consagrada implícitamente en el artículo 25 de la Constitución de 1978.

Adicionalmente, han considerado que el principio *non bis in idem* ostenta soporte constitucional por mandato de los artículo 9 y 24 de la Constitución de 1978, en los cuales se reconoce el principio de seguridad jurídica y el derecho a contar con un proceso que otorgue la totalidad de las garantías.

De igual manera se ha considerado como soporte constitucional del principio, el artículo 96 de la Constitución de 1978, en atención a los instrumentos internacionales que reconocen expresamente la garantía y de los cuales hace parte España, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14 y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, Protocolo 7, artículo 14.1.

Por lo anterior, al igual que en nuestro ordenamiento jurídico colombiano, en España el principio *non bis in idem* ha sido reconocido como un derecho fundamental que debe ser aplicado directamente y sin necesidad de desarrollo legislativo (Ramírez, 2008).

En materia administrativa, la garantía en mención se encuentra consagrada como uno de los principios de la potestad sancionadora en la Administración en el artículo 31 de la Ley 40 de 2015 - Régimen Jurídico del Sector Público-, así como en el artículo 63 de la Ley 39 de 2015 - Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas-.

La consagración legal del principio, tiene una dimensión procesal de la garantía de carácter superior, que tiene la autoridad penal en el ámbito jurisdiccional sobre la autoridad administrativa en el ejercicio de su potestad sancionadora (Cabrera, 2014).

Sobre el particular Cabrera (2014) ha dicho que “de tal razonamiento, podemos extraer las siguientes implicaciones claves desde el punto de vista de actuación de la Administración: 1º) Imposibilidad de que los órganos de la Administración actúen de forma anticipada, en hechos que puedan ser constitutivos de delito o falta según el Código Penal o Leyes Penales Especiales

(normas jurídicas penales no incluidas en el Código Penal), hasta que la Autoridad Judicial se pronuncie. 2º) Vinculación de los hechos probados en sede judicial con los hechos probados de la actuación sancionadora administrativa.” (p. 6)

En este sentido, con una aplicación más estricta del principio *non bis in idem* se ha admitido la posibilidad de adelantar procedimiento sancionatorio en la jurisdicción penal y en el ámbito administrativo paralelamente (identidad en la causa), así como la posibilidad de imponer sanción en cada una de estas áreas, única y exclusivamente cuando se pretendan adelantar en esta última investigaciones frente a relaciones de especial sujeción (Sandoval, 2009).

Y es que como lo ha sostenido Quintero (1991), en virtud del principio de legalidad, la prohibición de que un asunto objeto de conocimiento y con ocasión del cual se haya impuesto una sanción por parte de la jurisdicción, no pueda ser sancionado por la Administración. Esto conlleva entender que una misma conducta, no puede ser analizada de formas diferentes en las diversas manifestaciones del poder sancionador del Estado.

j.- La culpabilidad de la conducta

En España se ha considerado que el principio de culpabilidad se encuentra inmerso en el artículo 25 de la Constitución de 1978, derivados del principio de legalidad, sin embargo, en vigencia de la Ley 30 de 1992- Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común-, no existía claridad normativa sobre la forma de aplicación del principio en materia de derecho administrativo sancionador, pues, el artículo 130 consagraba la imposición de sanciones por infracciones administrativas cuando éstas se cometieran “a título de simple observancia”, concepto que si bien para la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia española debía entenderse como una responsabilidad subjetiva, para autores

como Bajo (1998) y Nuño (2016) claramente referían a una responsabilidad objetiva en materia administrativa.

Actualmente, la discusión planteada se encuentra superada en atención a la reglamentación clara que sobre el tema hizo la Ley 40 de 2015 cuando en su artículo 28, con ocasión de la aplicación del principio de responsabilidad en los procedimientos administrativos sancionatorios contempló la imposición de sanciones por infracciones administrativas cometidas a título de dolo o culpa, haciendo claridad sobre la aplicación del principio de culpabilidad y en su defecto reafirmando la responsabilidad subjetiva en esta rama del derecho.

De lo expuesto en el presente capítulo se puede observar que, a diferencia de lo que sucede en el ordenamiento jurídico colombiano, en España el principio del debido proceso no cuenta con consagración constitucional expresa y en tal medida no refiere un derecho fundamental. Sin embargo, la Constitución de 1978 sí contempló como derechos fundamentales garantías que tanto doctrinaria, como jurisprudencialmente se han planteado como elementos constitutivos del mencionado derecho. Adicionalmente, se han considerado garantías que a pesar de no tener la categoría de derecho fundamental, ni tener consagración constitucional, han sido reconocidas en el ejercicio *del ius puniendi* de la Administración por entenderse indispensables para garantizar los derechos de los administrados.

Al igual que en el ordenamiento jurídico Colombiano las garantías reconocidas en el ejercicio del *ius puniendi* de la Administración tienen origen mayoritario en el derecho penal, considerándose de igual manera que pese a tal situación su aplicación particular en esta área del derecho se debe hacer de una manera matizada, modulada o flexibilizada.

No obstante, se observa un avance significativo en cuanto al proceso de determinación del grado de flexibilización de cada una de las garantías, producto de la labor doctrinaria y

jurisprudencial que finalmente se ve reflejada en la expedición de leyes, como la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y el Régimen Jurídico del Sector Público.

En este orden de ideas, pese a las posibles críticas que pudieran presentarse frente a la forma de aplicación de algunas de estas garantías, lo que se observa en el ordenamiento jurídico – administrativo español, es un esfuerzo por lograr un sistema cada día más garantista de los derechos de los administrados, evitando diferencias abismales frente a la aplicación de las garantías en los procesos jurisdiccionales, pues el avance en la aplicación y reconocimiento de cada uno de los principios evidencia la intención de adecuarlos de la mejor manera a la estructura propia de la Administración y los fines que ella persigue.

Conclusiones

1.- En Colombia, a partir del año 1991 cuando la Constitución (1991, art. 29) consagró el principio del debido proceso como derecho fundamental en las actuaciones administrativas, se dio origen al denominado debido proceso administrativo. A partir de allí, se entiende que el debido proceso resulta de obligatoria aplicación en asuntos de naturaleza administrativa sancionatoria, pues refiere al conjunto de garantías que tienen los particulares frente al poder sancionador de la Administración; garantías que si bien son derivadas de la actividad jurisdiccional del Estado especialmente en el ámbito penal, resultan igualmente predicables en el ejercicio del poder sancionador de la Administración, como otra manifestación del *ius puniendi* del Estado.

2.- En España, si bien es cierto el debido proceso no cuenta con una consagración constitucional, con ocasión del reconocimiento constitucional de garantías procedimentales y el desarrollo legislativo de los últimos años en materia de derecho administrativo, lo que se observa en el ordenamiento jurídico – administrativo español es un esfuerzo por lograr un sistema cada día más garantista de los derechos de los administrados, evitando diferencias abismales frente a la aplicación de las garantías en los procesos jurisdiccionales, pues el avance en la aplicación y reconocimiento de cada uno de los principios evidencia la intención de adecuarlos de la mejor manera a la estructura propia de la Administración y los fines que ella persigue.

3.- El fenómeno de constitucionalización del derecho administrativo en materia de procedimientos sancionatorios contractuales, específicamente en lo que refiere a la incorporación del debido proceso como derecho de los contratista. Se inició 17 años después de la expedición

de la Constitución Política con la expedición de la Ley 1150 de 2007 donde se incluyó el debido proceso como un principio rector en las actuaciones administrativas de esta naturaleza. Sin embargo, fue sólo hasta el año 2011, con la expedición de las leyes 1437 y 1474, es decir más de 20 años después, que el fenómeno de constitucionalización del derecho se vio reflejado en el reconocimiento a los contratistas de algunas de las garantías constitutivas del derecho fundamental del debido proceso, pues con anterioridad su aplicación se había limitado al respeto, en su mínima expresión, del derecho de defensa y contradicción¹⁴.

4.- Si bien es cierto con ocasión del fenómeno de constitucionalización del derecho en Colombia, resulta aplicable el principio del debido proceso en asuntos sancionatorios contractuales. Actualmente, es cuestionable la aplicación de algunas de las garantías que constituyen este derecho fundamental en el trámite de los procesos sancionatorios contractuales regulados por la Ley 1474 de 2011.

Lo anterior, producto del inexistente consenso frente a los elementos que conforman el principio del debido proceso, como consecuencia de la amplificación de garantías que ha hecho la jurisprudencia constitucional y administrativa cuando, sin una postura uniforme, reconocen como elementos de este derecho fundamental principios que no se encuentran expresamente consagrados en el artículo 29 de la Constitución de 1991.

Tal situación conlleva no solamente a una incertidumbre frente a los derechos y/o garantías que tienen los contratistas en el trámite del proceso sancionatorio, sino que incluso puede generar el desconocimiento de principios propios del poder sancionador de la Administración, como los principios de proporcionalidad, prohibición de analogía, *no reformatio in pejus* y cosa juzgada.

¹⁴Ver entre otras, (Corte Constitucional, T. 569, 1998); (Consejo de Estado, A- 17871, 2000); (Consejo de Estado, Exp.- 18394, 2010); (Consejo de Estado, Exp.- 24742, 2013).

Al no estar algunos principios del poder sancionador de la Administración expresamente señalados en el artículo 29 de la Constitución de 1991, su reconocimiento en esta área del derecho y en cada caso concreto queda supeditado al arbitrio del operador administrativo, quien al verse enfrentado al amplio y no delimitado catálogo de garantías, indudablemente, procederá a su aplicación atendiendo criterios derivados de su concepción ideológica o formación académica.

5.- En atención a lo anterior, se plantea que por parte de la Corte Constitucional como intérprete de la Constitución y garante de la supremacía constitucional o por parte del Consejo de Estado, como tribunal supremo de lo contencioso administrativo, por vía de sentencia de unificación jurisprudencial se determinen claramente las garantías que conforman el derecho fundamental al debido proceso y su forma de aplicación en el ejercicio del poder sancionador de la Administración cuando se trate de imponer sanciones contractuales, pues, sólo de ésta manera se podrá hablar de una aplicación plena del principio como derecho fundamental de los contratistas, en el trámite de los procesos administrativos sancionatorios.

Referencias

- Agudelo, M.R. (2005). El debido proceso. *Revista Opinión Jurídica*, 4 (7), 89 -105
- Amaya, M.B. (2010) El principio de presunción de inocencia en el servicio público. *Revista El mundo del Abogado*, 58-60.
- Bajo, F.M. (1998). *Culpabilidad y persona jurídica*, En Faraldo, P.C y Valeije, I.A (Coordinadores), I Congreso hispano-italiano de derecho penal Económico. Universidad de Coruña. España.
- Bechara, A.L. (2015). El debido proceso: una construcción principialista en la justicia administrativa. *Revista Justicia – Universidad Simón Bolívar de Barranquilla*, 20 (28), 11-104
- Bustamante, R.A. (2000). El derecho fundamental a un proceso justo. *Proceso y Justicia del equipo de Derecho Procesal del Taller de Derecho de la Universidad Católica de Perú*, 67-81
- Cabrales, A.M. (2014). El debido proceso dentro de las actuaciones administrativas en Colombia. *Revista Diálogos de derecho y política*, (14), 59-74.
- Cabrera, J.D. (2014) Duplicidad sancionadora en el ámbito administrativo y penal. *Revista Avances en supervisión educativa*, (22), 1 - 11
- Calle, M.M. (2014). La modernización del derecho administrativo colombiano: estrategia dirigente versus inercia tradicionalista. *Revista Republicana*, (16), 45-78
- Cardona, J.J.(2012). Modelo Hermanéutico del debido proceso en Colombia. *Estudios de Derecho – Universidad de Antioquia*, 69 (153), 217-244
- Carvajal, B. (2010). Alcance y limitaciones del debido proceso en el procedimiento administrativo. *Revista digital de derecho administrativo*, (4) 7-21.
- Cordero, Q.E. (2014). Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el derecho chileno. *Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (42), 399-439.
- Cuello, G.I. (2005). El debido proceso. *Univeritas*, 54 (110), 491-510

- Dougnac, C.M. (2016). Procedimiento administrativo sancionatorio ante la SVS y debido proceso. *Derecho Público Iberoamericano*, (8), 143-186
- Favoreu, L.J. (1996). La constitucionalización del derecho. *Miscelaneas en homenaje a Roland Drago, La Unidad de Derecho*, 12, 31 - 43
- Izu, M.B. (1993). Las garantías del procedimiento administrativo sancionador: reflexiones sobre los órganos instructores. En Martin, L.R (Ed). *La protección jurídica del ciudadano: (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional): estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez, Vol 1.* (869-888). España: Editorial Civitas
- Moral (2008) Derecho a un juicio público, libertad de información y derechos al honor y a la vida privada: relaciones, conflictos, interferencias. *Revista Persona y derecho*, (59), 253-293.
- Naranjo, C.F. (2009). Crisis del derecho administrativo clásico frente al "principio de constitucionalidad" de la actividad pública. Incidencia de las acciones constitucionales en el derecho administrativo. En M. A. Medina (Ed.), *Retos y perspectiva del derecho administrativo*, (pp. 110-156). Bogotá: Universidad del Rosario.
- Nuño, E.J. (2016). Derecho administrativo sancionador- Principios de la potestad sancionadora. *Revista Gabilex*, (5), 142-190
- O'Donnell, D. (2004). *Derecho Internacional de los derechos humanos*. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: Colombia.
- Oliver, G.C. (2007) Fundamento del principio de retroactividad de la ley penal mas favorable. Oliver, G.C (Ed), *Retroactividad o irretroactividad de las leyes penales* (pp. 261-330). Santiago : Editorial Jurídica de Chile.
- Orrego, L.G. (2013) La prevalencia de los principios en la contratación estatal, como primer límite al ejercicio de la declaración administrativa de la caducidad del contrato estatal. *Revista Summa Iuris*, 1 (1), 35-56.
- Ossa, J.A. (2009). *Derecho administrativo sancionador. Una aproximación dogmática*. Bogotá: Editorial Legis.
- Peña, R.P. (2010). Panorámica del Derecho Procesal. En R. E. Peña (Ed), *Teoría General del Proceso*, (pp 1-35). Bogotá: Ecoe Ediciones.
- Perelló, I.D. (2000). Sobre el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. *Revista Jueces para la democracia*, (39), 16-26.

- Pérez, A.C. y Rodríguez, N.G. (2011) Regulación del derecho a un proceso penal sin dilaciones indebidas: De la atenuante analogía a la atenuante específica del Código Penal. *AFDUC* 15, 553-574.
- Petit, L.G. (2011). El debido proceso como derecho fundamental y humano. *Revista Alcance*, 16 (1), 47 – 58
- Prieto, C.M. (2003). El proceso y el debido proceso (Tesis de grado facultad de ciencias jurídicas). Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá.
- Quintero, G.O. (1991). La autotutela, los límites al poder sancionador de la Administración pública y los principios inspiradores del derecho penal. *Revista de Administración pública*, (126), 253- 296
- Ramírez, M.L. (2007). Postura de la Corte Constitucional colombiana en relación con el poder sancionador de la Administración. *Revista de derecho de la División de Ciencias Jurídicas*, (28), 302-328.
- Ramírez, M.L. (2008). Consideraciones de la Corte Constitucional acerca del principio de culpabilidad. *Revista de Derecho*. (29), 153-177.
- Rebollo, M.P., Izquierdo, M.C., Alarcón, L.S y Bueno, A.A. (2005). Panorama del derecho administrativo sancionador en España. *Revista Estudios Socio – Jurídicos*, 7 (01), 23-74.
- Rodríguez, L. (Noviembre 2000). Las vicisitudes del derecho administrativo y sus desafíos en el siglo XXI. Ponencia llevada a cabo en el seminario Iberoamericano de Derecho Administrativo, México.
- Román, C.C. (2009). El debido procedimiento administrativo sancionador. *Revista de derecho publico del Departamento de derecho público de la Universidad de Chile*, (71), 183 – 214
- Ruiz, L.A. (1989). El principio de irretroactividad de la ley penal en la doctrina y la jurisprudencia. *Anuario de la Facultad de Derecho- Universidad de Extremadura*, (7), 147-167.
- Santofimio, J.G. (2007a). *Tratado de Derecho Administrativo Tomo I*. Bogotá: Departamento de publicaciones de la Universidad Externado de Colombia.
- Santofimio, J.G. (2007b). *Tratado de Derecho Administrativo Tomo II*. Bogotá: Departamento de publicaciones de la Universidad Externado de Colombia.

- Suarez, W.M. (2014). La constitucionalización del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano. *El rol del Juez en el Estado Constitucional*, (129), 317-351
- Tardío, J.P (2006) El principio constitucional de audiencia del interesado y el trámite del artículo 84 de la ley 30 de 1992. *Revista de Administración pública, volumen (170)*, 93-142.
- Villanueva, A.T. (2015). La presunción de inocencia. Una aproximación actual al derecho. *Revista Catalana de dret públic*, (51), 209-222.

Fuentes Jurídicas

- Asamblea General de las Naciones Unidas. (10 de diciembre de 1948) Declaración Universal de Derechos Humanos. [Resolución 217 A (III)].
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (16 de diciembre de 1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. [Resolución 2200 A (XXI)]
- Asamblea Nacional Constituyente Francesa. (26 de agosto de 1789). Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.
- Congreso de la República de Colombia. (12 de julio de 2011) Ley 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. [Ley 1474 de 2011]. DO: 48128
- Congreso de la República de Colombia. (16 de julio de 2007) Ley por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos. [Ley 1150 de 2007]. DO: 46.691.
- Congreso de la República de Colombia. (18 de enero de 2011) Ley por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. [Ley 1437 DE 2011]. DO: 47956.
- Congreso de la República de Colombia. (28 de octubre de 1993) Ley por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. [Ley 80 de 1993]. DO: 41.094.
- Congreso de la República, Cámara de Representantes, Gaceta No. 096 de 2007
- Congreso de la República, Gaceta 951 de 2010.
- Congreso de la República, Senado, Gaceta No. 1210 de 2009
- Congreso de la República, Senado, Gaceta No. 466 de 2005
- Congreso de la República, Senado, Gaceta No. 656 de 2005
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (14 de abril de 2010) Expediente 36054 [MP. Enrique Gil Botero]

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. (11 de marzo de 2013) Auto 45316. [MP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa].
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (12 de agosto de 2014) Expediente 27246 (MP. Enrique Gil Botero)
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (4 de mayo de 2000) Auto 17871) [MP. Ricardo Hoyos Duque]
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (21 de noviembre de 2013) Expediente 24742. [MP. Olga Mélida Valle De la Oz]
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. (23 de junio de 2010) Expediente 16367. [MP. Enrique Gil Botero].
- Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (17 de marzo de 2010) Expediente 18394. [MP. Ruth Stella Correa Palacio]
- Constitución Española [Const.] (1978). Boletín Oficial del Estado.
- Constitución Política de Colombia [Const.] (1991) 2da Ed. Legis.
- Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión. (21 de septiembre de 2006) Sentencia T-796. [MP. Clara Inés Vargas Hernández]
- Corte Constitucional, Sala Plena. (1 de agosto de 2012) Sentencia C- 610 de 2012. [MP. Luis Ernesto Vargas Silva].
- Corte Constitucional, Sala Plena. (1 de diciembre de 2010) Sentencia C- 980. [MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo].
- Corte Constitucional, Sala Plena. (13 de agosto de 2002) Sentencia C- 640 de 2002 [MP. Marco Gerardo Monroy Cabra]
- Corte Constitucional, Sala Plena. (13 de agosto de 2002) Sentencia C- 641 de 2001. [MP. Rodrigo Escobar Gil].
- Corte Constitucional, Sala Plena. (16 de febrero de 2011) Sentencia C- 089 de 2011. [MP. Luis Ernesto Vargas Silva].
- Corte Constitucional, Sala Plena. (19 de octubre de 2005) Sentencia C- 1040 [M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; Rodrigo Escobar Gil; Marco Gerardo Monroy Cabra; Humberto Antonio Sierra; Álvaro Tafur Galvis; Clara Inés Vargas Hernández]
- Corte Constitucional, Sala Plena. (22 de noviembre de 2005) Sentencia C- 1189 de 2005. [MP. Humberto Antonio Sierra Porto]

- Corte Constitucional, Sala Plena. (24 de abril de 2013) Sentencia C-248 de 2013 [MP. Mauricio González Cuervo].
- Corte Constitucional, Sala Plena. (28 de abril de 1994) Sentencia C- 214. [MP. Antonio Barrera Carbonel].
- Corte Constitucional, Sala Plena. (3 de julio de 2002) Sentencia C- 506. [MP. Marco Gerardo Monroy Cabra].
- Corte Constitucional, Sala Plena. (3 de julio de 2003) Sentencia C-530. [MP. Eduardo Montealegre Lynett].
- Corte Constitucional, Sala Plena. (6 de noviembre de 1996) Sentencia C- 597. [MP. Alejandro Martínez Caballero].
- Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión. (8 de octubre de 1998) T-569. [MP. Alfredo Beltrán Sierra].
- Estados Americanos signatarios de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos. (22 de noviembre de 1969). Pacto de San José. Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.
- Gobiernos signatarios miembros del Consejo de Europa (4 de noviembre de 1950) Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.
- IX Conferencia Internacional Americana. (1948) Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.
- Jefatura del Estado de España. (1 de octubre de 2015) Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. [Ley 39 de 2015]. BOE. 236.
- Jefatura del Estado de España. (1 de octubre de 2015) Régimen Jurídico del Sector Público. [Ley 40 de 2015]. BOE. 236.
- Jefatura del Estado de España. (26 de noviembre de 1992) Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. [Ley 30 de 1992]. BOE. 285.
- Presidencia de la República de Colombia. (2 de enero de 1984) Decreto por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo. [Decreto 01 de 1984]. DO: 36439.

Presidencia de la República de Colombia. (2 de febrero de 1983) Decreto por el cual se expide normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones. [Decreto 222 de 1983]. DO: 36189.

Presidencia de la República de Colombia. (27 de enero de 1976) Decreto por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas. [Decreto 150 de 1976]. DO: 34492.

Tribunal Constitucional de España, Sala Primera (15 de febrero de 1990) Sentencia No. 22 de 1990.

Tribunal Constitucional de España, Sala Primera (19 de diciembre de 1991) Sentencia No. 246 de 1991.

Tribunal Constitucional de España, Sala Primera (26 de enero de 2009) Sentencia No. 17 de 2009.

Tribunal Constitucional de España, Sala Primera (8 de junio de 1981) Sentencia No. 18 de 1981.

Tribunal Constitucional de España, Sala Segunda (26 septiembre de 2011) Sentencia No. 145 de 2011.

Las garantías del debido proceso, reflexiones sobre cuáles y cómo aplican en los procedimientos sancionatorios contractuales en Colombia

Resumen

El artículo pretende hacer una reflexión sobre la aplicación del debido proceso y las garantías que lo fundamentan, en los procesos sancionatorios contractuales. Para ello, se analizan las garantías que componen el principio. A partir de las garantías que reconoció a los contratistas el Consejo de Estado en Sentencia 16367 del 23 de junio de 2010, se propone una forma de aplicación que permita un avance, en la implementación del debido proceso en el trámite de procesos sancionatorios contractuales y así aportar al proceso de constitucionalización del derecho administrativo en esta área específica, pues de la lectura actual de las garantías, se puede concluir que existe un estado de inmadurez del principio en el ejercicio del *ius puniendi* del Estado en materia contractual.

Abstract

The article aims to reflect on the application of the road and the guarantees that support it, in the contractual sanctioning processes. For this, the guarantees that make up the principle are analyzed. Based on the guarantees granted to contractors by the State Council in Sentence 16367 of June 23, 2010, a form of application is presented that allows progress in the implementation of due process in the process of contractual sanctioning processes and thus contribute to the process of constitution of administrative law in this specific area, since the actual reading of the guarantees, it can be concluded that there is a state of immaturity of the principle in the exercise

of the punishable right of the State in contractual matters.

Palabras clave: Debido proceso, procedimiento sancionatorio contractual, garantías del debido proceso.

Introducción

Se ha sostenido que el debido proceso pese a ser un derecho fundamental reconocido constitucionalmente y de aplicación inmediata según lo mandado por el artículo 85 de la Constitución, en materia de derecho administrativo no tiene el carácter de absoluto, ya que puede restringirse con autorización constitucional, para efecto de dar cumplimiento a otros principios constitucionales o garantizar otros derechos fundamentales.

En este sentido, los elementos del debido proceso no pueden ser aplicados con la misma intensidad que en materia jurisdiccional penal, requiriendo un proceso de matización que permita su aplicación, sin desnaturalizar su esencia, en cada una de las áreas que componen el derecho administrativo, especialmente el sancionador.

A partir de allí, se encuentra que el derecho fundamental al debido proceso ha tenido mayor desarrollo en unas áreas del derecho administrativo sancionador que en otras. Así, por ejemplo, se observa bastante doctrina y pronunciamientos jurisprudenciales, frente a la aplicación del principio en materia de procesos sancionatorios disciplinarios.

En el caso del derecho sancionatorio contractual, si bien se observa considerable doctrina y jurisprudencia que enuncian las garantías que se deben aplicar, no sucede lo mismo frente a la forma de aplicación de cada una de ellas en esta actividad administrativa. Cuando se adelanta tal labor la matización de las garantías con respecto al procedimiento sancionatorio contractual, lleva incluso a desnaturalizar algunos principios, desconociendo sus elementos esenciales como por ejemplo, el desconocimiento del elemento de reserva legal que comporta la garantía de legalidad o el desconocimiento del elemento de juez imparcial e independiente que conlleva la garantía de juez competente.

Por lo anterior, surge la pregunta de si se puede afirmar actualmente que con ocasión del proceso de constitucionalización del derecho administrativo, el derecho fundamental del debido proceso y sus elementos integradores tienen aplicación plena como garantías del contratista en el desarrollo del proceso sancionatorio contractual.

Para tal efecto, a través del presente trabajo de investigación se busca analizar la forma de aplicación de las garantías que han sido reconocidas en el Expediente 16367 del 23 de junio de 2010, por el Consejo de Estado como elementos del derecho fundamental al debido proceso en el desarrollo de los procesos sancionatorios contractuales.

Lo anterior, partiendo de la hipótesis de que aunque con ocasión del proceso de constitucionalización del derecho, resulta aplicable el derecho al debido proceso en los procedimientos sancionatorios de tipo contractual, por ser éste un derecho fundamental reconocido sin limitación alguna en las actuaciones administrativas desde 1991, en virtud de una labor de interpretación constitucional, se restringe su aplicación plena en esta área del derecho atendiendo la obligación que tiene la Administración de dar cumplimiento a los fines del Estado y los principios que rigen la función administrativa.

A partir de una investigación teórico – documental y de tipo propositiva, se abordarán individualmente los elementos del debido proceso, a partir del contenido de cada una de las garantías reconocidas al contratista, para lo cual se referenciará su desarrollo legal, doctrinal y jurisprudencial en el ejercicio del poder sancionador de la Administración, así como la forma en que el Consejo de Estado ha entendido su aplicación particular en materia sancionatoria contractual.

Con base en lo anterior, se hará una reflexión a partir de la cual se realice un aporte al proceso de constitucionalización del derecho administrativo, en cuanto a la aplicación de las

garantías que constituyen el debido proceso en el ejercicio del poder sancionador de la Administración en asuntos contractuales.

1.- Las garantías del debido proceso en el procedimiento sancionatorio contractual

En materia de contratación estatal, especialmente en el ejercicio del poder sancionador de la Administración, la Corte Constitucional en estudio de constitucionalidad del artículo 86 de la ley 1474 de 2011 y haciendo alusión a la Sentencia C- 314 de 2014, consideró que hacían parte del derecho fundamental al debido proceso garantías como el derecho a la jurisdicción, el derecho al juez natural, el derecho a la defensa, el derecho a un proceso público, el derecho a la independencia del juez y el derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario. (Corte Constitucional, Sala Plena, C- 499, 2015). Garantías que de no ser observadas con total rigurosidad por parte de la Administración pueden dar lugar a la nulidad de los actos administrativos sancionatorios (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Exp. 35957ª, 2017).

Por su parte, el Consejo de Estado en sentencia 35057 del 5 de diciembre de 2016 clarificó la improcedencia de alegar la aplicación de todos los elementos constitutivos del debido proceso en el trámite de todos los actos administrativos contractuales, pues su reconocimiento sólo podrá ser alegado en el trámite de imposición de sanciones propiamente dichas. Esta postura fue ratificada posteriormente por la misma corporación en sentencia 53839 del 20 de febrero de 2017 donde planteó la misma posición incluso frente a actos administrativos que se expidan en el ejercicio de una potestad excepcional de la Administración como lo es la liquidación unilateral del contrato.

Sin embargo, siguiendo la línea de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado en las providencias referidas recalcó la obligación de la Administración de motivar debidamente el acto

administrativo para efectos de que el contratista por vía de impugnación pueda ejercer sus derechos de defensa y contradicción como manifestaciones del derecho fundamental al debido proceso.

Ahora, habiendo planteado la posición actual tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado frente a la manifestación del derecho al debido proceso en asuntos contractuales, la labor académica continuará a partir de las garantías referidas por el Consejo de Estado en la Providencia 16367 del 23 de junio de 2010, como quiera que ha sido esta la providencia base para resolver asuntos posteriores, donde concretamente se ha discutido la vulneración del debido proceso en ejercicio de la facultad sancionadora de la Administración en esta materia particular.¹⁵

A continuación nos proponemos hacer un análisis concreto sobre cuáles y cómo aplican las garantías del debido proceso en el trámite de imposición de sanciones contractuales, partiendo de las garantías derivadas del artículo 29 de la Constitución.

1.1.- Derecho a no ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputan.

Esta garantía derivada del derecho al debido proceso consagrado en nuestra Constitución (1991, art. 29), ha sido entendida como la materialización del “principio de legalidad”, que aunque obedece a un término estudiado en el marco del derecho penal como la mayoría de las garantías derivadas del debido proceso, por vía de doctrina y jurisprudencia ha sido traída al derecho administrativo (especialmente al área punitiva).

¹⁵Ver. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Exp.- 45316, 2013); y (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Exp.- 20917, 2011), (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Exp.- 20611, 2012); (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Exp.- 21430, 2012); (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Exp.-45907, 2015); entre otras.

Y es que este principio ha sido considerado el pilar fundamental del Estado de derecho, ya que, no sólo se constituye en la demarcación del ejercicio de la actividad pública, sino que adicionalmente se ha entendido como el límite al ejercicio de la potestad sancionadora del estado, en la medida que procura la protección de los administrados, frente a la arbitrariedad de la Administración en el ejercicio de sus potestades. (Rojas, 2009)¹⁶

Es así que entendiendo el principio de legalidad, como la garantía que tienen las personas de conocer con antelación a su comisión, las acciones que constituyen una infracción y su consecuente sanción¹⁷, jurisprudencialmente se ha considerado que éste se satisface en la medida que se cuente con los elementos esenciales del mismo. Estos se definen como “*lex praevia*”, “*lex scripta*” y “*lex certa*”, los cuales refieren a la exigencia de una descripción previa, legal y clara de la conducta objeto de reproche y la respectiva sanción¹⁸.

Ahora, el desarrollo de esta garantía ha llevado a que sea estudiada desde dos ópticas diferentes. La primera de ellas desde su aplicación pura y simple, como en el derecho penal en el que el principio de legalidad implica que, sólo una ley en su sentido formal sea la que contemple las conductas objeto de reproche y su respectiva sanción, comportando elementos como la reserva de ley, su taxatividad e irretroactividad, la prohibición de aplicación analógica y la denominada *ne bis in ídem*; elementos que en el marco del poder punitivo del Estado se han considerado como la materialización de la garantía de seguridad jurídica propia del principio de legalidad (Fernández, 2014).

Por otro lado, el principio de legalidad se ha observado desde una óptima más flexible, como lo es en el caso del derecho administrativo sancionador¹⁹ donde se permite que no sólo la

¹⁶(Corte Constitucional, Sala Plena, C- 710, 2001)

¹⁷(Corte Constitucional, Sala Plena, C-853, 2005)

¹⁸(Corte Constitucional, Sala Plena, C- 333, 2001); (Corte Constitucional, Sala Plena, C- 853, 2005)

¹⁹ (Corte Constitucional, Sala Plena, SU- 1010, 2008); (Corte Constitucional, Sala Plena, C- 860, 2006).

ley sino también instrumentos normativos complementarios puedan plasmar tanto las infracciones como sus consecuencias.

Sobre el particular ha dicho Santofimio (2007a) que en virtud del postulado constitucional, el actuar del Estado estará regido por los postulados constitucionales, legales y reglamentarios. El principio de legalidad no sólo conlleva el sometimiento al régimen legal en su aspecto formal, sino que, adicionalmente, el actuar administrativo debe enmarcarse en la observancia de la totalidad de las normas (tratados adoptados, leyes, decretos, actos administrativos), los principios y los valores rectores del ordenamiento jurídico.

En este sentido, ha dicho la jurisprudencia que el principio de legalidad comporta un límite que hace referencia a la imposibilidad legislativa de diseñar a detalle la totalidad de las conductas objeto de reproche, dada las múltiples situaciones que pueden constituirse en infracción y dar lugar a una respectiva sanción (Corte Constitucional, Sala Plena, C- 333, 2001). Partiendo de ello, en el derecho administrativo sancionador esta garantía debe entenderse suplida, cuando el legislador estructura los elementos básicos para determinar con claridad la conducta sancionable y su respectiva sanción, independientemente que sea una norma de inferior rango la que los desarrolle (Corte Constitucional, Sala Plena, C- 406, 2004)²⁰.

No obstante, para Juan Alfonso Santamaría Pastor (1991), citado en Cordero (2014) el desarrollo por parte de una norma de inferior categoría a la ley de las conductas que constituyen infracción administrativa y la sanción a imponer, deben tener en cuenta aspectos como la completud, mensurabilidad y previsibilidad, en aras de dar cumplimiento al principio de legalidad.

²⁰ Véase también (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Exp.-1455, 2012)

Teniendo en cuenta los elementos esenciales del principio de legalidad, descritos anteriormente, se ha considerado que esta garantía como integrante del derecho fundamental al debido proceso está integrado por dos principios, la reserva de ley y la tipicidad. Principios que para autores como Ramírez (2009a) son vertientes propias de la garantía. La primera con contenido formal en la medida que hace referencia a la forma en la cual se manifiestan las conductas reprochables y sus consecuencias punitivas. En derecho administrativo se puede materializar a través de reglamentos expedidos por autoridad administrativa en ejercicio de su facultad reglamentaria, en el marco del contenido de una ley previamente expedida.

Por su parte, el principio de tipicidad como el elemento con contenido material de la garantía, es entendido como la necesidad de que tanto la conducta objeto de reproche, como la sanción sean consagradas normativamente de una manera completa, concreta y que no se preste para confusión por parte de los destinatarios del precepto.

Al igual que sucede con el principio de reserva de ley, ha sido unánime la jurisprudencia en señalar que el principio de tipicidad como integrante del principio de legalidad; no se aplica con el mismo rigor en materia administrativa sancionatoria, razón por la cual para reconocer esta garantía en esta área del derecho, no es exigible que la conducta objeto de reproche y que su respectiva sanción estén detalladas al nivel que se exige en el derecho penal, pues, basta con que los postulados normativos establezcan descripciones que cobijen diferentes infracciones administrativas (Corte Constitucional, Sala Plena, C- 564, 2000).

Finalmente, sobre este particular, se debe hacer claridad en la diferencia que existe entre el principio de legalidad y el principio de tipicidad, pues, si bien este último resulta del primero cada uno comporta elementos propios que permiten su diferenciación; mientras el principio de legalidad hace referencia a la consagración formal de la infracción y la sanción, es decir, a que

éstas se encuentren definidas de manera previa al acaecimiento de la conducta y la imposición de la sanción, bien sea en una ley propiamente dicha o en algún otro postulado normativo que la misma ley prevea, la tipicidad hace referencia al contenido material de la conducta y la sanción, que le impriman el grado de precisión y claridad que sobre éstas debe existir (Moncayo, 2014).

De lo visto hasta aquí, podemos concluir que el principio de legalidad, en la medida que es la garantía por excelencia en un Estado de derecho, en materia administrativa sancionatoria se le ha permitido su flexibilidad en dos de sus elementos. El primero de ellos en cuanto a la posibilidad de que no sólo sea la ley en su sentido formal, la que establezca las infracciones y las sanciones, sino que adicionalmente éstas pueden estar desarrolladas en otro tipo de norma como lo son los reglamentos (Principio de reserva de ley).

El segundo elemento a que hace referencia a la flexibilidad frente a la descripción detallada de la conducta y la sanción, exige una consagración normativa particular para cada ilícito normativo. Se requiere la existencia de un postulado determinable que permitan por un lado a la Administración adecuar la conducta particular y su respectiva sanción, aunque con cierto grado de discrecionalidad, y por otro lado al administrado conocer con claridad el alcance de la conducta reprochable (principio de tipicidad) (Ramírez, 2011) .

No sucede lo mismo con el elemento referido a la descripción previa de las conductas y las sanciones, pues para poder ejercer actos derivados de la facultad sancionadora de la Administración es exigible que éstas se encuentren definidas con antelación a la realización de la infracción.

Y es que si bien se ha permitido que el principio de legalidad y sus manifestaciones en principio de reserva de ley y tipicidad, sean modulados o flexibilizados en materia de derecho administrativo sancionador, ello no conlleva el otorgamiento de facultades a la Administración

que permitan un ejercicio de la potestad sancionadora de manera discrecional, pues de serlo así clara y directamente se estaría vulnerando el artículo 29 de la Constitución Política.

En materia de procedimientos administrativos sancionatorios de naturaleza contractual, el Consejo de Estado en Providencia 16367 del 23 de junio de 2010 consideró que el principio de legalidad se aplica con una matización particular. Planteó que frente a sanciones derivadas del poder exorbitante de la Administración contenidos en la Ley 80 de 1993 esta garantía aplica plenamente. Sin embargo, para sanciones como la multa y la cláusula penal sostuvo que la garantía generalmente se observa flexible en atención a que si bien su estipulación contractual resulta viable en virtud de la ley²¹, las conductas que la originan pueden ser pactadas en el contrato.

Se consideró por parte del Consejo de Estado que el contrato puede perfectamente diseñar ilícitos contractuales y las respectivas sanciones en atención a la aplicación del principio de autonomía de la voluntad.

Al parecer en el mismo sentido del Consejo de Estado, la Ley 1474 de 2011 al diseñar el procedimiento administrativo sancionatorio contractual, estipuló la posibilidad de que el contrato definiera las sanciones a imponer ante un incumplimiento contractual, cuando en el artículo 86 sostuvo que dicho procedimiento debía seguirse para la aplicación de sanciones pactadas en el contrato.

Sobre el particular, el alto tribunal y la Ley 1474 de 2011 sostienen que en virtud de la autonomía de la voluntad las partes del contrato (Administración - particular) pueden pactar conductas prohibidas en materia contractual y sus correspondientes sanciones, abren la posibilidad de que frente a las sanciones diferentes a aquellas impuestas en virtud de facultades

²¹ (Código Civil, art. 1592 y ss); (Código de Comercio, art. 867); (Ley 1150, 2007, art. 17).

excepcionales se desconozca uno de los elementos esenciales del principio de legalidad que ha sido reconocido sin distinción en los procedimientos administrativos sancionatorios, tanto doctrinaria, como jurisprudencialmente.

Lo anterior, en la medida que cuando se sostiene que el contrato puede definir ilícitos contractuales y sus consecuencias, pareciera desconocer que dicha implica reconocer el principio de reserva legal (*lex scripta*) que aunque matizado sólo puede darse en los términos previamente expuestos.

Por tal motivo, se considera que la afirmación hecha por parte del Consejo de Estado y la redacción del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 abren la posibilidad de desconocimiento del elemento esencial del principio de legalidad referido a la reserva legal, pues, se justifica la flexibilización de esta garantía en un postulado normativo. Que no cumple con los parámetros definidos, para efectos de que una norma de inferior categoría a la ley, pueda determinar ilícitos administrativos e imponer sanciones.

Se resalta que frente a este aspecto ha sido clara la jurisprudencia en sostener que, la matización del principio de reserva de ley en materia administrativa sancionatoria obedece única y exclusivamente a la posibilidad que da la misma ley a los reglamentos para desarrollar los elementos fácticos y jurídicos de los ilícitos administrativos y las consecuencias de ellos, pero previa definición por parte de la misma ley de los elementos esenciales.

Ahora, permitir que en virtud de la autonomía de la voluntad las partes pacten actuaciones sancionables contractualmente, conllevaría a la determinación de conductas y sanciones contractuales de una manera discrecional por parte de la Administración, cosa que ha sido plenamente rechazada en el ejercicio del poder sancionatorio.

No resulta desconocido que en la realidad de la actividad contractual administrativa el principio de autonomía de la voluntad no opera como legalmente está concebido en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 y como sí lo hace en derecho privado, pues en la mayoría de casos la estructuración del contenido del contrato se hace de forma unilateral por parte de la Administración.

Pese a lo anterior, se considera que ante el universo de posibles conductas que pudieran ser reprochables y sancionables en materia de contratación estatal, así como el tecnicismo de algunas, resultaría casi que imposible para el legislador y la propia Administración definir siquiera un marco para todas ellas.

Por lo anterior, se justificaría darle una nueva visión al principio de legalidad en cuanto a su aplicación en procedimientos sancionatorios contractuales permitiendo que el contrato contemple los postulados fácticos que conlleven la imposición de alguna sanción , exclusivamente partiendo de la necesidad de la Administración de cumplir con los fines que impone la contratación estatal, en razón a que ésta resulta ser una carga adicional a los fines que se persiguen con el ejercicio de cualquier otra actividad administrativa.

En conclusión, el máximo grado de matización que pudiera tener el principio de legalidad en procedimientos administrativos sancionatorios de tipo contractual se daría por efecto del cumplimiento de los fines que legalmente se le han impuesto a la Administración en su actividad contractual, aunque ello implique un grado un poco más alto de discrecionalidad administrativa que la permitida en procedimientos administrativos y sancionatorios administrativos generales, y la negada en materia penal. No obstante, esta postura garantizaría sin flexibilización alguna el elemento de ley previa y sin matización adicional el elemento de tipicidad.

1.2- Derecho a ser juzgado ante juez o tribunal competente.

Esta garantía ha sido reconocida principalmente como la materialización del principio de legalidad, frente a la habilitación previa que la ley otorga a la autoridad pública para ejercer su facultad sancionadora, y que aunque obedece a una garantía propia de procesos judiciales, en la medida en que se deriva del debido proceso, por mandato del artículo 29 constitucional ha sido traída a esta área del derecho.

En el ámbito internacional, dicha garantía ha sido reconocida por instrumentos como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana, en los cuales se ha consagrado el principio de juez natural como la garantía de toda persona para que la efectividad de sus derechos se realice por un tribunal - juez competente, independiente e imparcial (Quispe, 2013).

En esos mismos términos, nuestra jurisprudencia constitucional ha considerado que el principio de juez natural refiere al derecho de toda persona para que “sea juzgada por juez competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley” (Corte Constitucional, Sala Plena, C-328, 2015), desprendiéndose así que la garantía de juez natural no sólo implica la facultad previa otorgada por la ley para dirigir determinada actuación, sino que adicionalmente ella conlleva el derecho a contar con un juez independiente e imparcial²².

Específicamente frente a los procedimientos administrativos de naturaleza contractual en Providencia 16367 del 2010 ha sostenido el Consejo de Estado que, dicha garantía tiene plena aplicación, pues resulta clara la facultad dada por la ley para que la Administración declare la ocurrencia de un siniestro tendiente a hacer efectiva la garantía única de cumplimiento. Lo que implica efectuar la imposición de multas y la cláusula penal pecuniaria, así como para declarar la

²² Ver también (Corte Constitucional, Sala Plena, C- 341, 2014)

caducidad y el ejercer sus poderes exorbitantes²³. Esta posición fue ratificada posteriormente con el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Como se puede observar tanto el alto tribunal como el procedimiento administrativo sancionatorio actualmente vigente en Colombia, se limitaron al reconocimiento de la garantía a su aspecto puramente formal. En esta medida no existe duda alguna de que en los procedimientos administrativos sancionatorios de naturaleza contractual, la garantía de juez natural se aplica con la misma rigurosidad que en materia jurisdiccional.

No obstante, un análisis más allá conlleva a afirmar que tal conclusión no resulta del todo cierta, pues como se vio anteriormente, el derecho a contar con un juez natural implica de igual manera el derecho a que el funcionario sea imparcial e independiente, elementos cuya materialización resulta bastante dudosa, en el desarrollo de los procedimientos administrativos sancionatorios y especialmente los de naturaleza contractual, donde por mandato del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, la Administración ostenta la calidad de juez y parte, en la medida que se ha delegado en el representante legal de las entidades públicas, como responsable de la actividad contractual, la facultad de dirigir la audiencia sancionatoria, intervenir en representación de una de las partes y decidir sobre la imposición de la sanción.

Ahora, se ha considerado que tal posición sobre la aplicación de los principios de imparcialidad e independencia en el desarrollo de los procesos sancionatorios administrativos queda apaciguada al remitirnos a la Constitución (1991), donde se contempla que la función administrativa se deberá ejercer, entre otras, con fundamento en el principio de moralidad e imparcialidad (Ossa, 2009).

²³(Ley 1437, 2011, art. 99); (Ley 1150, 2007, art. 17); (Ley 80, 1993, art. 14).

No obstante, ello no conlleva el desconocer la marcada diferencia que existe entre la posición de las partes en un proceso judicial donde se enfrentan ante un juez verdaderamente imparcial e independiente, y la posición de éstas dentro de los procesos administrativos, donde la parte encargada de efectivizar los derechos es una de las partes con interés en el mismo, pues como lo sostuvo Chamorro (2014), la Administración en el ejercicio de su potestad sancionadora se encuentra influenciada por la obligación de satisfacer el interés general, lo que restringe la posición objetiva que debe tener el juzgador con ocasión del principio de imparcialidad propio del juez natural.

Adicional a esto, no se puede olvidar que el mismo artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 fijó como requisito para el inicio del procedimiento administrativo sancionador en materia contractual, el contar con un informe del supervisor (funcionario público) o interventor (contratista) que permita evidenciar el posible incumplimiento contractual, lo cual permite concluir que será el representante legal de la entidad quien analice los elementos fácticos y jurídicos y en tal medida prejuzgue la conducta desplegada por el contratista, antes de la apertura del procedimiento sancionatorio.

Por lo anteriormente expuesto se debe considerar que la garantía derivada del debido proceso referida al derecho a contar con un “juez natural” en realidad no se aplica con la misma intensidad en los procedimientos sancionadores de tipo contractual, toda vez que sus elementos integradores especialmente el referido a la imparcialidad del juzgador se ve claramente comprometido por la naturaleza propia de la actuación administrativa. Sin embargo, tal situación se deberá apaciguar al dar cumplimiento a la Constitución (1991, art. 2 y 209) cuando se establecen los fines del Estado y los principios de la función administrativa.

1.3- Derecho a que el procedimiento administrativo se adelante con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

Para Ramírez y Hernández (2016), en un Estado de Derecho, no resulta justificable la imposición de sanciones, sin que previamente se le haya otorgado al presunto responsable la oportunidad de ejercer su derecho de contradicción, pues, ello podría conllevar a la adopción de decisiones arbitrarias.

En este marco, la garantía en mención refiere al derecho a que previamente a la imposición de una sanción se adelante un procedimiento que permita la protección de los derechos y los intereses de las partes intervinientes, prohibiéndose de esta manera la imposición de sanciones de plano (Román, 2010). Por tal razón, se ha considerado que cada área del derecho, adicional a contemplar legalmente tanto las sanciones, como las infracciones, deberá diseñar un procedimiento a través del cual se pueda ejercer el poder sancionador (Ramírez y Hernández, 2016).

Y es que para efecto de respetar la garantía, como lo ha sostenido la Corte Constitucional las formas propias del procedimiento deberán estar previamente establecidas por el legislador, evitando que a su arbitrio, sean los operadores administrativos o judiciales quienes las determinen. Con ello, se forja un límite para los mismos, pues, si se desconoce los mandatos procesales, se configuraría la denominada “vía de hecho” (Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión, T- 242, 1999).

Ahora, como se resaltó por López (2005) en materia de derecho administrativo, la necesidad de procedimiento tiene como justificación el reconocimiento de derechos tanto para la Administración, como para el administrado, pues, mientras a través del desarrollo procedimental la Administración obtiene los elementos necesarios, para efectos de proferir una decisión que

garantice el interés público, por parte del administrado a través de éste puede ejercer su derecho de defensa y todo lo que ello conlleva.

Adicionalmente, consideró el autor que la necesidad del procedimiento, no prohíbe la consagración normativa de procedimientos simplificados en materia de derecho administrativo sancionador, lo cual tiene fundamento en el cumplimiento de los principios de eficacia y celeridad que cobijan el actuar de la Administración. Sin embargo, debe tenerse presente que la simplificación del procedimiento, no puede generar la limitación del derecho de defensa de los administrados.

En Colombia, actualmente, la imposición de sanciones en esta área del derecho deberá adelantarse a través del procedimiento diseñado en el Capítulo III, Título III de la Ley 1437 de 2011. Específicamente para la imposición de sanciones administrativas de naturaleza contractual, se deberá atender el procedimiento diseñado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, como quiera que la misma Ley 1437 de 2011, en su artículo 47 definió que el procedimiento sancionatorio allí contemplado no resultaría aplicable para el efecto.

Ahora, antes de hacer referencia al procedimiento sancionatorio contractual actualmente vigente, se considera necesario hacer una sucinta referencia al avance normativo en este sentido.

En la vigencia de la Ley 80 de 1993, los procedimientos sancionatorios no tenían consagración normativa expresa, pues sólo existía el mandato constitucional contenido en el artículo 29 de la Constitución (1991) y el Código Contencioso Administrativo de 1984, que no contemplaba ningún procedimiento concreto para la imposición de sanciones. En tal sentido, las sanciones se imponían de plano en muchas oportunidades, o en el mejor de los casos a través de actuaciones que someramente respetaban los principios de la función administrativa como lo señalaba la Ley 80 de 1993.

Seguidamente, la expedición de la Ley 1150 de 2007 conllevó a que en materia de contratación estatal la imposición de multas y la declaratoria de incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal se diera a través de un procedimiento mínimo que contara con la audiencia del contratista, con ocasión del artículo 17, que contempló el debido proceso como un principio rector en materia sancionatoria contractual.

Posteriormente, por vía de jurisprudencia se exigió que para la imposición de las demás sanciones contractuales, de igual manera, debe cumplirse con un procedimiento que permita la audiencia del contratista, no sólo por mandato de la Ley 1150 de 2007, sino por el derecho constitucional consagrado en el artículo 29. Sin embargo, hasta ese momento legalmente no existía un procedimiento propiamente dicho que satisficiera plenamente el mandato constitucional y en su defecto, era la misma Administración la que determinaba el procedimiento que se adelantaba para imponer las sanciones contractuales.

Partiendo de lo anterior, el Consejo de Estado en providencia 16367 del 23 de junio de 2010 consideró que la garantía de procedimiento aplicaba en materia de derecho administrativo sancionatorio contractual, en la medida que para imponer cualquier sanción de tipo contractual debería adelantarse un procedimiento preestablecido por la ley, que garantizara los derechos de defensa y contradicción del contratista. Adicionalmente consideró viable la adopción de procedimientos sumarios en atención a la necesidad de que la garantía, se observara en consonancia con los principios de celeridad, economía, eficiencia y eficacia que por mandato constitucional rigen la función administrativa.

Fue posteriormente al pronunciamiento del Consejo de Estado, con la expedición de la Ley 1474 de 2011 que se diseñó legalmente el procedimiento sancionatorio contractual que actualmente señala las etapas procesales para efectos de imponer sanciones a los contratistas.

Con lo anterior, podría afirmarse que se da plena aplicación a la garantía de procedimiento en lo que refiere al actuar de la Administración para la imposición de sanciones contractuales, tal y como lo consideró el Consejo de Estado en su momento, no obstante, deberá hacerse la siguiente reflexión.

Sea lo primero señalar que de conformidad con la exposición de motivos de la Ley 1437 de 2011, la única justificación que tuvo el legislador para excluir la aplicación de sanciones contractuales del procedimiento administrativo sancionatorio general, fue la exigencia que trae el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, cuando hace referencia al procedimiento administrativo en audiencia²⁴. No consideró el legislador los mandatos constitucionales que por vía de doctrina y jurisprudencia han justificado la simplificación de procedimientos en materia de derecho administrativo, cual es la aplicación de los principios que rigen la función administrativa.

Por otro lado, al analizar el procedimiento administrativo sancionatorio general y compararlo con el procedimiento sancionatorio contractual, claramente se observa que el legislador en la estructuración de este último, sin justificación alguna puesto que no se encuentra en la exposición de motivos de la Ley 1474 de 2011 alguna razón que argumente tal postura, suprimió la etapa procesal de averiguaciones preliminares y la etapa de alegatos, así como dejó vacíos o reguló insuficientemente la etapa de formulación de cargos, su notificación y el periodo probatorio.

Podría pensarse en principio que la estructuración legal del procedimiento sancionatorio contractual protege la garantía bajo análisis y en esa medida pudiera pensarse que garantiza el derecho de defensa y contradicción, ello no resulta justificable para que en materia de contratación estatal se desconozcan etapas procesales, que legalmente son reconocidas a los

²⁴ Ponencia para segundo debate al proyecto de ley 315 de 2010 Cámara de Representantes, 198 de 2009 Senado. (Gaceta 951 de 2010)

administrados a quienes se les aplica sanciones en virtud del procedimiento sancionatorio general, en la medida que no existe razones de tipo legal o constitucional que así lo justifiquen.

Por lo anterior, se deberá entender que ante la falta de regulación de algunas etapas procesales y la regulación incompleta que trae el procedimiento sancionatorio contractual de la Ley 1474 de 2011, en procura del respeto al principio de igualdad que rige la función administrativa, el procedimiento administrativo sancionatorio contractual deberá complementarse en lo que resulte necesario, con las estipulaciones del procedimiento administrativo sancionatorio general señalado en la Ley 1437 de 2011, atendiendo su carácter de subsidiaria y supletoria (Laverde, 2013).

Como un reflexión final, pero partiendo de lo expuesto anteriormente, se considera innecesaria y sin justificación constitucional legal, la consagración normativa de un procedimiento especial para la imposición de sanciones de tipo contractual, pues al haberse permitido que las sanciones contractuales se aplicaran con base en la Ley 1437 de 2011 no se estaría afectando el cumplimiento de ninguno de los principios que rigen la contratación estatal ni los fines perseguidos por la Administración pública al suscribir los contratos, por el contrario, el hecho de que el procedimiento sancionatorio contractual, no contemple plazos definidos para las etapas procedimentales puede llevar a que el procedimiento en vez de simplificarse se extienda en un tiempo indeterminado, lo que claramente si vulneraría los principios en mención.

1.4- Derecho a que “en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”.

Doctrinaria y jurisprudencialmente esta garantía ha sido conocida como el principio de favorabilidad o retroactividad de la ley, y tal como lo consagró la Constitución (1991, art. 29), ha

sido asociada principalmente a la aplicación de la ley favorable en asuntos de tipo penal, razón por la cual su naturaleza debe ser analizada desde esta óptica.

Antes de exponer los conceptos generales de la mencionada garantía, se considera necesario precisar los conceptos de legalidad e irretroactividad de la ley, que aunque parecieran opuestos al principio de favorabilidad, resultan fundamentales para entender la aplicabilidad de éste.

Como se indicó anteriormente, el principio de legalidad en su componente de ley previa hace referencia a que la ley aplicable al caso concreto debe ser aquella que se encuentre vigente para el momento en que se cometió la conducta.

Derivado de ello y de la seguridad jurídica que la misma comporta, se tiene la imposibilidad de expedir una ley con efectos retroactivos negativos o la aplicación de una ley en este mismo sentido, fenómeno al que se le conoce como principio de irretroactividad de la ley (Ruiz, 1989) y que al igual que el principio de legalidad tiene su fundamento en la seguridad jurídica que se materializa en el conocimiento previo que se debe tener frente a las consecuencias derivadas de una actuación particular, lo que se vería menguado si se permitiera la aplicación retroactiva de leyes con contenido más gravoso (Oliver, 2000).

Habiendo hecho esta precisión inicial, de la cual se desprende que por regla general la ley tiene efectos inmediatos después de su entrada en vigencia, se ha de entender que resulta viable su aplicación incluso para situaciones acontecidas con anterioridad (Figueroa, 2010).

Partiendo de esto y de lo señalado previamente sobre la imposibilidad de que las leyes más gravosas generen efectos retroactivos, se puede concluir consecuentemente que resulta jurídicamente válida la aplicación retroactiva de la ley, únicamente en el evento en que la misma

resulte ser más beneficiosa para el procesado. A este fenómeno es al que se le ha conocido como principio de favorabilidad o retroactividad de la ley.

Doctrinariamente se ha considerado que esta garantía, resulta aplicable con la sola existencia de una ley más favorable que otra, pues no se requiere que la conducta en su totalidad o parte de ella se haya producido estando la ley más favorable en vigencia. En esta medida, dicha garantía permite la aplicación del principio incluso para conductas producidas, cuando la ley favorable no era parte del ordenamiento jurídico (Ruiz, 1989).

Ahora, un pequeño problema que pudiera presentar la aplicación de este principio se centra en el concepto abstracto, que pudiera resultar el término “ley favorable”. Frente al particular Garrido (2007) ha planteado que debe entenderse que los elementos fácticos de cada caso concreto permitan dejar al sujeto en las mejores condiciones jurídicas y materiales.

En nuestro ordenamiento jurídico, adicional a la consagración constitucional expresa, que tiene la garantía como consecuencia de su incorporación como elemento del derecho fundamental al debido proceso, la garantía hace parte de nuestra Constitución (1991), consecuencia de su reconocimiento en instrumentos internacionales adoptados por Colombia tales como: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos (Gómez, 2012).

Bajo este entendido, se ha planteado que en atención a que constitucionalmente no se ha limitado el principio de favorabilidad a asuntos sustantivos, la garantía debe ser aplicada aún frente a asuntos de naturaleza procesal²⁵, cuando estas resulten ser fundamentales para efectos de la aplicación de la norma sustancial más favorable²⁶.

²⁵ (Corte Constitucional, Sala Plena, C- 200, 2002); (Corte Constitucional, Sala Plena, C- 207, 2003); (Corte Constitucional, Sala Plena, C-371, 2011).

²⁶ (Corte Constitucional, Sala Plena, C- 922, 2001).

Ahora, pese a la claridad sobre el fundamento constitucional de la garantía y lo que ello conlleva, se observa que la aplicación del principio en el ejercicio del poder sancionador de la Administración ha presentado diversas posiciones sobre todo jurisprudenciales. Si bien la Corte Constitucional en algunas oportunidades, ha señalado que el principio de favorabilidad aplica tanto para asuntos penales como administrativos, lo que se observa es una resistencia frente a la extensión de esta garantía al ejercicio del poder sancionador de la Administración, especialmente pero no en una forma exclusiva por parte del Consejo de Estado.

Es así que se encuentran pronunciamientos que aún niegan la aplicación de la garantía (asuntos de contenido económico)²⁷, otras que la aplican sin duda alguna (asuntos disciplinarios)²⁸ y otras que lo admiten de una manera excepcional, especialmente, para asuntos de tipo correccional administrativo, donde adoptando una posición intermedia por no decir indecisa y contradictoria, ha sostenido que en casos particulares resulta aplicable el principio de favorabilidad en asuntos administrativos sancionatorios como respeto de una mínima garantía del derecho al debido proceso, pese a que la misma ha sido consagrada constitucionalmente para el derecho penal y no para el derecho administrativo²⁹ (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, R- 1454, 2002).

En definitiva, en nuestro ordenamiento jurídico en la actualidad, no cuenta con un mandato legal que habilite la aplicación del principio de favorabilidad en el derecho administrativo sancionador, lo que ha dificultado un mayor avance en el ámbito de aplicación de la garantía. Lo que se observa es una tendencia doctrinal y jurisprudencial que viene avanzando, aunque de una manera lenta, hacia el reconocimiento de la misma, con ocasión de un proceso de constitucionalización en esta área del derecho.

²⁷ (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Exp.- 14667, 2007)

²⁸ (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Exp.-2558, 2012); (Corte Constitucional, Sala Plena, C-692, 2008)

²⁹ (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Exp.- 15392, 2009).

En materia de contratación estatal, el Consejo de Estado en Providencia 16367 del 23 de junio de 2010 planteó que la garantía de favorabilidad opera de una manera muy similar a su forma de aplicación en materia penal, en esa medida sostiene que independientemente de lo sostenido por la Ley 153 de 1887 frente a la incorporación contractual de las leyes vigentes en el momento de la celebración, con ocasión del mandato consagrado en la Constitución (1991, art. 29) en el evento en el cual la ley o la cláusula contractual establezcan una sanción, que posteriormente con ocasión de una nueva ley o de un nuevo pacto contractual, sea reducida o eliminada, deberá ser aplicada esta última.

Sobre el particular, resulta pertinente resaltar el análisis constitucionalizado de la garantía que se hace en materia de contratación estatal por parte del Consejo de Estado, pues aunque dicha corporación en algunas oportunidades ha negado la aplicación del principio en el ejercicio del poder sancionador de la Administración. En esta ocasión particularmente efectuó un pronunciamiento garantista de los intereses de los administrados- contratista en consonancia con los mandatos constitucionales e internacionales.

No obstante, debe hacerse la precisión sobre un punto particular, y es que la aplicación del principio de favorabilidad no puede darse únicamente cuando nos encontremos frente a normas que disminuyan o eliminen la sanción impuesta, pues una lectura constitucional de la garantía nos lleva a entender que resulta aplicable también frente a aspectos como la tipificación de la conducta y el trámite procesal para la aplicación de las sanciones de tipo contractual.

1.5- Derecho a que “Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable”.

Esta garantía, conocida como principio de presunción de inocencia, obedece a un elemento del derecho fundamental al debido proceso consagrado en la Constitución (1991, art.

29), con ocasión del cual toda persona debe ser considerada inocente y en su defecto solo puede ser declarada culpable hasta la culminación de un procedimiento, en el cual el Estado con reconocimiento de las garantías procesales, haya desplegado su actividad probatoria, para efectos de contar con la prueba necesaria que le otorgue certeza suficiente frente a la responsabilidad del individuo y en esa medida se desvirtúe la presunción (Corte Constitucional, Sala Plena, C- 289, 2012)³⁰.

Como referencias normativas a nivel internacional, la presente garantía fue consagrada primeramente en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, y más recientemente, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en la Convención Americana de Derechos Humanos (Martínez, 2008).

De tales instrumentos normativos se desprende que la presunción de inocencia, que corresponde a una garantía reconocida primeramente en el ámbito penal y que para autores como Guerrero (2006), corresponde a un derecho intrínsecamente relacionado con la dignidad humana y que conlleva incluso la necesidad de eximir a un culpable con tal de no sancionar a un inocente o como lo sostiene el mismo autor, proteger al presunto responsable incluso hasta un punto de impunidad.

Sobre el particular, Villanueva (2015) sostiene que si bien es cierto la garantía de presunción de inocencia nos refiere a un derecho relacionado con la rama del derecho penal, la razón de ser del nacimiento del principio cual fue proteger al ciudadano del poder punitivo del estado, lo cual permite concluir que su aplicación no sólo en esta rama del derecho, sino en todos los ámbitos donde el Estado ejerza su *ius puniendi*.

³⁰ (Corte Constitucional, Sala Plena, C- 030, 2003)

Se ha considerado que la garantía en mención, no sólo hace referencia al hecho de considerar inocente a un procesado mientras se demuestra lo contrario, sino que ella conlleva múltiples manifestaciones procesales, tales como (1) que la carga de la prueba sobre la existencia de la conducta reprochable y su responsabilidad la tenga quien acusa, quien adicionalmente está obligado a recaudar el material probatorio respetando las reglas del debido proceso; (2) que el juzgador sea independiente e imparcial; (3) que al acusado se le respete el derecho a guardar silencio y no declarar contra si mismo, (4) que se garantice el principio de *in dubio pro reo* y finalmente, (5) que se respete el derecho de defensa (Martínez, 2008).

Para autores como Guerrero (2006) esta garantía en el ámbito procesal refiere dos manifestaciones, la primera de ellas hace relación al derecho de la persona a que se le considere inocente hasta que una sentencia señale lo contrario, y la segunda, el respeto de la garantía *in dubio pro reo* en virtud de la cual, la carga de la prueba sobre los hechos y la responsabilidad la tiene el acusador.

Por su parte, autores como Ossa (2009) consideran que el principio de presunción de inocencia comporta dos elementos esenciales, el primero de ellos refiere a la labor probatoria que se debe adelanta dentro del procedimiento y el segundo que refiere a la carga de la prueba en cabeza de quien acusa, pues para efectos de que dicho principio sea desvirtuado y en su defecto sea posible la imposición de una sanción, resulta necesario contar con el material probatorio que soporte la comisión de la conducta reprochable.

Adicionalmente, Amaya (2010) ha sostenido que el respeto de la garantía en un régimen de responsabilidad subjetiva implica el considerar al presunto responsable inocente no sólo hasta que el juzgador compruebe la ocurrencia de los hechos objeto de reproche, sino también hasta que exista prueba sobre la ocurrencia de alguno de los elementos de la culpabilidad, es decir,

hasta tanto existan los medios probatorios suficientes que den certeza sobre la comisión de la conducta con dolo o culpa.

Para la Corte Constitucional³¹, el principio de presunción de inocencia se manifiesta de tres maneras, la primera de ellas bajo el entendido que de toda persona es inocente hasta que se le demuestre lo contrario dentro de un procedimiento, que respete la totalidad de las garantías procesales; una segunda manifestación que hace referencia a la carga probatoria que necesariamente debe recaer sobre quien acusa; y finalmente una tercera manifestación que hace referencia al trato que se le debe dar al procesado, el cual debe ser como el trato que se le da a cualquier persona sin vinculación alguna a un juicio de reproche.

De las anteriores posturas casi que unánimes frente a las manifestaciones del principio de presunción de inocencia, se puede resumir que dicha garantía se basa en dos elementos centrales, la actividad probatoria que se debe desplegar dentro del procedimiento y el respeto de la garantía *in dubio pro reo*.

Frente a la primera, Carmona (1990) definió que para efectos de garantizar el derecho y desvirtuar el mismo, el acusador debe contar con una prueba recaudada con respeto de las garantías del debido proceso, que acredite los hechos objeto de reproche, la participación en los mismos por parte del presunto responsable y la culpabilidad de éste, y finalmente que por parte del juzgador se haga una valoración probatoria aunque libre, de manera razonada.

Por su parte, frente al respeto de la garantía de *in dubio pro reo* se ha considerado que refiere al derecho del procesado, para que se adopte una decisión en favor suya cuando en el momento de la valoración probatoria por parte del juzgador exista duda sobre uno de los puntos

³¹ Ver (Corte Constitucional, Sala Plena, C- 003, 2017); (Corte Constitucional, Sala Plena, C- 774, 2001); (Corte Constitucional, Sala Plena, C- 205, 2003).

necesarios para la imposición de una sanción (ocurrencia de los hechos o la responsabilidad del individuo frente a los mismos) (Ortegón, 2013).

Al igual que como ocurre con el resto de las garantías derivadas del derecho penal, en cuanto a su aplicación en materia de derecho administrativo sancionador, se ha considerado que el principio de presunción de inocencia tiene aplicación en esta rama del derecho, con ocasión de ser ésta una manifestación del *ius puniendi* del Estado, tal y como se plasmó anteriormente.

En tal medida para Escamilla (2011) la garantía implica, entre otras, que no es posible la aplicación de una sanción administrativa sin la existencia de una prueba que desvirtúe el principio, en atención a que ésta lo que busca es el convencimiento pleno del juzgador sobre la ocurrencia de los hechos y la responsabilidad del infractor frente a los mismos.

Y es que Villanueva (2015) considera que resulta necesaria la aplicación del principio de presunción de inocencia en materia de derecho administrativo sancionador, porque si bien con posterioridad a la culminación del procedimiento sancionatorio se tendrá la posibilidad de acudir a la jurisdicción para discutir los derechos controvertidos administrativamente, en este escenario se parte de una presunción de culpabilidad, con ocasión del acto administrativo sancionatorio en firme.

Por su parte, ha sostenido la Corte Constitucional en providencia C- 595 del 27 de julio de 2010, que si bien el principio de presunción de inocencia aplica a todas las ramas del derecho en las cuales se ejerza el poder sancionador del Estado, en materia de derecho administrativo sancionador debe darse de una manera matizada en comparación con su aplicación en derecho penal.

En materia de derecho administrativo, el principio de presunción de inocencia se encuentra consagrado en el artículo 3 de la Ley 1437 de 2011, como una garantía reconocida en

los procedimientos administrativos sancionatorios, junto con los principios de legalidad de faltas y sanciones, *no reformatio in pejus* y *non bis in ídem*.

Específicamente, en materia de procedimientos sancionatorios contractuales, en providencia 16367 del 23 de junio de 2010 el Consejo de Estado consideró que por la naturaleza de la garantía, esta conlleva la obligación que tiene la Administración de demostrar la responsabilidad por parte del contratista para poder imponer la sanción respectiva, razón por la cual no tiene duda frente a su aplicación plena en materia sancionatoria contractual.

De lo hasta aquí expuesto frente a la garantía en mención resulta importante hacer la siguiente consideración, y es que si bien es cierto se ha reconocido jurisprudencialmente la aplicación plena del principio de presunción de inocencia en el trámite de los procesos sancionatorios de naturaleza contractual teniendo como soporte legal lo señalado en la Ley 1437 de 2011 cuando lo consagra como una garantía de los procedimientos administrativos sancionatorios, la realidad administrativa nos permite afirmar que tal principio no resulta del todo aplicable en esta área del derecho específicamente en cuanto al elemento de la carga probatoria.

Lo anterior, como quiera que resulta ser el contratista quien estando inmerso en el trámite de un proceso sancionatorio y ante la inminencia de la imposición de una sanción, se ve en la obligación de aportar los medios de prueba que considere necesarios para desvirtuar las afirmaciones hechas por la Administración desde el momento en que decide dar apertura al proceso administrativo, lo que claramente invierte la carga de la prueba que con ocasión de la aplicación del principio de presunción de inocencia debe estar en cabeza de la Administración al ser ésta quien acusa.

Como consideración adicional se debe indicar que a pesar de que de manera clara la jurisprudencia administrativa ha reconocido la aplicación de la garantía en los procedimientos administrativos sancionatorios de naturaleza contractual y no existe norma alguna que disponga lo contrario en esta rama del derecho, la posición del Consejo de Estado se ha limitado a uno de los elementos o manifestaciones de la garantía cual es asignar la carga de la prueba en cabeza de la Administración, lo que puede conllevar a una lectura limitada del derecho y en consecuencia, a la vulneración del mismo por parte de la Administración en contra de los contratistas.

Por tal motivo, se ha de entender que el respeto de la garantía en los procesos sancionatorios contractuales conlleva no sólo la obligación por parte de la Administración de contar con los elementos probatorios necesarios para atribuir responsabilidad a los contratistas sino que adicionalmente implica que por parte de la entidad sancionadora se adelante un procedimiento y una actividad probatoria respetuosa de las garantías procesales, se haga una valoración probatoria que en caso de duda conlleve a la expedición de un acto administrativo en favor del contratista, se otorgue al contratista un trato acorde al principio y finalmente, que la garantía se respete no sólo hasta la comprobación de los hechos objeto de reproche sino también hasta la comprobación de los elementos constitutivos de la culpabilidad, en los términos de la reflexión que se hace en el capítulo donde se aborda este principio.

1.6- Derecho a que “Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa”, así como la garantía “a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra”, del mismo modo que “Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

Al igual que las garantías referidas anteriormente, el denominado derecho de defensa ha sido una garantía estudiada mayoritariamente desde su contenido e importancia en el aspecto

penal, pues así ha sido consagrada incluso en documentos internacionales como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos.

Para Marcos (2015), el derecho de defensa responde a una garantía que materializa los principios de igualdad de partes y contradicción y en este sentido, la garantía reviste tal importancia en el ejercicio del poder sancionador del Estado, que no resulta admisible un procedimiento sancionatorio que desconozca las garantías que de él se derivan (Ossa, 2009).

Para la Corte Constitucional colombiana, en providencia C-025 del 27 de enero de 2009, el derecho de defensa se constituye en uno de los elementos más importantes del derecho fundamental al debido proceso y se concreta en la garantía procesal que tiene cualquier persona para ser oída, exponer sus argumentos frente a las acusaciones que se le imputan, solicitar y controvertir pruebas e interponer los recursos que legalmente resulten procedentes. Lo anterior, para efectos de evitar la imposición de una sanción injusta o arbitraria por parte del Estado y la búsqueda de la justicia, pues en los términos de Oelckers (1999) el derecho de defensa representa la manifestación de los principios de justicia y eficacia en la medida que permiten una decisión verdaderamente justa conforme a una realidad fáctica.

Partiendo de las anteriores consideraciones, se ha entendido que el derecho en mención comporta una serie de garantías que efectivizan su contenido y que pueden concretarse en el derecho de audiencia, el derecho de contradicción, el derecho a aportar pruebas y controvertir las existentes, el derecho a contar con una defensa técnica (Riego, 1994) e incluso derechos como a ser notificado, a acceder al expediente y a recurrir la respectiva decisión (Oelckers, 1999).

Frente al primero de los elementos y partiendo de un análisis literal de la garantía de audiencia como elemento fundante del derecho de defensa, autores como Vega (2015) han expuesto que resulta inherente al derecho de defensa el garantizar, previo a la imposición de una

sanción, la posibilidad de presentar su posición en desarrollo de una audiencia en virtud de la cual a su vez se materializa el derecho a ser oído y a controvertir.

Por su parte, para Riego (1994) el derecho de audiencia adicionalmente debe ser entendido como la posibilidad que debe tener el ciudadano de conocer los reproches que se hacen para efecto de poder adelantar adecuadamente la respectiva contradicción.

En este mismo sentido Gordillo (2013) determinó que el principio de defensa en su manifestación del derecho a ser oído involucra no sólo el derecho a expresar las posiciones antes y después de la toma de la decisión sino adicionalmente el reconocimiento de determinadas garantías o derechos como la publicidad del procedimiento, que el encargado de decidir analice los argumentos expuesto y que la decisión adoptada sea consecuencia de dicho análisis.

En este orden de ideas, la garantía de audiencia como manifestación del derecho de defensa dentro de un proceso sancionatorio, debe garantizar que de manera previa a la adopción de la decisión la parte sea oída o exponga su posición frente a cada uno de los puntos que se vislumbren en el procedimiento, sean hechos, sean posiciones jurídicas, sean pruebas, entre otras, y que han tenido que ser puestas de presente de manera integral (Oelckers, 1999).

Frente al derecho de contradicción Ossa (2009) ha considerado que éste corresponde a la esencia misma del derecho de defensa pues no resulta lógico entender la garantía sin tener una contraposición de las partes, no sólo frente a las pruebas sino frente a todo el procedimiento, desde los reproches efectuados hasta la impugnación de la decisión adoptada.

Para Gordillo (2013) el principio de defensa en cuanto a su contenido de contradicción refiere a la oportunidad que se le debe dar a las partes, en condiciones de igualdad, para exponer

sus posiciones con intereses contrapuestos tendiente a garantizar la toma de una decisión con mayores y mejores argumentos, sin tintes de parcialidad.³²

Por otra parte, frente a la garantía probatoria denominada también como principio del debido proceso probatorio, se ha entendido que refiere al desarrollo del principio de defensa en los términos de la Convención Americana de Derechos Humanos y en esa medida resulta predicable de todas las áreas del derecho (Zapata y Valencia, 2014).

Obedece en sí al derecho que garantiza la admisión, el decreto y la práctica de pruebas que resulten pertinentes para acreditar los hechos relevantes del proceso sancionatorio, so pena de dejar en condiciones de indefensión al presunto responsable, y que si bien en principio constituye una carga en cabeza de quien acusa, en la medida que ésta considere que cuenta con los elementos necesarios que dan certeza sobre los hechos y la reponsabilidad, se convierte en una carga del presunto responsable (Escamilla, 2011).

Ha sostenido la Corte Constitucional en providencia C-537 del 12 de julio de 2006, que una de las principales manifestaciones del derecho de defensa la constituye precisamente el derecho a presentar y controvertir pruebas³³, con ocasión de lo cual resulta valedero, tanto en procesos judiciales como administrativos, recurrir a cualquier medio probatorio que resulte legítimo, idóneo y pertinente para el caso concreto.

Finalmente, frente a la garantía de asistencia técnica se ha sostenido que el derecho de defensa contempla la posibilidad de contar con el tiempo y los medios adecuados para adelantar la defensa tendiente a garantizar el derecho de igualdad entre las partes contrapuestas (Rodríguez, 2007).

³² (Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión, T- 555, 2010); (Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión, T-982, 2004)

³³ (Corte Constitucional, Sala Plena, C-1270, 2000)

En Colombia, específicamente en materia de derecho administrativo, el derecho de defensa actualmente se encuentra consagrado en el artículo 3 de la Ley 1437 de 2011, cuando se reconoce expresamente como principio de derecho administrativo junto con el principio de contradicción y como una manifestación del principio del debido proceso.

En materia de contratación estatal desde años atrás con la expedición de la Ley 1150 de 2007 en su artículo 17 se contempló como elemento de garantía del debido proceso en las actuaciones contractuales sancionatorias el derecho de audiencia del afectado para los eventos de imposición de multas y declaratoria de incumplimiento tendiente a hacer efectiva la cláusula penal, derecho que por vía de jurisprudencia, tal y como se indicó anteriormente, fue trasladado a cualquier sanción que la Administración pretendiera imponer.

Seguidamente, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 determinó el derecho de defensa y sus garantías integradoras, cuando contempló que al evidenciar el posible incumplimiento contractual debería citarse a audiencia al contratista para efecto de exponer su posición frente a la posición de la Administración, aportar pruebas y controvertir las que se han recaudado, para lo cual la entidad previamente ha debido poner en conocimiento del contratista, de una manera expresa y detallada, los hechos en que soporta su acusación, el informe de la interventoría que soporta el inicio del proceso sancionatorio, el soporte jurídico de la acusación así como la posible sanción a imponer.

Para el Consejo de Estado en providencia 16367 del 23 de junio de 2010 la garantía del derecho de defensa aplica sin restricción alguna en los procedimientos administrativos sancionatorios, haciendo la claridad que la misma conlleva incluso la recolección y valoración por parte del operador administrativo de las pruebas que corroboren la ocurrencia de los hechos

reprochados, así como la vinculación del contratista al procedimiento para efecto de que pueda manifestarse frente a las imputaciones de la Administración.

En este sentido, podría decirse que en nuestro ordenamiento jurídico colombiano el derecho de defensa como garantía constitutiva del derecho fundamental al debido proceso se encuentra plenamente reconocido en el ámbito del proceso sancionatorio contractual.

Sin embargo, se considera que tal afirmación no puede hacerse de una manera categórica pues en la medida en que el operador administrativo al momento de citar a audiencia al contratista desconozca la obligación que tiene frente a la claridad y el detalle sobre los hechos objeto de reproche, el fundamento jurídico y las posibles consecuencias que se derivan de ello, se estaría impidiendo el ejercicio efectivo de la garantía de contradicción y en consecuencia se encontraría menguado el principio de defensa.

Igual situación acontecería si analizamos que el procedimiento administrativo sancionatorio contractual actualmente vigente en Colombia no contempla la obligación para la Administración pública de poner de presente desde el inicio del procedimiento el material probatorio con que soporta la acusación y frente al cual el contratista tiene la facultad de ejercer su derecho de contradicción.

Obsérvese que del contenido literal de la norma, junto con la citación al contratista para la audiencia del proceso sancionatorio sólo debe ir acompañado el informe de interventoría, lo cual a todas luces resultaría insuficiente en la mayoría de las veces para corroborar la ocurrencia de los hechos imputados y supondría la existencia de material probatorio adicional que sólo sería puesto en conocimiento del contratista en el momento mismo de la audiencia sancionatoria, lo que claramente anularía el derecho de defensa ante la insuficiencia de tiempo para analizar la respectiva prueba y ejercer su derecho de contradicción.

Finalmente, resultaría cuestionable la garantía cuando la Administración no contemple un tiempo prudencial entre la citación a la audiencia sancionatoria y el desarrollo de la misma, teniendo en cuenta que este periodo no se encuentra regulado legalmente, pues de realizar la audiencia sancionatoria poco tiempo después de haber sido notificado el contratista sobre el inicio del procedimiento no se le estaría garantizando la posibilidad para analizar detalladamente los hechos, fundamentos y pruebas soportes del reproche.

En esta medida, se considera que en materia de contratación estatal se garantiza el derecho fundamental de defensa, única y exclusivamente en la medida en que el operador administrativo haga una lectura constitucionalizada del derecho del debido proceso consagrado en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y en tal sentido, adicional al respeto de las garantías enunciadas en el presente capítulo, realice al contratista una citación a audiencia sancionatoria en la cual detalle y concrete efectivamente los hechos fundantes de la acusación, los fundamentos jurídicos soporte de los mismos, relacione y ponga en conocimiento la totalidad de las pruebas recaudas y otorgue un espacio de tiempo suficiente o al menos prudencial para que estructure su defensa³⁴, el cual necesariamente deberá ser analizado en cada caso concreto pues dependerá de la complejidad del asunto en controversia.

1.7- Derecho a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas.

Como su nombre lo refleja, la presente garantía constitutiva del derecho al debido proceso está compuesta por el reconocimiento de dos derechos, el primero de ellos relacionado con el derecho a la publicidad del procedimiento y el segundo el derecho a que el mismo se desarrolle sin dilaciones injustificadas.

³⁴ (Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión, T- 555, 2010; (Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, T- 395, 2009).

El primer mandato constitucional tiene su fundamento en normativa internacional como la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención Americana de Derechos Humanos donde se consagró como un derecho de las partes involucradas en un proceso penal. Sin embargo, por vía de jurisprudencia y doctrina se ha contemplado su aplicación en asuntos de naturaleza administrativa en virtud del cual se le otorga el derecho a las partes del proceso administrativo para conocer la totalidad de las actuaciones que se adelanten en éste, dado que se constituye en la carga de las autoridades para poner en conocimiento sus actuaciones por medio de los mecanismos que la ley prevea (Ossa, 2009).

Ha sostenido la Corte Constitucional colombiana que el principio de publicidad se deriva del derecho fundamental al debido proceso en virtud del cual, tanto las actuaciones administrativas como las judiciales deben ser puestas en conocimiento de las partes y de los terceros interesados, a través de los mecanismos de notificación, para efectos de garantizar su derecho de defensa. Adicionalmente, se ha considerado como una garantía en cabeza de la comunidad en general en virtud de la cual la autoridad pública la debe mantener informada sobre su actuar, como manifestación de los principios de certeza y seguridad jurídica.³⁵

Normativamente en Colombia el principio de publicidad se encuentra consagrado como un principio de la actividad administrativa tanto por la Constitución (1991, art.209) como por el artículo 3 de la Ley 1437 de 2011 con ocasión del cual tanto los interesados en el procedimiento, incluyendo los de naturaleza sancionatoria, como la comunidad en general deben conocer el actuar de las autoridades públicas (actos administrativos o contratos).

En materia de procedimientos sancionatorios contractuales, si bien la Ley 1437 de 2011 no hace mención expresa al derecho, se entiende que el mismo se garantiza tanto en favor de la

³⁵ (Corte Constitucional, Sala Plena, C- 957, 1999); (Corte Constitucional, Sala Plena, C- 1114, 2003); (Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión, T- 555, 2010)

partes como de la comunidad en general, al desarrollar el procedimiento sancionatorio en audiencia pública, así como al realizar las notificaciones de los actos administrativos proferidos, en cumplimiento del artículo 2 de la Ley 1437 de 2011.

Así las cosas, acogiendo la postura adoptada por el Consejo de Estado en providencia 16367 del 23 de junio de 2010, se considera que esta garantía tiene plena aplicación en esta área del derecho, razón por la cual no resulta necesario hacer consideración adicional alguna.

Ahora, la garantía de un procedimiento sin dilaciones injustificadas, entendida por Ardila (2009) como el derecho a que el procedimiento se adelante en condiciones de normalidad y termine con una solución frente a la controversia planteada dentro de los plazos razonables y legalmente establecidos³⁶, tiene como fundamento normativo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, donde expresamente se consagró el derecho a que el procedimiento se adelante en un plazo razonable y/o sin dilaciones indebidas.

Partiendo de lo anterior, en primera medida resulta pertinente señalar y aclarar que tanto la doctrina y la jurisprudencia se han referido a la garantía indistintamente como el derecho a que el procedimiento se adelante en un plazo razonable o el derecho a que el procedimiento se adelante sin dilaciones indebidas, pues aunque para cierto sector los dos conceptos obedecen consideraciones diversas (Cabezas, 2014), mayoritariamente se ha entendido que hablar de un proceso sin dilaciones indebidas es hablar del desarrollo de un procedimiento en un plazo razonable (Pastor, 2004).

³⁶ En los mismos términos Oubiña (2016) sostuvo que:

De forma sencilla puede decirse que un proceso sin dilaciones indebidas es aquél que se desenvuelve en condiciones normales, dentro del tiempo razonable o prudencial y en el que los intereses litigiosos pueden recibir una pronta satisfacción. (p. 254)

Para Perelló (2000) el trámite de un proceso conlleva necesariamente un lapso de tiempo, razón por la cual la vulneración del principio en mención no se da por el simple hecho del transcurso del tiempo sin que el litigio sea resuelto, sino que se materializa cuando el procedimiento se ha adelantado en un tiempo indebido, injustificado o excesivo.

Y es precisamente por el contenido indeterminado de la garantía - dilaciones indebidas o plazo razonable – que su estudio se ha centrado en dotarla de contenido para efecto de poder determinar los eventos en los cuales nos encontramos frente a su vulneración.

Es así que para autores como Caro (2006) la vulneración del principio se da cuando el procedimiento dura mucho más de lo previsible con ocasión de una inactividad o un actuar negligente por parte de quien dirige el procedimiento; situación que debe ser analizada en cada caso concreto atendiendo circunstancias como la complejidad del asunto, el actuar y comportamiento de las partes, el tiempo de duración de otros procesos similares y los derechos en discusión.

En esta misma línea, para establecer si el plazo del procedimiento fue razonable o se presentó una dilación injustificada, Cabezas (2014) considera que deberá determinarse el contenido del concepto analizando criterios como (1) la complejidad del asunto, en la medida que una mayor complejidad en cuanto a lo extenso del asunto, los intereses involucrados, la dificultad probatoria, entre otras, conlleva un mayor plazo; (2) el tipo de procedimiento, pues independientemente de encontrarnos frente a una identidad fáctica no puede considerarse una similitud temporal en un procedimiento de tipo penal y en uno de tipo administrativo por los intereses que en ellos se persigue; y (3) la actividad de las partes en el procedimiento.

Partiendo de las anteriores consideraciones, se tiene que aunque generalmente la ley establece los plazos de cada etapa procesal, el sobrepasar dichos plazos no constituye perse la

vulneración de la garantía, pues en cada caso concreto deberán analizarse criterios objetivos que permitan determinar si la tardanza en el procedimiento obedeció a una dilación injustificada (Morales, 2012), razón por la que incluso en aquellos procedimientos en los que la ley no ha establecido plazos específicos puede ser reclamada la garantía (Caro, 2006).

Frente a este aspecto, autores como Pastor (2004) sostiene que si bien es cierto mayoritariamente se ha considerado que no es necesario que la ley establezca los plazos del procedimiento para que se pueda hablar de la vulneración del principio, en la medida que el concepto de plazo razonable obedece a un criterio de interpretación que determinan su contenido partiendo del análisis de cuestiones objetivas, el legislador no puede dejar al arbitrio del operador normativo la determinación de los plazos del procedimiento, so pena de incumplir tratados internacionales e ir en contra de la esencia de un Estado de Derecho.

Por lo anterior, el autor considera que la única forma de garantizar plenamente la aplicación de la garantía se dará en la medida que el procedimiento legalmente establecido consagre de igual manera los plazos de duración, pues de esta manera se limita la arbitrariedad del Estado en ese sentido.

Jurisprudencialmente en Colombia la Corte Constitucional ha analizado la aplicación de la garantía mayoritariamente desde el respeto a los plazos a los que se encuentra sometida la Administración de Justicia, sosteniendo que del artículo 29 constitucional se desprende la obligación para las autoridades públicas de resolver los asuntos sometidos a su consideración con diligencia y celeridad.

En esta medida, ha planteado que resulta obligatorio el cumplimiento de los términos procesales legalmente establecidos para efectos de materializar la justicia, sin embargo, atendiendo cuestiones como la complejidad del asunto, la actividad procesal de las partes y el

análisis global del procedimiento, puede permitirse el incumplimiento de ellos sin que se vulnere el derecho a un procedimiento sin dilaciones indebidas³⁷ (Ardila, 2009).

En materia de procedimientos administrativos sancionatorios generales, la Ley 1437 de 2011 (art. 47-49) si bien expresamente no consagra un plazo máximo entre el inicio del procedimiento administrativo y la finalización de éste, sí establece determinados plazos procesales de los cuales se desprende una duración aproximada del procedimiento.

Situación diferente se presenta en materia de procedimientos sancionatorios contractuales donde el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 no consagra ningún plazo sobre el particular, pues sólo se limita a señalar que la audiencia se desarrollará “a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales”.

Pese a lo anterior, en providencia 16367 del 23 de junio de 2010 por parte del Consejo de Estado se planteó aunque sin ninguna consideración normativa, que el derecho a un procedimiento sin dilaciones indebidas aplica sin excepción alguna en los procedimientos administrativos sancionatorios de tipo contractual, razón por la cual se hace necesario hacer los siguientes comentarios.

Lo primero es advertir que en materia de procedimientos sancionatorios contractuales, la garantía a un proceso sin dilaciones indebidas o en un plazo razonable debería ser no sólo un derecho en cabeza del contratista sino también de la Administración pública como titular de la obligación de cumplir los fines estatales y la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, teniendo en cuenta que en esta área del derecho pudiera pensarse que el paso del

³⁷ (Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión, T- 366, 2005), (Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión, T- 357, 2007), (Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión, T-803, 2012), (Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, T- 230, 2013); (Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión, T-693ª, 2011).

tiempo en el procedimiento sancionatorio en algunas ocasiones resultaría favorable para el contratista dada la limitación temporal que tiene la Administración para la aplicación de sanciones como la caducidad y las multas, siendo precisamente sobre este aspecto que se hace la siguiente consideración.

Y es que si bien es cierto, en materia de procedimientos administrativos sancionatorios de tipo contractual legalmente no se establece un plazo de duración del procedimiento, claramente para la imposición de algunas sanciones independientemente del momento de su inicio, el procedimiento deberá finalizar con anterioridad al vencimiento del plazo de ejecución del contrato, pues dada la naturaleza de ciertas sanciones jurisprudencialmente se ha establecido un límite temporal para que la Administración pueda imponerlas, ejemplo, el caso de la declaratoria de caducidad y las multas.

Sin embargo, independientemente de la discusión que se pudiera dar sobre la posible inconstitucionalidad que se presente al momento de permitir que sea el operador administrativo quien determine los plazos del procedimiento sancionatorio y no una ley o en su defecto un reglamento autorizado por ésta, dicha situación puede llevar en la práctica al desconocimiento de derechos tanto para el contratista (derecho de defensa y las garantías que el mismo conlleva) como para la Administración (defensa del interés público), en cuanto ésta inicie un procedimiento sancionatorio mucho tiempo antes o próximo al vencimiento del plazo de ejecución del contrato, pues ello implicaría la duración exagerada o la simplificación extrema de las etapas consagradas en la audiencia del procedimiento previsto en la Ley 1474 de 2011.

Por lo anterior y teniendo claro que el hecho de que la ley no establezca plazos concretos para el trámite de los procedimientos administrativos en esta materia genera una indeterminación mayor frente al momento exacto de la vulneración de la garantía, pero siendo consciente de que

la diversidad de infracciones contractuales y la complejidad de algunas haría inviable la estandarización de un plazo en los procedimientos administrativos sancionatorios contractuales, para efecto de evitar en alto grado la vulneración del derecho, no sólo como garantía del contratista sino de la misma Administración, podría pensarse en que legalmente se establecieran siquiera los plazos mínimos y máximos de las etapas del procedimiento sancionatorio.

Para el efecto, el legislador debería hacer un análisis y una ponderación entre los elementos que pueden influir en la duración del procedimiento (complejidad, actividad de las partes, carga administrativa, entre otras.) y el efectivo derecho de defensa por parte del procesado, quien en materia de contratación estatal podría pensarse sería el más beneficiado con la tardanza del procedimiento dado los límites legales que se presentan para efectos de imponer determinadas sanciones, tal y como se resaltó anteriormente.

Ahora, como una propuesta inmediata para efectos de evitar la vulneración del principio ante una actuación arbitraria por parte de la Administración o una conducta dilatoria del procedimiento por parte del contratista, se podría acudir a los términos señalados en el procedimiento administrativo sancionatorio general, que si bien ha consagrado expresamente que no aplica para procedimientos sancionatorios contractuales en tanto se regirán por las normas especiales de la materia, también ha consagrado que en lo no previsto en éstas resulta plenamente aplicable.

Lo anterior, porque a pesar de que doctrinariamente se ha considerado que el incumplimiento de los plazos legalmente establecidos no conlleva necesariamente a la vulneración del principio, si constituyen un punto de partida objetivo para determinar ésta (Ardila, 2009) en la medida que será a partir de allí, es decir, a partir de día siguiente al

vencimiento del plazo legalmente establecido que se deberán analizar las circunstancias que justifican la dilación para determinar si son indebidas o no (Oubiña, 2016).

1.8- Derecho a impugnar la sentencia condenatoria.

El derecho a la impugnación de la sentencia condenatoria refiere a la garantía otorgada a la persona vinculada a un proceso penal para controvertir el fallo condenatorio ante una instancia diferente a quien profirió la decisión. De esta manera se consagró el derecho tanto en el artículo 29 constitucional, como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La Corte Constitucional colombiana, en providencia C- 792 del 29 de octubre de 2014 ha sostenido que el derecho a la impugnación obedece a la materialización del derecho de defensa frente a las sentencias proferidas en procedimientos penales y que aunque en algunas oportunidades se ha planteado su reconocimiento en otras áreas del derecho, ello se hace como una extensión de un derecho propio del procedimiento penal.

En materia de derecho administrativo, la garantía a impugnar ha sido entendida como el derecho a controvertir las decisiones administrativas a través de las herramientas que legalmente se encuentren consagradas para el efecto dentro de la misma actividad administrativa o a través de la posibilidad de acudir a la Administración de Justicia (Ministerio de justicia y derechos humanos, 2013).

Para Jinesta (2015), el derecho de impugnación en vía administrativa obedece a una manifestación de la prerrogativa de “autotutela declarativa o decisoria” de las administraciones públicas, en virtud de la cual sin necesidad de acudir a la jurisdicción pueden crear, extinguir o modificar derechos a los particulares, lo cual se perfecciona a través de la interposición de los recursos como parte final del procedimiento administrativo.

Y es que en esta área del derecho, la garantía de impugnación faculta al sujeto pasivo de la actuación administrativa para controvertir la decisión adoptada por la Administración a través del ejercicio de los recursos legalmente consagrados, para efectos de que la misma Administración aclare, modifique o revoque su decisión, so pena de que el acto administrativo se vuelva ejecutable, fenómeno al que se le denomina “vía gubernativa” (Santofimio, 2007b).

Por otro lado, se ha advertido sobre la diferencia existente entre esta garantía y el derecho a una doble instancia, pues adicional al hecho de que en Colombia los dos fenómenos tienen consagración constitucional diferente, lo que ya genera una gran diferencia por lo que ello implica en materia de aplicación y protección de los principios, con el derecho a una doble instancia se garantiza el derecho para interponer el recurso de apelación mientras que con el derecho a la impugnación se hace referencia a un concepto mucho más amplio dentro del cual no solamente cabe el ejercicio del recurso de apelación sino cualquier otro medio de impugnación que legalmente se haya consagrado (Moreno, 2016).

Por su parte, Jinesta (2015) plantea que atendiendo la finalidad de los recursos administrativos no puede considerarse que el ejercicio del derecho de impugnación permita entender la consagración de una segunda instancia en los procedimientos administrativos, pues el primero lo que constituye es la garantía de revisión del acto administrativo expedido.

En la legislación administrativa Colombia, el artículo 74 de la Ley 1437 de 2011 consagró el derecho de impugnación de los actos administrativos definitivos a través de los recursos de reposición, apelación y queja.

En materia de derecho contractual la misma Ley 80 de 1993, en su artículo 77 estableció que los actos administrativos en esta área del derecho serían susceptibles únicamente de recurso de reposición. Adicionalmente, el artículo 141 de la ley 1437 de 2011 determinó la posibilidad

de su controversia en el ámbito jurisdiccional a través de la acción contractual, actualmente denominada medio de control de controversias contractuales.

Específicamente en cuanto al procedimiento sancionatorio contractual se refiere, la misma Ley 1474 de 2011, en su artículo 86 consagró la procedencia del recurso de reposición frente a la decisión que tome la Administración sobre la imposición de la sanción contractual.

En este orden de ideas, para el Consejo de Estado en providencia 16367 del 23 de junio de 2010, la garantía tiene plena aplicación en materia de procedimientos sancionatorios contractuales a través de la interposición del recurso de reposición contra la decisión sancionatoria, lo cual merece el siguiente comentario.

No cabe duda alguna que el derecho de impugnación en derecho sancionatorio contractual resulta satisfecho con la interposición del respectivo recurso de reposición como quiera que la naturaleza de la Administración y su estructura funcional hacen imposible la revisión de las decisiones administrativas por un superior jerárquico, en atención a que legalmente la responsabilidad de la actividad contractual del Estado se encuentra en cabeza de los representantes legales de las entidades públicas.

No obstante, la crítica frente al reconocimiento de la garantía recae sobre la posición adoptada por el Consejo de Estado, al parecer ratificada por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, cuando señala que se entiende plena la aplicación del principio en los procedimientos sancionatorios de tipo contractual al existir la posibilidad de interponer el recurso de reposición únicamente frente al acto administrativo que impone la sanción.

Y es que atendiendo el fenómeno de constitucionalización del derecho administrativo especialmente en materia contractual, no resulta justificable dar una lectura textual del artículo

86 de la Ley 1474 de 2011 y en esa medida entender que sólo es viable la interposición del recurso de reposición frente al acto administrativo sancionatorio.

Por tal motivo, como una lectura constitucionalizada del principio se deberá entender y también reconocer el derecho de impugnación frente a todos los actos administrativos que tengan el carácter de definitivos o aquellos que siendo actos administrativos de trámite restrinjan el derecho de defensa del contratista, a manera de ejemplo, la decisión que niegue la práctica de una prueba o incluso la negativa frente a una solicitud de suspensión de la audiencia sancionatoria en los términos planteados en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

1.9- Derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Esta garantía derivada del derecho fundamental al debido proceso ha sido conocida por la doctrina y la jurisprudencia como el principio de “*Nom bis in idem*”³⁸, que aunque obedece a un concepto propio del derecho penal se ha considerado su aplicabilidad en todos los ámbitos donde se ejerza el *ius puniendi* del Estado, tanto en el jurisdiccional como en el ejercicio del poder sancionador de la Administración³⁹, pues como lo sostuvo Jiménez (2015), al estar esta garantía relacionada entre otros con el principio de seguridad jurídica no resultaba justificable limitación alguna cuando de imposición de sanciones se hablara.

Sobre este último aspecto se considera importante resaltar como lo hace Ramírez (2013), que el principio refiere al desarrollo de dos o más actuaciones administrativas tendientes a la imposición de diversas sanciones, razón por la cual no resulta aceptable la consideración de vulneración de la garantía cuando la medida a imponer si bien es cierto es desfavorable no ostenta la calidad de sanción.

³⁸ Teniendo en cuenta lo anterior, el principio de non bis in idem se puede conceptualizar como lo sostuvo Cabrera – Paredes (2011):

El principio general del Derecho que, basado en los principios de proporcionalidad y respeto a la cosa juzgada, prohíbe la aplicación de dos o más sanciones o el desarrollo de dos o más procesos o procedimientos, cuando se de una identidad de sujetos, hechos y fundamento. (Citado en Jimenez, 2015, p. 43)

³⁹ (Corte Constitucional, Sala Plena, C- 870, 2002), (Corte Constitucional, Sala Plena, C- 554, 2001).

Ahora, con ocasión del principio de seguridad jurídica al cual se le ha considerado como parte integrante de la garantía en mención, ha señalado la Corte Constitucional en sentencia C-870 del 15 de octubre de 2002, que el principio de *non bis in ídem* se manifiesta asegurando al ciudadano que los procedimientos adelantados con miras a determinar su responsabilidad cumplieron con su objetivo y en esa medida adoptaron decisiones justas.

Adicionalmente, se ha considerado que el principio de seguridad jurídica no sólo se constituye en un principio relacionado con el *non bis in ídem* sino que obedece a un elemento constitutivo de ella, junto con el principio de culpabilidad. Es así que se ha dicho que la seguridad jurídica implica la garantía que tiene el ciudadano sobre la imposibilidad de ser objeto de múltiples sanciones por la ocurrencia de un mismo hecho, así como la imposibilidad de modificar las sanciones impuestas judicialmente una vez estas se encuentren ejecutoriadas (cosa juzgada)⁴⁰, lo que se refleja en la imposibilidad de un doble procedimiento.

Por su parte, frente a la culpabilidad se ha sostenido que conlleva la garantía del ciudadano de contar con una sanción proporcional a la conducta cometida, lo que se refleja en la no imposición de una doble sanción (proporcionalidad) (Ramírez, 2008).

Por lo anterior, se ha considerado que dicha garantía no sólo tiene la connotación de derecho fundamental en atención a ser un elemento constitutivo del debido proceso consagrado en la Constitución (1991, art. 29), sino que adicionalmente como lo sostiene Ramírez (2009b) es considerado como un principio general del derecho relacionado, como se dijo anteriormente, con el principio de seguridad jurídica y adicionalmente con los principios de proporcionalidad y buena fe (Cabrera, 2011).

⁴⁰ Sandoval (2009) reiterando el concepto de Sandra Penagos Trujillo y Juan C. Sánchez (2007), (El *Non bis in ídem* y la cosa juzgada en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Grupo Editorial Ibañez. Bogotá D.C. 2007) sostuvo que el principio de *non bis in ídem*:

(...)va conectado al de la de cosa juzgada pues pensar en la noción de cosa juzgada sin hacerlo a la vez en el *non bis in ídem*, es prácticamente un sinsentido; por lo tanto, cuando el artículo 29 de la Constitución prohíbe al Estado juzgar a una persona dos veces por el mismo hecho, está haciendo referencia a ambas(...). (p. 104)

Ahora, se ha sostenido que como consecuencia de la aplicación literal del concepto “*non bis in idem*” que refiere “no dos veces lo mismo”, a esta garantía mayoritariamente se le ha dado un alcance netamente procesal, limitando su cobertura al hecho de que nadie puede ser juzgado dos veces por la misma conducta y olvidando el contenido material que este concepto conlleva (Ramirez, 2008). En este orden de ideas, se ha aclarado que el principio de *non bis in idem* presenta dos consideraciones a saber, una de ellas con contenido procesal y la otra con contenido material o sustancial.

Y es la primera de estas ópticas la que refiere a la restricción que tiene el operador sancionatorio para aplicar más de una vez una sanción y adelantar más de un proceso sancionatorio, lo que relaciona la garantía con los principios de proporcionalidad y cosa juzgada (Cabrera, 2011). Sobre este aspecto se considera importante resaltar que, para autores como Ayala (2010) los conceptos de *non bis in idem* y cosa juzgada son sustancialmente iguales y lo único que los diferencia es el momento de su aplicación, pues mientras el *non bis in idem* resulta predicable para la etapa previa a la imposición de la sanción, la cosa juzgada debe ser analizada en el momento propio de la imposición de la sanción.

En lo que concierne al contenido material o sustancial del principio, hace referencia a los tres elementos fundamentales que comportan la garantía y que se desprenden de su contenido literal. Es así que se ha considerado que para hablar de la aplicación de esta garantía deben analizarse los presupuestos de identidad de la persona, identidad del objeto e identidad en la causa (Jiménez, 2015).⁴¹

Sobre el primero de ellos, identidad en la persona, se ha dicho que el concepto no debe limitarse a la identidad natural del sujeto sino también a la identidad jurídica, pues resultaría

⁴¹ (Corte Constitucional, Sala Plena, C-391, 2002); (Corte Constitucional, Sala Plena, C- 554, 2001)

jurídicamente viable imponer sanciones a la misma persona cuando ostenta diversas calidades (Ramírez, 2013).

Frente al segundo elemento, identidad en el objeto, ha señalado la doctrina que refiere a la conducta concreta que será objeto de reproche y frente al cual recaerá tanto el procedimiento sancionatorio como la respectiva sanción (Sandoval, 2009). En esta medida este elemento se materializa en la prohibición de que por un mismo hecho se inicien dos o más procedimientos sancionatorios y/o se impongan dos o más sanciones. (Ramírez, 2013).

Finalmente, el principio de *non bis in idem* implica el análisis del elemento referido a la identidad en la causa, que para Ramírez (2013) se refiere a la identidad frente al bien jurídico protegido. Sobre el particular se sostuvo la imposibilidad de adelantar un doble procedimiento o imponer una doble sanción cuando nos encontramos frente a un mismo bien jurídico, categoría que se debe analizar teniendo en cuenta la jurisdicción encargada de su protección .

En esta misma línea se ha considerado que no se vulnera el principio de *non bis in idem* cuando los procedimientos son adelantados por jurisdicciones diferentes (Sandoval, 2009), por lo cual resulta jurídicamente viable adelantar dos o más procedimientos sancionatorios tendientes a imponer dos o más sanciones en diversos regímenes jurídicos, pues cada uno de ellos no sólo protegen bienes jurídicos diferente sino que adicionalmente presentan diferencias frente al tipo de sanción, la finalidad que persiguen y el objeto (Jiménez, 2015).

Sobre el particular la Corte Constitucional sostuvo que no existe identidad de causa cuando existe diferencia en la naturaleza jurídica de la sanción, la finalidad de ésta, el bien jurídico que se protege, el fundamento jurídico y/o la jurisdicción competente (Corte Constitucional, Sala Plena, C- 121, 2012).

En materia de contratación estatal en nuestro ordenamiento jurídico colombiano no se observa expresamente consagrada la garantía de *non bis in idem* o el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho, este principio se encuentra consagrado en el artículo 3 de la Ley 1437 de 2011. Es así que por principio de derecho ante el vacío de la norma específica, en materia de contratación pública debe reconocerse la aplicación del principio de *non bis in idem* por expreso mandato de la regla general que regula los procedimientos sancionatorios en Colombia, adicional al mandato claro de la Constitución Política contenido en el artículo 29 y a los tratados internacionales de los cuales se hace parte.

Por su parte, en providencia 16367 del 23 de junio de 2010 el Consejo de Estado ha sostenido que dicha garantía aplica sin flexibilidad alguna en procedimientos sancionatorios de naturaleza contractual, en la medida de que no resulta jurídicamente aceptable la imposición de varias sanciones contractuales o de la misma sanción varias veces, con ocasión de una misma conducta, así también ha considerado la imposibilidad de adelantar dos procesos sancionatorios como consecuencia de los mismos hechos e independientemente de su resultado. No obstante, se ha hecho la claridad que la reiteración de la conducta puede dar lugar a la imposición de una nueva sanción, sin que ello constituya la vulneración de esta garantía.

Como se puede apreciar, la jurisprudencia siguiendo la misma línea de la posición mayoritaria de la doctrina, en materia de procedimientos sancionatorios contractuales ha considerado la aplicabilidad de la garantía en estudio con la observancia de los elementos de identidad subjetiva, objetiva y de causa.

Pese a lo anterior, se ha de considerar que la aplicabilidad plena del principio de *non bis in idem* en materia sancionatoria contractual en Colombia deberá analizarse en cada caso concreto, pues a manera de ejemplo, cuando se impone la caducidad del contrato y su

consecuente inhabilidad para contratar por parte del contratista, podría suponer la imposición de una doble sanción en un único procedimiento con identidad subjetiva, objetiva y de causa. Y es entonces en eventos como estos donde se deberá analizar si nos encontramos frente a la imposición de dos o más sanciones propiamente dichas o si una de ellas obedece a simples medidas administrativas que no ostentan tal calidad⁴², para efectos de determinar la vulneración, flexibilización o aplicación de la garantía.

Por último, sobre el elemento de identidad de causa se ha de considerar que en pro de garantizar con mayor rigurosidad la aplicabilidad del principio de *non bis in idem*, en nuestro ordenamiento jurídico resultaría admisible adoptar la posición española donde el elemento de identidad en la causa se aplica con ocasión de los principios de culpabilidad (proporcionalidad) y seguridad jurídica.

En esta medida, se consideraría jurídicamente viable admitir la existencia de más de un procedimiento sancionatorio tendiente a la imposición de más de una sanción por jurisdicciones diversas y ante la existencia de los elementos de identidad subjetiva y objetiva, bajo los presupuestos expuestos por Ramírez (2008) que plantean lo siguiente:

Por tanto, la prohibición de *non bis in idem* resulta aplicable a todo tipo de sanción y, por consiguiente, no sólo a la derivada de un proceso penal, lo cual conduce al problema de la relación entre las sanciones penales y las administrativas.

La solución se basará en el fundamento, ya que es posible defender una duplicidad de fundamentos, de manera que cuando se presenta la relación entre la Administración y

⁴² Según Ramírez (2007) :

De este modo, la sanción es un signo de la autoridad represiva, que se acciona frente cualquier tipo de perturbación que se ocasione, y se traduce en el poder para reprimir a los individuos, sin hacer la distinción entre relaciones de sujeción general y especial, por las infracciones al orden jurídico-administrativo. Siendo su objeto el de “reprimir una conducta contraria a Derecho y restablecer el orden jurídico previamente quebrantado por la acción del trasgresor”, y asimismo el de producir un efecto disuasorio. Hasta el punto que algunos han llegado a decir que estas medidas tienen un carácter intimidatorio. (p.275)

la jurisdicción la fundamentación de non bis in idem ha de recaer sobre el principio de culpabilidad –proporcionalidad–. De otro lado, cuando la relación es entre dos órganos de la jurisdicción, el fundamento se encuentra en el principio de seguridad jurídica; este sería el caso de la sentencia de un órgano contencioso administrativo firme respecto a una sanción administrativa, o el caso de dos órganos penales, siendo aplicable la excepción de cosa juzgada.

En consecuencia, si la relación es entre la Administración y la jurisdicción, esta última, cuando actúa con posterioridad, ha de tener en cuenta la sanción administrativa e imponer la sanción penal hasta el límite de la culpabilidad. Cuando la relación es entre jurisdicciones, la segunda en actuar en el tiempo debe abstenerse de todo enjuiciamiento y ha de estarse a lo declarado judicialmente por la primera sentencia, sea de la jurisdicción que sea. (p. 122)

1.10- La culpabilidad de la conducta.

Como la mayoría de las garantías constitutivas del debido proceso, la culpabilidad obedece a un principio de raigambre penalista que bajo el postulado de “*nulla poena sine culpa*”⁴³ ha sido considerado como un elemento del delito que como lo sostiene Garrido (1992), que castiga la comisión de una conducta cuando adicionalmente a ser típica y antijurídica se genera bajo unas condiciones particulares.

Sobre esta misma línea, en Colombia este principio se ha considerado como una garantía propia del derecho fundamental al debido proceso consagrado en el artículo 29 constitucional

⁴³ Para el autor De la Cuesta (2015) :

Actualmente el término “culpa” ha sido reemplazado por el concepto de “culpabilidad”, en virtud de lo cual al principio se le da la lectura de que la imposición de la sanción solamente puede efectuarse cuando se cometa un hecho típico, antijurídico y no concurra ninguna causal de inimputabilidad o exclusión de culpabilidad. (p. 30)

cuando éste dispone que “Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable”. (Ramírez, 2008, p. 157)

Ahora, se ha señalado que atendiendo la naturaleza del principio de culpabilidad, éste aplica tanto en procedimientos judiciales- penales como administrativos, sin embargo, tal posición no ha sido pacífica para la doctrina.

En un principio se consideró que la garantía en mención no aplicaba en derecho administrativo como consecuencia de que en esta área la imposición de las sanciones se daba bajo una imputación objetiva; posteriormente un sector de la doctrina ha considerado que el principio sí resulta de aplicación en ambos sectores pero ha centrado la discusión sobre su forma de aplicación, mientras para unos se debe aplicar con todo su rigor para otros la aplicación debe darse de una manera flexibilizada.

Como justificación de la primera postura se ha señalado la identidad de la pena y la infracción administrativa, por su parte, como soporte de la segunda posición se ha indicado que si bien la culpabilidad comporta un límite al poder sancionador del Estado, la diferencia en cuando a la gravedad de las infracciones, la finalidad que persigue cada uno de los derechos, la adecuación al caso concreto y el análisis de la subjetividad en las conductas tipificadas en cada rama, entre otras situaciones, justifica una menor rigurosidad de la garantía (Guevara, 2016).

Partiendo de la anterior discusión en lo que refiere a la forma y a la aplicación o no de la garantía en derecho administrativo sancionador, la discusión ha seguido sobre la exigibilidad de la existencia del dolo y la culpa para atribuir responsabilidad administrativa, pues se ha entendido que la imputación subjetiva – de la cual hacen parte estos elementos- obedece a una de las manifestaciones del principio de culpabilidad en materia penal (Guevara, 2016).

Es así que algunos autores desconociendo la aplicación del principio de culpabilidad, consideran que en materia de derecho administrativo sancionador resulta admisible hablar de una responsabilidad objetiva con ocasión de la cual no resulta de importancia la intención del sujeto sino el resultado que se materializa en la vulneración de los postulados normativos.

No obstante, la posición mayoritaria de la doctrina y la jurisprudencia ha considerado que en derecho administrativo sancionador debe darse la responsabilidad subjetiva con ocasión de la cual es exigible la presencia del dolo o la culpa en el actuar ilícito, pues éstos como componentes del principio de culpabilidad resultan ser indispensables en el ejercicio del poder sancionador tanto penal como administrativo (Nuño, 2016).

Frente a esta última postura Ramírez (2008), dando un nuevo alcance al principio de culpabilidad considera que si bien resulta de aplicación este principio en los procedimientos administrativos sancionatorios, este debe ser observado desde una óptica diferente al campo penal, pues en esta área del derecho el dolo como principal elemento es desplazado por la imprudencia.

Para autores como Bermúdez y Cordero (2010) el principio de culpabilidad en el ámbito administrativo refiere a la posibilidad de imponer una sanción cuando se haya cometido una conducta con dolo o culpa, no obstante, atendiendo la naturaleza del derecho administrativo y la dificultad de determinar la voluntad del sujeto al momento de cometer la conducta, los autores consideran que en esta área del derecho el principio de culpabilidad no se manifiesta como tal en la medida que tales conceptos deben ser reemplazados por un análisis sobre la existencia o no de responsabilidad frente al ilícito administrativo, teniendo en cuenta el grado de diligencia que debía impimirse a la conducta.

Ahora, si bien en Colombia pareciera que la discusión sobre la aplicación del principio de culpabilidad en materia de derecho administrativo está superada en la medida que al considerar el principio de culpabilidad como un elemento integrante del derecho fundamental al debido proceso resulta lógico entender que por expreso mandato constitucional se debe aplicar tanto en materia penal como administrativa, para nuestra Corte Constitucional esta garantía en procesos sancionatorios de tipo administrativo puede ser desconocida excepcionalmente con ocasión de la facultad de configuración legislativa por parte del legislador quien debe sopesar los principios del debido proceso y los intereses del Estado en cada sector de la Administración.

Sin embargo, a juicio del alto tribunal constitucional, la responsabilidad objetiva sólo será admisible cuando “(i) carezcan de la naturaleza de sanciones que la doctrina llama 'rescisorias', es decir, de sanciones que comprometen de manera específica el ejercicio de derechos y afectan de manera directa o indirecta a terceros; (ii) tengan un carácter meramente monetario; y (iii) sean de menor entidad en términos absolutos (tal como sucede en el caso de las sanciones de tránsito) o en términos relativos (tal como sucede en el régimen cambiario donde la sanción corresponde a un porcentaje del monto de la infracción o en el caso del decomiso en el que la afectación se limita exclusivamente a la propiedad sobre el bien cuya permanencia en el territorio es contraria a las normas aduaneras)” (Corte Constitucional, Sala Plena, C-616, 2002)⁴⁴.

Por otro lado y bajo una lectura matizada de la garantía de culpabilidad se ha contemplado que en el ejercicio de la facultad sancionadora de la Administración a diferencia de lo que ocurre en materia jurisdiccional penal, la naturaleza del derecho permite la aplicación de sanciones a personas jurídicas (Lozano, 1992) que más que referir la existencia de culpa

44 Ver también (Corte Constitucional, Sala Plena, C- 690, 1996); (Corte Constitucional, Sala Plena, C- 010, 2003); (Corte Constitucional, Sala Plena, C- 595, 2010).

propriadamente dicha en la conducta hace alusión a la responsabilidad de las mismas (Ramírez, 2008).

Adicionalmente, se ha considerado que la permeabilidad del principio penalista en el ámbito administrativo sancionatorio conlleva de igual manera la aplicación de las causales de exoneración de responsabilidad, en esa medida Ramírez (2008) ha sostenido que no puede declararse administrativamente culpable a una persona cuyo actuar se haya dado con ocasión de la presencia de una fuerza mayor o por error invencible. No obstante, su aplicabilidad debe ser analizada en cada caso concreto dependiendo de quien cometa la infracción administrativa y el grado de conocimiento que se le pueda exigir con ocasión de su formación.

Específicamente en materia de contratación estatal ha sostenido el Consejo de Estado, contrario a lo expuesto por doctrinantes y jurisprudencia constitucional, que la garantía referida a la culpabilidad si bien no obedece a una garantía derivada del derecho fundamental al debido proceso, ha sido incorporada por virtud de la ley a procedimientos de naturaleza sancionatoria, por tal razón, su aplicación o no en materia administrativa y particularmente en materia contractual debe ser analizada en cada caso concreto según el desarrollo legislativo que tenga la sanción propriadamente dicha, pues puede observarse que la imposición de ciertas sanciones involucran el elemento de la culpabilidad y otras no lo hacen.

Sobre el particular, en primera medida se considera importante exponer el desacuerdo con lo afirmado por el Consejo de Estado frente a que el principio de culpabilidad no obedece a una garantía constitucional en la medida que no se encuentra en el artículo 29 de la Constitución (1991), pues como se observó este principio se encuentra tácitamente consagrado cuando el postulado normativo plasma la protección del principio de presunción de inocencia hasta que la persona haya sido declarada culpable.

En este orden de ideas y aunque pareciera que nos encontramos frente a un concepto netamente judicial, ha sido clara la posición frente a que independientemente de la redacción de la Constitución (1991, art. 29), las garantías que conforman el derecho fundamental al debido proceso deben ser aplicadas no sólo a los procedimientos judiciales sino también administrativos, sin distinción alguna.

Y es a partir de esta premisa que se considera desacertada tanto la posición de la Corte Constitucional cuando permite, aunque excepcionalmente y bajo algunos requisitos, un régimen de responsabilidad objetiva para la imposición de algunas sanciones administrativas, como la del Consejo de Estado cuando considera que la aplicación del principio debe ser analizada según el desarrollo legislativo que cada sanción tenga, pues el aceptar una u otra posición implicaría el desconocimiento así sea excepcional de una garantía, que adicional a la calidad de principio tiene la naturaleza de derecho fundamental reconocido constitucionalmente sin limitación.

Ahora, si bien en el ámbito del derecho administrativo sancionador y en especial a nivel jurisprudencial en materia de contratación estatal, se ha admitido la modulación o flexibilización de las garantías procesales, ello no implica su desconocimiento absoluto, de ser así, frente a esta garantía el constituyente hubiera protegido la presunción de inocencia hasta tanto se declarara a una persona responsable y no necesariamente culpable.

Por lo anterior, la postura que pareciera extremadamente constitucionalista frente al principio de culpabilidad (so pena de considerar vulnerado el derecho fundamental al debido proceso), en relación a la imposición de sanciones contractuales sólo debe ser admisible como consencuencia de una conducta, cuyo elemento subjetivo sea analizado, independientemente de los intereses que tenga el estado en la celebración de los contratos estatales y de la finalidad de la sanción.

Lo anterior, pues tal y como se sostuvo anteriormente, al tener la culpabilidad, la naturaleza de derecho fundamental por ser elemento de un derecho al que la Constitución le otorga directamente tal calidad, puede ser modulado pero no desconocido, lo cual se presentaría en el evento en que se aceptara la imposición de sanciones por la simple ocurrencia de una conducta antijurídica y típica.

Como fundamento de lo anterior, se considera importante resaltar lo expuesto Guevara (2016), cuando hizo alusión a Tomas Cano Campos, con ocasión a la naturaleza de principio limitante del poder sancionador del Estado, que ostenta la culpabilidad, éste debe ser aplicado tanto en el derecho penal, como en el derecho administrativo. En esta medida , puede ser modulado atendiendo la menor gravedad de las infracciones administrativa, lo que no implica el desconocimiento de sus elementos.

Conclusiones

1.- Con ocasión de la constitucionalización del derecho administrativo se ha logrado una evolución frente a la aplicación de las garantías constitutivas del principio del debido proceso en las actuaciones sancionatorias contractuales. Sin embargo, actualmente, este proceso se encuentra en estado de implementación o adaptación en la medida que, aún en el trámite de los procesos sancionatorios contractuales, resulta cuestionable el reconocimiento de elementos propios de las garantías constitutivas del derecho fundamental.

Es así que el principio de legalidad se encuentra restringido al reconocimiento de los elementos de ley previa y tipicidad, permitiendo con ocasión del principio de autonomía de la voluntad, la definición de infracciones y su respectiva sanción se hagan por parte del mismo acto contractual, desconociendo así el elemento de reserva legal.

Igual situación se presenta frente a la garantía de juez competente, el cual se encuentra limitado a la legalidad preestablecida de la facultad sancionadora de la Administración, desconociendo el componente de independencia e imparcialidad que la garantía refiere y que resultan cuestionables en los procesos sancionatorios contractuales.

Por otro lado, el principio de culpabilidad, que depende del desarrollo legislativo que tenga la sanción, desconoce la esencia del principio, que se basa en el contenido subjetivo que debe tener la conducta.

Adicionalmente, el principio de observancia de las formas propias del procedimiento, frente al cual se considera que aplicaba, incluso, al tramitarse un procedimiento sumario justificado en la necesidad de cumplir con los fines de la contratación y la inmediatez que ello

requiere, pero abriendo la puerta a la supresión de etapas procesales necesarias, para garantizar el derecho de defensa y contradicción.

Finalmente, el principio de presunción de inocencia se encuentra limitado por el Alto Tribunal a la carga probatoria que tiene la Administración para imponer sanciones contractuales, con lo que se desconoce el principio que tiene manifestaciones que conllevan garantías procesales en la actividad probatoria, la debida valoración de las pruebas allegadas al proceso y la presunción de inocencia hasta la comprobación de los elementos constitutivos de la culpabilidad y no sólo de la conducta.

2.- Atendiendo la estructura de la Administración y la calidad que ésta ostenta en el trámite de los procesos sancionatorios contractuales, resulta justificable la posición mayoritaria adoptada por la doctrina y la jurisprudencia, frente a la necesidad de matización de las garantías constitutivas del debido proceso en materia de derecho administrativo, en comparación con su aplicación en derecho penal de donde resultan originarias.

Sin embargo, dada la naturaleza de derecho fundamental que la Constitución colombiana, le dio al principio del debido proceso, se debe entender que las garantías que lo constituyen ostentan la misma calidad, por tal razón, no resulta justificable que el proceso de matización conlleve a un grado de flexibilización de las garantías que desconozca sus elementos y en definitiva desnaturalicen el principio.

Así las cosas, en el trámite de los procesos sancionatorios contractuales sólo serán constitucionalmente aceptable con un mayor grado de flexibilización de las garantías que constituyen el debido proceso. Se debe atender razones que se atribuyan al cumplimiento de los fines del Estado – (Const., 1991, art.2)-, los principios que regulan la función administrativa-

(Const., 1991, art. 209)-, o los fines que persigue la Administración en su función contractual- (Ley 80, 1993, art. 3)-.

Por último, es pertinente referenciar lo que Sostuvo Tórtora (2010):

“Como conclusión en su artículo sobre Las Limitaciones a los Derechos Fundamentales, que “Para que las limitaciones a los derechos fundamentales sean legítimas deben cumplir con diversas condiciones. En primer lugar, deben ser generadas por quien tenga las competencias para ello, cuestión que debe quedar resuelta en el plano constitucional. En segundo término, deben cumplir los estándares jurídicos que establece el derecho internacional de los derechos humanos, el cual fija reglas claras en este punto. Por último, las limitaciones deben respetar el contenido esencial del derecho, así como ser justificadas y proporcionales.” (p. 197)

3.- En un principio pudiera pensarse que la implementación de un procedimiento especial para la imposición de sanciones contractuales (Ley 1474, 2011, art. 86) resultaría ser más garantista para el contratista. Pero, con el estudio elaborado de las garantías que conforma el debido proceso y sus elementos esenciales, se considera que por el contrario el mismo pone en duda su eficacia, por no decir que restringe el reconocimiento de determinados derechos.

Por lo anterior, con miras a aportar al proceso de constitucionalización del derecho administrativo en lo que refiere a la implementación de las garantías del debido proceso en el procedimiento sancionatorio contractual, se plantea la unificación del procedimiento administrativo sancionatorio derogando el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y en su defecto modificando el Capítulo III de la Ley 1437 de 2011, para que no sólo contemple su aplicación en el trámite de imposición de sanciones contractuales sino que adicionalmente reglamente aspectos que permitan implementar de una manera adecuada cada una de las garantías del debido proceso en esta particular actuación administrativa.

En este sentido se plantearía una separación de la etapa investigativa del procedimiento y la etapa propiamente sancionatoria (Garantía de Juez imparcial). También, la consagración de términos simplificados para procedimientos sancionatorios adelantados en procesos contractuales que no impliquen mayor complejidad (Garantía de procedimiento sin dilaciones injustificadas), así como la facultad de la Administración para imponer sanciones contractuales diferentes a aquellas que ya cuentan con soporte legal (Garantía de juez competente), entre otras.

Se considera que aplicar el procedimiento sancionatorio general para la imposición de sanciones de naturaleza contractual, reconoce en un mayor grado garantías, como el derecho de observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio, al reconocer etapas procesales que injustificadamente fueron desconocidas en el trámite del proceso sancionatorio contractual de la Ley 1474 de 2011, a pesar de resultar indispensables para el ejercicio del derecho de defensa y contradicción; el derecho a contar con un juicio sin dilaciones injustificadas, en la medida que establece términos concretos para el ejercicio del derecho de defensa evitando dilaciones que impidan cumplir con el objeto del proceso sancionatorio; el derecho de defensa, al consagrar términos prudenciales para el ejercicio del actuar administrativo y el derecho de contradicción que tiene el contratista; y finalmente el derecho de impugnación, toda vez que se daría aplicación a las reglas generales de impugnación de actos administrativos, sin limitarlos únicamente al acto sancionatorio como podría entenderse de la lectura textual del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y como lo ha planteado el Consejo de Estado.

Sin embargo, como medida inmediata para garantizar los derechos del contratista en el trámite de un proceso sancionatorio, se plantea que por parte del operador administrativo en el momento de dirigir tal actuación, no se limite al reconocimiento de los derechos expresamente contemplados en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, sino que en su defecto dé una lectura

constitucionalizada del derecho fundamental, tendiente a lograr en cada caso concreto, la finalidad de la aplicación del principio en materia de contratación estatal, la cual es lograr una decisión verdaderamente justa, con respeto de la totalidad de los derechos del contratista y en cumplimiento de su obligación de salvaguardar el interés público, cumplir con los fines del Estado y prestar continua y eficientemente los servicios públicos. Ante la posición de jerarquía que ostenta la Administración como parte dentro de los procesos sancionatorios contractuales está en la obligación de garantizar el respeto de los derechos del contratista, pues constitucionalmente se le ha asignado la labor de garantizar la efectividad de los derechos fundamentales.

Referencias

- Amaya, M.B. (2010) El principio de presunción de inocencia en el servicio público. *Revista El mundo del Abogado*, 58-60.
- Ardila, M.T. (2009) La prohibición de dilaciones injustificadas en la jurisprudencia constitucional. *Revista Derecho del Estado*, (23), 67-88.
- Ayala, A.H. (2010). Cosa juzgada y non bis in idem. Principios rectores absolutos? *Revista Nuevo Derecho*. 5 (7), 117-124.
- Bermúdez, J.S y Cordero, E.Q. (2010). Contravenciones aduaneras. En (Rodríguez y Ossandón), *Delitos y contravenciones aduaneras* (pp. 277-345). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Cabezas, D.P. (2014). Los límites temporales en el debido procedimiento administrativo sancionador. (Tesis de pregrado licenciatura en ciencias jurídicas y sociales). Universidad de Chile, Chile.
- Cabrera, R.P. (2011). La reincidencia vulnera el "non bis in idem". *Revista Ciencia Amazónica*, 1 (1), 81-92.
- Carmona, M.R. (1990). Prueba de la infracción administrativa y derecho fundamental a la presunción de inocencia. *Revista Jueces para la democracia*, (9), 22-30.
- Caro, D.C. (2006). Las garantías constitucionales del proceso penal. En J. Woischnik, (Ed), *Anuario de derecho constitucional latinoamericano. Tomo II* (pp. 1027-1045). Uruguay: Korand- Adenauer- Stiftung.
- Chamorro, J.G.(2014). El principio de imparcialidad en el marco del debido procedimiento administrativo sancionador. Santiago de Chile: Repositorio Universidad de Chile.
- Cordero, Q.E.(2014).Los principios que rigen la potestad sancionadora de la administración en el derecho chileno. *Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (42), 399-439.
- De la Cuesta, P.A. (2015) *Culpabilidad: exigibilidad y razones para la exculpación*. Madrid: Dykinson.

- Escamilla, M.F. (2011). Estudio jurisprudencial y doctrinal de la prueba en el procedimiento administrativo común y su especial importancia en el ámbito sancionador. *Revista CEMCI*,(11), 1-70
- Fernández, B.O. (2014). Cuestiones relativas al principio de legalidad. En Fernández, O.F (Ed), *El derecho penal armonizado en la Unión Europea*. (pp. 349-382). Madrid: Dykinson.
- Figuerola, G.Y (2010) Eficacia de las leyes en el tiempo. En, Figuerola, G.Y (Ed) *Curso de derecho civil Tomo I* (pp. 167-186). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Garrido, M.M. (1992). Nociones fundamentales de la teoría del delito. Santiago de Chile: Jurídica de Chile
- Garrido, M.M. (2007). La ley penal en el tiempo. En Garrido, M.M. (Ed), *Derecho Penal Parte General Tomo I* (pp. 107-119). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Gómez, M.P. (2012). El principio de favorabilidad en la jurisprudencia colombiana (En particular, su aplicación en los delitos permanente). Trabajo de grado para optar el título de Magister en Derecho Penal con énfasis en la teoría del delito. Universidad Eafit: Medellín
- Gordillo, A. (2013). La protección del individuo frente a la Administración . En A. Gordillo, (Ed), *Tratado de derecho administrativo y obras selectas. Tomo 8. Edición 1. Teoría general del derecho administrativo* (pp. 470-479). Buenos Aires: Editorial Fundación de derecho administrativo.
- Guerrero, L.A.(2006). El principio de presunción de inocencia. En Guerrero, L.A.(Ed), *Estudios jurídicos en homenaje al maestro Eugenio Trueba Olivares. 1 Edición* (pp. 59-76). Guanajuato, Mexico: Universidad de Guanajuato, Facultad de Derecho, Departamento de Investigación Jurídica.
- Guevara, M.C. (2016). Análisis del principio de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. (Tesis de pregrado en Derecho). Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho. Piura, Perú
- Jiménez, A.G. (2015). En Colombia se respeta el principio non bis in idem? *Revista Principia Iuris*. 12 (24), 39-57.

- Jinesta, E (2015) Recursos Administrativos. En Rodríguez, M. D. & Retortillo M. (Ed), *Curso de derecho administrativo iberoamericano* (pp. 295-314). Madrid- España: Instituto Nacional de Administración Pública.
- Laverde, J.A. (15 de enero de 2013). Ambito Jurídico. Bogotá:Publicaciones LEGIS informacion profesional S.A.
<https://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Administrativo-y-Contratacion/noti-130130-12-el-procedimiento-administrativo-sancionatorio-en-el-cpaca>
- López, V.T. (2005). Breve estudio en torno al procedimiento administrativo sancionador y sus garantías. *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, (22), 181-224
- Lozano (1992) La responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito sancionador administrativo. *Revista de administración pública*. (129), 211-229.
- Marcos, M.G. (2015). Los derechos del imputado y del acusado: Jurisprudencia europea y constitucional. En S. I. José Manuel Chozas Alonso, (Ed), *Los sujetos protagonistas del proceso penal* (pp. 334-338). Madrid : Editorial Dykinson.
- Martínez, G.C. (2008). La presunción de inocencia. De la Declaración Universal de los Derechos Humanos al sistema mexicano de justicia penal. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, (26), 227-265.
- Ministerio de justicia y derechos humanos. (2013). *Guía sobre la aplicación del principio - Derecho del debido proceso en los procedimientos administrativos*. (2013-10832). Recuperado de <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2013/09/Gu%C3%ADa-del-debido-proceso-MINJUS.pdf>
- Moncayo, G.T (2014) El alcance de los principios constitucionales de legalidad y tipicidad en los procedimientos administrativos sancionatorios instituidos por la policía administrativa. (*Trabajo de grado para optar título de magister*). Universidad Nacional de Colombia. Bogotá
- Morales, N.G. (2012) Los principios de derecho penal aplicados al derecho disciplinario. *Revista Praxis de la justicia fiscal y administrativa*, 1-16
- Moreno, L.O. (2016). El derecho a impugnar la sentencia condenatoria. *Cuadernos de derecho penal*, 89-115.
- Nuño, E.J. (2016). Derecho administrativo sancionador- Principios de la potestad sancionadora. *Revista Gabilex*, (5), 142-190

- Oelckers, O.C. (1999). El derecho a la defensa del interesado en el procedimiento administrativo. Especial referencia al proyecto de ley sobre bases de los procedimientos administrativos. *Revista de derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, (20), 271-281.
- Oliver, G.C. (2000). El fundamento del principio de irretroactividad de la ley penal. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, 11, 95-108.
- Ortegón, F.P. (2013). Reflexión crítica en torno al principio "IN DUBIO PRO REO" y su relación con la presunción de inocencia. En Ortegón, F.P, (Ed) *Principios y garantías procesales* (pp. 495-506). Barcelona: Bosh Editorial.
- Ossa, J.A. (2009). *Derecho administrativo sancionador. Una aproximación dogmática*. Bogotá: Editorial Legis.
- Oubiña, S.B. (2016). Dilaciones indebidas. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, (10), 250-264.
- Pastor, D. (2004). Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal. *Revista de Estudios de justicia*, (4), 51-76.
- Perelló, I.D. (2000). Sobre el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. *Revista Jueces para la democracia*, (39), 16-26.
- Quispe, F.R. (2013). El derecho al juez natural - como derecho humano- y los tribunales militares en Colombia. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad No. 5*, 116-138.
- Ramírez, M.L y Hernandez, N.M.(2016). El debido proceso en el derecho administrativo sancionador. En M. V. Alfaro,(Ed) *Temas de derecho procesal y administración de justicia. Mecanismos alternos, procesos judiciales, temas probatorios y procesos administrativos* (pp. 112-143). Barranquilla, Colombia: Universidad del Norte.
- Ramírez, M.L. (2007). La sanción administrativa y su diferencia con otras medidas que imponen cargas a los administrados en el contexto español. *Revista de Derecho*, (27), 272-292.
- Ramírez, M.L. (2008). Consideraciones de la Corte Constitucional acerca del principio de culpabilidad. *Revista de Derecho*. (29), 153-177.
- Ramírez, M.L. (2009a). La reserva de la ley en materia sancionadora administrativa colombiana. *Revista Juridicas*, 6 (1), 138-152.
- Ramírez, M.L. (2009b). El non bis ídem como principio rector de la actividad sancionadora de la administración. En Ramírez, M.L, (Ed) *El principio de non bis in idem en el derecho*

- administrativo sancionador. Sector medioambiental* (pp. 56-67). Madrid: Academica Española.
- Ramírez, M.L. (2011). La tipicidad en el derecho administrativo sancionador. *Revista Estudios de Derecho*, 39-50.
- Ramírez, M.L.(2013). El non bis in idem en el ámbito administrativo sancionador. *Revista de derecho*. (40), 1-29.
- Ramírez, P.B. (2008). El principio de non bis in idem como pilar fundamental del Estado de Derecho. Aspectos esenciales de su configuración. *Revista Novum Jus*, 2 (1), 101-124.
- Riego, C (1994) *Serie de publicaciones especiales No. 4*. Santiago de Chile: Universidad Diego Portales
- Rodríguez, F.M. (2007). Las técnicas procesales del derecho de defensa. En Rodríguez, F.M. (Ed), *Manual práctico del letrado de la defensa* (pp. 19-83). Barcelona: Ediciones Experiencia.
- Rojas, R.L. (01 de enero de 2009). Vlex República Dominicana. Barcelona: Vlex.com. Recuperado de <http://vlex.com/vid/principio-legalidad-360765590>
- Román, C.C. (2010). El castigo en el derecho administrativo. *Revista de derecho y humanidades*, 16 (1), 155-171
- Ruiz, L.A. (1989).El principio de irretroactividad de la ley penal en la doctrina y la jurisprudencia. *Anuario de la Facultad de Derecho- Universidad de Extremadura*, (7), 147-167.
- Sandoval, J.M. (2009). El non bis in idem como fórmula del principio de legalidad que permite el ingreso del Estatuto de Roma al derecho interno. *Revista Prolegómenos. Derechos y valores*. 12 (24), 97-113.
- Santofimio, J.G. (2007a). *Tratado de Derecho Administrativo Tomo I*. Bogotá: Departamento de publicaciones de la Universidad Externado de Colombia.
- Santofimio, J.G. (2007b). *Tratado de Derecho Administrativo Tomo II*. Bogotá: Departamento de publicaciones de la Universidad Externado de Colombia.
- Tortora, H.A. (2010). Las limitaciones a los Derechos Fundamentales. *Revista Estudios Constitucionales*, 8 (2), 167-200.
- Vega, J.L. (2015) La garantía de la audiencia previa en el procedimiento administrativo. *Gaceta constitucional y procesal constitucional*, (92), 141-147.

Villanueva, A.T. (2015). La presunción de inocencia. Una aproximación actual al derecho.

Revista Catalana de dret públic, (51), 209-222.

Zapata, M.G. y Valencia, J.R. (2014). Debido proceso probatorio y derecho de contradicción

probatoria en el trámite de revisión de los fallos de tutela. *Revista Opinión Jurídica*. 13

(25), 175-190.

Fuentes Jurídicas

Asamblea General de las Naciones Unidas. (10 de diciembre de 1948) Declaración Universal de Derechos Humanos. [Resolución 217 A (III)].

Asamblea General de las Naciones Unidas. (16 de diciembre de 1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. [Resolución 2200 A (XXI)]

Asamblea Nacional Constituyente Francesa. (26 de agosto de 1789). Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

Congreso de la República de Colombia. (12 de julio de 2011) Ley 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. [Ley 1474 de 2011]. DO: 48128

Congreso de la República de Colombia. (16 de julio de 2007) Ley por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. [Ley 1150 de 2007]. DO: 46.691.

Congreso de la República de Colombia. (18 de enero de 2011) Ley por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. [Ley 1437 DE 2011]. DO: 47956.

Congreso de la República de Colombia. (26 de mayo de 1873) Código Civil [Ley 84 de 1873]. DO: 2.867

Congreso de la República de Colombia. (27 de marzo de 1971) Código de Comercio. [Decreto 410 de 1971]. DO: 33.339.

Congreso de la República de Colombia. (28 de octubre de 1993) Ley por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. [Ley 80 de 1993]. DO: 41.094.

Congreso de la República de Colombia. Constitución Política de Colombia [Const.] (1991) 2da Ed. Legis.

Congreso de la República, Gaceta 951 de 2010

- Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, (16 de octubre de 2002) Radicación 1454 de 2002. [MP. Susana Montes De Echeverri]
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. (3 de mayo de 2007) Expediente 14667. [MP. Juan Ángel Palacio Hincapié]
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. (3 de diciembre de 2009) Expediente 15392. [MP. Héctor J. Romero Díaz]
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. (18 de enero de 2012) Expediente 20611. [MP. Olga Mérida Valle De La Hoz]
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. (16 de febrero de 2012) Expediente 1455. [MP. Víctor Hernando Alvarado Ardila]
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. (7 de junio de 2012) Expediente 2558. [MP. Gerardo Arenas Monsalve].
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. (29 de agosto de 2012) Expediente 21430. [MP. Enrique Gil Botero]
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. (11 de marzo de 2013) Auto 45316. [MP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa].
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. (7 de septiembre de 2015) Expediente 45907. [MP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa]
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. (23 de junio de 2010) Expediente 16367. [MP. Enrique Gil Botero].
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (30 de marzo de 2011) Expediente 20917. [MP. Enrique Gil Botero]
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (5 de diciembre de 2016) Expediente 35057. [MP. Ramiro Pazos Guerrero]
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (20 de febrero de 2017) Expediente 53839. [MP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa]
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (25 de mayo de 2017) Expediente 35957^a. [MP. Danilo Rojas Betancourth]
- Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión. (20 de septiembre de 2011) Sentencia T- 693A de 2011. [MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo]

- Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión. (8 de abril de 2005) Sentencia T-366 de 2005 [MP. Clara Inés Vargas Hernández].
- Corte Constitucional, Sala Plena. (1 de diciembre de 1999) Sentencia C-957 de 1999. [MP. Álvaro Tafur Galvis]
- Corte Constitucional, Sala Plena. (11 de marzo de 2003) Sentencia C-205 de 2003 [MP. Clara Inés Vargas Hernández]
- Corte Constitucional, Sala Plena. (11 de marzo de 2003) Sentencia C-207 de 2003 [MP. Rodrigo Escobar Gil]
- Corte Constitucional, Sala Plena. (11 de mayo de 2011) Sentencia C-371 de 2011. [MP. Luís Ernesto Vargas Silva]
- Corte Constitucional, Sala Plena. (12 de julio de 2006) Sentencia C-537 de 2006 [MP. Humberto Antonio Sierra Porto]
- Corte Constitucional, Sala Plena. (15 de octubre de 2002) Sentencia C-870 de 2002. [MP. Manuel José Cepeda Espinosa]
- Corte Constitucional, Sala Plena. (16 de octubre de 2008) Sentencia SU.1010 de 2008. [MP. Rodrigo Escobar Gil]
- Corte Constitucional, Sala Plena. (17 de agosto de 2005) Sentencia C-853 de 2005. [MP. Jaime Córdoba Triviño]
- Corte Constitucional, Sala Plena. (17 de mayo de 2000) Sentencia C-564 de 2000. [MP. Alfredo Beltrán Sierra].
- Corte Constitucional, Sala Plena. (18 de abril de 2012) Sentencia C-289 de 2012. [MP. Humberto Antonio Sierra Porto]
- Corte Constitucional, Sala Plena. (18 de enero de 2017) Sentencia C-003 de 2017. [MP. Aquiles Arrieta Gómez]
- Corte Constitucional, Sala Plena. (18 de octubre de 2006) Sentencia C-860 de 06. [MP. Humberto Antonio Sierra Porto]
- Corte Constitucional, Sala Plena. (19 de marzo de 2002). Sentencia C-200 de 2002 [MP. Álvaro Tafur Galvis]
- Corte Constitucional, Sala Plena. (20 de septiembre de 2000) Sentencia C-1270 de 2000. [MP. Antonio Barrera Carbonell]

- Corte Constitucional, Sala Plena. (22 de febrero de 2012) Sentencia C-121 de 2012. [MP. Luis Ernesto Vargas Silva]
- Corte Constitucional, Sala Plena. (22 de mayo de 2002) Sentencia C-391 de 2002 [MP. Jaime Córdoba Triviño]
- Corte Constitucional, Sala Plena. (23 de enero de 2003) Sentencia C-010 de 2003. [MP. Clara Inés Vargas Hernández]
- Corte Constitucional, Sala Plena. (25 de julio de 2001) Sentencia C-774 de 2001. [MP. Rodrigo Escobar Gil]
- Corte Constitucional, Sala Plena. (25 de noviembre de 2003) Sentencia C-1114 de 2003. [MP. Jaime Córdoba Triviño]
- Corte Constitucional, Sala Plena. (27 de enero de 2009) Sentencia C-025 de 2009. [MP. Rodrigo Escobar Gil]
- Corte Constitucional, Sala Plena. (27 de julio de 2010) Sentencia C-595 de 2010. [MP. Jorge Iván Palacio Palacio]
- Corte Constitucional, Sala Plena. (27 de mayo de 2015) Sentencia C-328 de 2015. [MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez]
- Corte Constitucional, Sala Plena. (28 de enero de 2003) Sentencia C-030 de 2003. [MP. Álvaro Tafur Galvis]
- Corte Constitucional, Sala Plena. (29 de agosto de 2001) Sentencia C-922 de 2001. [MP. Marco Gerardo Monroy Cabra]
- Corte Constitucional, Sala Plena. (29 de marzo de 2001) Sentencia C-333 de 2001. [MP. Rodrigo Escobar Gil]
- Corte Constitucional, Sala Plena. (29 de octubre de 2014) Sentencia C-792 de 2014, [MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez]
- Corte Constitucional, Sala Plena. (30 de mayo de 1996) Sentencia C-244 de 1996. [MP. Carlos Gaviria Díaz]
- Corte Constitucional, Sala Plena. (30 de mayo de 2001) Sentencia C-554 de 2001. [MP. Clara Inés Vargas Hernández]
- Corte Constitucional, Sala Plena. (4 de junio de 2014) Sentencia C-341 de 2014. [MP. Mauricio González Cuervo]

Corte Constitucional, Sala Plena. (4 de mayo de 2004) Sentencia C-406 de 2004. [MP. Clara Inés Vargas Hernández].

Corte Constitucional, Sala Plena. (5 de agosto de 2015) Sentencia C-499 de 2015. [MP. Mauricio González Cuervo]

Corte Constitucional, Sala Plena. (5 de diciembre de 1996) Sentencia C-690 de 1996. [MP. Alejandro Martínez Caballero]

Corte Constitucional, Sala Plena. (5 de julio de 2001) Sentencia C-710 de 2001. [MP. Jaime Córdoba Triviño]

Corte Constitucional, Sala Plena. (6 de agosto de 2002) Sentencia C-616 de 2002. [MP. Manuel José Cepeda Espinosa]

Corte Constitucional, Sala Plena. (9 de julio de 2008) Sentencia C-692 de 2008. [MP. Manuel José Cepeda Espinosa]

Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión. (11 de octubre de 2012) Sentencia T-803 de 2012. [MP. Jorge Iván Palacio Palacio].

Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión. (7 de julio de 2010) Sentencia T-555 de 2010. [MP. Jorge Iván Palacio Palacio]

Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión. (8 de octubre de 2004) Sentencia T-982 de 2004. [MP. Rodrigo Escobar Gil]

Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión. (10 de mayo de 2007) Sentencia T-357 de 2007. [MP. Humberto Antonio Sierra Porto]

Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión. (16 de abril de 1999) Sentencia T-242 de 1999. [MP. Martha Victoria Sachica De Moncaleano]

Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión. (18 de abril de 2013) Sentencia T-230 de 2013. [MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez]

Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión. (28 de mayo de 2009) Sentencia T-395 de 2009. [MP. Luis Ernesto Vargas Silva]

Estados Americanos signatarios de la Convención Americana Sobre Derechos Humano. (22 de noviembre de 1969). Pacto de San José. Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.