

**Restricción del derecho político de acceso y permanencia en la función pública de los
gestores fiscales por los fallos con responsabilidad fiscal a la luz de la Convención
Americana sobre Derechos Humanos**

Edwin Hernando Medina Cuesta y Juan Sebastián Peña Cortés

Trabajo de grado para optar el título de Magíster en Derecho en profundización Derecho

Administrativo

Director

Jahir Fabián Díaz Hernández

Magíster en Derecho

Universidad Santo Tomás, Bucaramanga

División de Ciencias Jurídicas y Políticas

Maestría en Derecho

2024

Dedicatorias

Este trabajo no se debe a un mérito particular, realmente es gracias al creador, nuestras familias e hijos, a quienes lo dedicamos con significativo aprecio; de igual manera, a mi papá Alfonso Hernando Medina (Q.E.P.D.), a quien siempre recordaré y llevaré en mi corazón.

Edwin Hernando Medina Cuesta.

A los Defensores de Derechos Humanos, líderes sociales y comunitarios que, pensando en lo colectivo, han sufrido la violencia y sacrificado su vida. En especial, a Alfonso Hernando Medina.

A Juan Pablo, la luz de mi existir.

Juan Sebastián Peña Cortés.

Agradecimientos

A nuestros asesores temáticos, docentes, compañeros de estudio y amigos, quienes han contribuido a la materialización de esta investigación.

Edwin Hernando Medina Cuesta.

Agradezco al Dios que hace todo posible, quien me ha mostrado su amor inagotable y se manifiesta de forma sobrenatural cuando ya no hay fuerza. Grande es su fidelidad.

A mi esposa Laura, cómplice de todos los sueños, por su apoyo incondicional.

A mis Padres, siempre a mi lado, modelo a seguir, cariño y disciplina.

A mi Hermano Luis Alberto, ejemplo e inspiración.

A la Universidad Santo Tomás y a nuestro director Gonzalo Jamaica Trujillo.

A mi compañero Edwin Medina, por su paciencia y entusiasmo contagioso.

Juan Sebastián Peña Cortés

Contenido

Introducción	8
1. Restricción del derecho político de acceso y permanencia en la función pública de los gestores fiscales por los fallos con responsabilidad fiscal a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos	11
1.1 Planteamiento del problema	11
1.2 Justificación.....	11
1.3 Objetivos	13
1.3.1 Objetivo general	13
1.3.2 Objetivos específicos	13
2. Marco referencial	14
2.1 Marco teórico	14
2.1.1 Capítulo 1. Trámite del proceso de responsabilidad fiscal en Colombia.....	15
2.1.2 Capítulo 2. Derecho político de acceso y permanencia en el ejercicio de la función pública, de conformidad con el ordenamiento jurídico colombiano y la convención americana sobre derechos humanos	58
2.1.3 Capítulo 3. Determinar si la restricción al derecho político de acceso y permanencia en la función pública de los gestores fiscales con el fallo con responsabilidad fiscal en el marco de un proceso de responsabilidad fiscal, está acorde con la Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	87
3. Método	142

RESTRICCIÓN DEL DERECHO POLÍTICO DE ACCESO Y PERMANENCIA	5
3.1 Metodología	142
3.2 Enfoque de la investigación	142
3.3 Tipo de investigación	143
3.4 Fuentes de recolección de información.....	143
3.5 Técnicas de análisis de información.....	143
3.6 Instrumento de recolección de información.....	144
4. Conclusiones	144
Referencias.....	146

Resumen

Este trabajo se centra en abordar si ¿A la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos aún es viable que las Contralorías limiten el derecho político de acceso y permanencia en el cargo público de los gestores fiscales declarados fiscalmente responsables? Para lo cual, se describe inicialmente el proceso de responsabilidad fiscal en su regulación actual y la consecuencia inhabilitante del fallo con responsabilidad fiscal, se aborda el derecho político de acceso y permanencia en el cargo público, y los efectos que tiene la convención respecto a la restricción de dicho derecho político en el Proceso de Responsabilidad Fiscal, y se exponen algunas decisiones tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos frente a las facultades de las contralorías cuando como consecuencia del fallo fiscal limitan tal derecho.

Generando de esta manera, un espacio académico de conocimiento tanto del Proceso de Responsabilidad Fiscal en Colombia, del contenido y alcance del derecho político de acceso y permanencia de cargo público, y sus posibilidades de restricción a través de este proceso a la luz de la Convención referenciada, y la problemática que suscita en la regulación actual. Y, al responder el interrogante descrito, se presentará una propuesta a este debate académico y jurídico.

Palabras claves: responsabilidad fiscal, inhabilidad, contraloría.

Abstract

This paper focuses on whether, in the light of the American Convention on Human Rights, it is still viable for the Comptroller's Offices to limit the political right of access and permanence in public office of fiscal managers declared fiscally responsible? To this end, it initially describes the process of fiscal responsibility in its current regulation and the disqualifying consequence of the ruling with fiscal responsibility, addresses the political right of access and permanence in public office, and the effects of the convention regarding the restriction of such political right in the process of fiscal responsibility, and presents some decisions of both the Constitutional Court and the Inter-American Court of Human Rights regarding the powers of the comptroller's office when as a result of the fiscal ruling limit such right.

Thus generating an academic space of knowledge of the Fiscal Responsibility Process in Colombia, the content and scope of the political right of access and permanence in public office, and its possibilities of restriction through this process in the light of the referenced Convention, and the problems it raises in the current regulation. And, by answering the question described, a proposal to this academic and legal debate will be presented.

Key words: fiscal responsibility, disqualification, comptroller, comptroller's office.

Introducción

La Contraloría General de República (CGR) y las contralorías territoriales¹, son entidades de control autónomas e independientes, que ejercen la vigilancia y control fiscal de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, en todos los niveles administrativos y respecto de todo tipo de recursos públicos, de acuerdo con los artículos 267 y 272 de la Constitución Política de Colombia de 1991 (C.P.), y, entre otras funciones, para lo que interesa a este trabajo, se encargan de establecer las responsabilidades que se deriven de dicha gestión fiscal, mediante el Proceso de Responsabilidad Fiscal (PRF), lo cual tiene fundamento constitucional en el artículo 268.5 de la Carta Política.

El artículo 119 constitucional señala que “La Contraloría General de la República tiene a su cargo la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultado de la administración”.

Así las cosas, el objeto de la responsabilidad fiscal, de acuerdo con el artículo 4 de la Ley 610 de 2000, es “el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal”. Además de establecer la obligación de reparar el daño patrimonial causado, según el actual artículo 42.4 de la Ley 1952 de 2019 (Código General Disciplinario), deriva en la inhabilidad sobreviniente por “Haber sido declarado responsable fiscalmente”, por un término de 5 años, y dependiendo de la cuantía del fallo, se extenderá hasta por otros cinco años más. Esta disposición fue demandada en su momento, y la Corte Constitucional la declaró ajustada al ordenamiento a través de sentencia C-101 de 2018.

De manera que, un fallo con responsabilidad fiscal tiene connotaciones pecuniarias y disciplinarias, y afecta el ejercicio de la función pública (acceso o permanencia), lo que involucra,

¹ Para tales entidades se englobará el término de contralorías.

pero no de manera exclusiva, a los servidores públicos de elección popular. Estas implicaciones pueden entenderse como restricción al derecho político. En ese orden en el *primer capítulo* se centrará en describir el trámite del PRF, en sus instituciones básicas, sin pretender abarcar un conocimiento absoluto, dedicando un acápite especial a los efectos del fallo con responsabilidad fiscal, en particular en cuanto a tal inhabilidad.

En ese hilo conductor, es necesario revisar el derecho político de acceso y permanencia en cargo público, lo cual se estudiará en el *segundo capítulo*, adelantando que tal derecho opera no frente a un grupo en particular, esto es los elegidos por voto popular, sino, para lo que nos ocupa, de todos los gestores fiscales, lo cual impacta en la discusión, dado que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), en su artículo 23, refiere entre otras cosas del derecho “de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país”, similar descripción de derechos políticos lo ofrece la C.P. en el artículo 40.

Precisamente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al pronunciarse en el “Caso Castañeda Gutman Vs los Estados Unidos Mexicanos”, manifestó que el alcance de los derechos políticos “constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención”, por lo que, “estas condiciones generales de igualdad están referidas tanto al acceso a la función pública por elección popular como por nombramiento o designación” (Corte IDH, 2008).

Y si bien los derechos políticos de acceso y permanencia en función pública, no son absolutos, dado que pueden ser restringidos, la Corte IDH, en sentencia del 08 de julio de 2020, “Caso Petro Urrego vs Colombia”, con relación a las facultades que ejercen, para el caso colombiano, en materia de inhabilitar hacia el ejercicio de cargos políticos, la Procuraduría General de la Nación (PGN) y la CGR, analizó si esta procedía a la luz de la CADH, indicó que debía ser

por un juez penal, más no administrativo. No obstante, para lo que nos interesa, en cuanto a la CGR, que es el objeto de esta investigación, señaló en uno de sus considerandos que:

115. En relación con lo anterior, la Corte concluye que las sanciones impuestas por la Contraloría pueden tener el efecto práctico de restringir derechos políticos, incumpliendo así las condiciones previstas en el artículo 23.2 de la Convención y que han sido reiteradas en la presente sentencia. En esa medida, el Tribunal considera que el artículo 60 de la Ley 610 de 2010 y el artículo 38 fracción 4 del Código Disciplinario Único son contrarios al artículo 23 de la Convención Americana, en relación con el artículo 2 del mismo instrumento (CIDH, 2020).

Así las cosas, no sólo se advierte una posible tensión entre la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la de la Corte IDH en cuanto al artículo 23 de la CADH, sino como tal en la consecuencia del fallo con responsabilidad fiscal en materia de restricción de los derechos políticos de acceso y permanencia en la función pública cuando un gestor es declarado fiscalmente responsable, lo cual es una situación que se revisará en el *tercer capítulo*, inicialmente considerando el impacto que tiene en nuestro ordenamiento la CADH y las decisiones de la Corte IDH a este respecto, en contraste con la línea de la Corte Constitucional, abriendo un debate que no es de poca monta, y concentra diversas visiones alrededor de la restricción de los derechos políticos de acceso y permanencia en cargos públicos por las contralorías.

Se tendrá del último capítulo que al comprender los efectos inhabilitantes del fallo con responsabilidad fiscal, realmente se extiende a más de las atribuciones de las contralorías que establecen la responsabilidad de los gestores fiscales limitando tal derecho político a través del PRF, también al proceso, y el efecto que tiene la CADH en nuestro ordenamiento, donde ha de pensarse en reformas de fondo para cumplir el estándar convencional.

1. Restricción del derecho político de acceso y permanencia en la función pública de los gestores fiscales por los fallos con responsabilidad fiscal a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

1.1 Planteamiento del problema

De acuerdo a lo esbozado, en este trabajo se describirá el trámite del proceso de responsabilidad fiscal en Colombia, se estudiará los efectos del fallo con responsabilidad fiscal respecto de los gestores fiscales, en la restricción de los derechos políticos de acceso y permanencia en la función pública; se revisará en qué consiste el derecho político aludido, y se determinará si existe alguna dificultad de tipo convencional del PRF debido a los efectos del fallo con responsabilidad fiscal dictado por las contralorías en la restricción del derecho político en comento, y en caso afirmativo, se establecerá si tiene la dimensión suficiente como para generar o propiciar un verdadero cambio en nuestro ordenamiento jurídico.

Estas inquietudes son de mucha relevancia, tanto así que se han explorado diversas alternativas académicas y legislativas, y son actuales, de ahí que cobre importancia absolverlas.

Por lo anterior, se plantea la siguiente pregunta de investigación ¿Qué efectos tiene en nuestro ordenamiento jurídico la Convención Americana sobre Derechos Humanos cuando se restringe el derecho político de acceso y permanencia en la función pública de los gestores fiscales declarados fiscalmente responsables por las Contralorías?

1.2 Justificación

La investigación que se plantea realizar se justifica por lo problemático, novedoso y actual. Además, si bien existe material teórico que trata lo relacionado con el proceso de responsabilidad

fiscal en Colombia a cargo de las contralorías, pocos autores se centran en las dificultades y tensiones puestas de presente. Algunos que se ocupan del asunto, está la obra de Restrepo Medina, Alberto Manuel y Peláez Gutiérrez, Verónica (2021) en la cual se abordan de manera magistral las novedades implementadas en el control fiscal, la forma en que el Proceso de Responsabilidad Fiscal no ha sido tan eficiente, se critica el fortalecimiento del Proceso Administrativo Sancionatorio Fiscal (PASF), y se propone que las contralorías obren como demandantes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Así mismo, encontramos al profesor Bulla Romero, Jairo Enrique (2020), que en su libro presenta el trámite del PRF, y unas reflexiones en torno al pronunciamiento de la Corte IDH en el caso Petro vs Estado colombiano. En este punto, refiere el autor como propuesta que la CGR debe investigar hasta la calificación de las diligencias, y luego, en la imputación, iniciar el proceso verbal ante el juez o magistrado de tribunal competente, y que la segunda instancia se realice ante el tribunal respectivo y/o Consejo de Estado.

La presente investigación está enfocada en hacer un aporte de orden teórico y analítico al debate académico expuesto, bajo la perspectiva convencional. siendo actual y pertinente puesto que aborda una institución jurídica y las discusiones en torno a la convencionalidad del fallo con responsabilidad fiscal y los efectos que tiene en la restricción del derecho político de acceso y permanencia en función pública. Además, es relevante para mostrar una estructura simple del trámite del PRF, así como los problemas y desafíos actuales que convergen sobre el fallo con responsabilidad fiscal por la restricción en los derechos políticos a los gestores fiscales a la luz de la CADH y las decisiones en esta materia de la Corte IDH.

1.3 Objetivos

1.3.1 Objetivo general

Determinar los efectos que tiene la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico colombiano en la restricción del derecho político de acceso y permanencia en la función pública de los gestores fiscales declarados fiscalmente responsables en el marco de un proceso de responsabilidad fiscal.

1.3.2 Objetivos específicos

Identificar la finalidad y el trámite actual del proceso de responsabilidad fiscal en Colombia, y los efectos del fallo con responsabilidad fiscal proferido por las Contralorías.

Analizar el contenido y alcance del derecho político de acceso y permanencia en el ejercicio de la función pública, y las posibilidades de su restricción por las Contralorías en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Determinar los efectos que tiene la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico colombiano en la restricción al derecho político de acceso y permanencia en la función pública de los gestores fiscales como consecuencia del fallo con responsabilidad fiscal, y propuesta de adecuación del proceso.

2. Marco referencial

2.1 Marco teórico

Este trabajo lo enfocaremos bajo un paradigma Neoconstitucionalista, en la medida en que se propugna por que la Constitución Política, y en las decisiones judiciales, se dinamicen las instituciones estatales hacia la protección de los derechos fundamentales, con una adecuación de varios instrumentos internacionales, en lo que pudiere ser aplicado al sistema jurídico nacional, como lo es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y lo que frente al derecho político de acceso y permanencia en la función pública ha dicho su intérprete, para que, en el trámite del Proceso de Responsabilidad Fiscal llevado por las Contralorías, sea acorde con los estándares de objetividad, transparencia e imparcialidad, dotando de mayor garantismo en la restricción de los derechos políticos de los gestores fiscales que son responsabilizados al interior de estos procesos.

Como lo señala Velasco Cano, Nicole y Vladimir Llano, Jairo (2015), se tiene que:

Desde la perspectiva neoconstitucional, las decisiones judiciales son de un carácter más amplio y no se limitan al estricto seguimiento de la ley. La referencia de principios en estas decisiones determina una transformación jurídica que supera lo normativo —postulado argumentado por Dworkin—, con la concepción innovadora de que los principios interpretados por los jueces resuelven problemas jurídicos. Esto lleva a que toda decisión judicial deba apoyarse en principios, ya que el Derecho no solo se conforma por normas, sino también por pretensiones generales o principios que pueden resolver casos concretos (Velasco y Vladimir, 2015, p. 15).

A continuación, se desarrollarán los tres capítulos objeto de este trabajo.

2.1.1 Capítulo 1. Trámite del proceso de responsabilidad fiscal en Colombia

2.1.1.1 Introducción capitular. En este capítulo se describe a grandes rasgos el trámite del proceso de Responsabilidad Fiscal. Para ello, inicialmente se abordará la historia normativa del control fiscal, incluyendo algunos cambios actuales, la gestión fiscal, como eje central de la responsabilidad fiscal y los elementos de la responsabilidad fiscal. Luego, se describirá el proceso en cuanto a las etapas en el trámite ordinario y verbal, el régimen de pruebas, nulidades, causales anticipadas de terminación del proceso, y se dedicará un acápite especial al fallo con responsabilidad fiscal.

Así, al hacer la aproximación del proceso, se realizará desde una visión crítica, desnudando algunas falencias que van más allá de la naturaleza de las contralorías como entes administrativos, sin pretender hacer un estudio particular desde todas sus aristas, sino simplemente para ubicar el contexto en el que es proferido el fallo con responsabilidad fiscal por parte de las contralorías, y advirtiendo la problemática inmersa con tal declaratoria.

2.1.1.2 Control Fiscal.

2.1.1.2.1 Historia del control fiscal en Colombia. El control fiscal en Colombia tuvo un inicio particular, pues ya adentrados al siglo XIX, alejados de la Corte de Cuentas, que tuvo su génesis en la época colonial, a raíz de las recomendaciones formuladas por la Misión Kemmerer al gobierno de Pedro Nel Ospina, para efectos de reorganizar las finanzas públicas del Estado colombiano, entre ellas la creación del Banco de la República. Con base en tal informe, se expidió la ley 42 de 1923, por medio de la cual se organiza la contabilidad oficial y se crea el Departamento

de Contraloría, y quedó incorporado en ella las funciones de otras entidades y, por ende, se eliminaron la Corte de Cuentas, la Dirección General de Contabilidad, la Oficina Nacional de Estadística, y la Oficina Central de Ordenaciones del Ministerio del Tesoro.

Mediante el Decreto-ley 911 de 1932, la Contraloría es organizada como una oficina de contabilidad y control fiscal, se establece la obligatoriedad de rendir cuentas ante ese organismo, y se establece la prohibición de coadministrar por parte de la Contraloría. Sólo hasta 1945 la Contraloría General de la República tuvo un rango legal, toda vez que a ese año ascendió al status de canon constitucional, con el Acto Legislativo 01 de 1945. Posteriormente, con la ley 20 de 1975, la Contraloría experimentó cambios, se estableció un control posterior para la revisión de todos los giros, entre otros aspectos, y un proceso de investigación fiscal a cargo de la Contraloría.

Por otra parte, el Decreto 925 de 1976 en el artículo 2º, definió las modalidades de fiscalización, destacando el control previo como aquel consistente en: “examinar con antelación a la ejecución de las transacciones u operaciones, los actos y documentos que las originan o respaldan, para comprobar el cumplimiento de las normas, leyes, reglamentaciones y procedimientos establecidos”. (Decreto 925, 1976). Y, en el artículo 5º ídem, la Contraloría podría *impedir* la firma de un contrato que tuviese observaciones.

Sin embargo, tal situación devino en numerosas situaciones de complejidad y falencias inherentes a su propia naturaleza, pues básicamente, cercenaban la autonomía e independencia de los ordenadores del gasto, y en general, de funcionarios que tuvieran facultades decisorias frente al recaudo, administración, manejo y disposición de bienes y rentas estatales, a tal punto que sin el visto bueno del respectivo auditor no se podía pagar ninguna cuenta².

2 Para tal efecto, se toma en cuenta lo descrito por la Corte Constitucional en sentencia C-103 de 2015, sobre dicho control, a saber: “(i) propiciaba la intrusión directa del organismo de vigilancia en la toma de decisiones ejecutivas, intromisión que frecuentemente obstaculizaba, cuando no vetaba, el normal desenvolvimiento de la Administración; (ii) el ejercicio del control previo, pese a sus connotaciones administrativas, no implicaba responsabilidad

Por tanto, el constituyente de 1991 encomendó a la Contraloría General de la República y a las contralorías territoriales un sistema de control posterior y selectivo, eliminándose el sistema previo y perceptivo, al tenor del artículo 267 de la Constitución Política. Esto, sin duda alguna, “Implicó un cambio de paradigma pasando de una mera revisión financiera o contable del gasto público y la administración del patrimonio estatal a un control integral, el cual pretendía abarcar la eficiencia y economía del gasto público” (Gaceta del Congreso, 2019, p. 6).

Así entonces, a través de la Ley 42 de 1993, se estableció los procedimientos, sistemas y principios para el ejercicio de la vigilancia fiscal y se regula tímidamente el PRF. Sin embargo, en este punto existía diversos inconvenientes en su trámite, como lo decantó la Corte Constitucional en sentencia SU-620 de 1996. Por ello, con la Ley 610 de 2000 se estructuró como tal el proceso bajo una mecánica escritural u ordinaria. Posteriormente, se expide la Ley 1474 de 2011, que implementó el proceso verbal, y ciertas modificaciones al proceso ordinario.

Recientemente se expidió el Acto Legislativo No. 04 de 2019, que modificó los artículos 267 y ss. de la C.P., que, en lo concerniente al proceso, no hubo mayor variación, a diferencia de las modificaciones al control fiscal, y proceso administrativo sancionatorio fiscal, y, con base en este, se expidió el Decreto 403 de 2020.

2.1.1.3 La Gestión Fiscal.

2.1.1.3.1 Definición de gestión fiscal. Fue tan importante la Constitución Política de 1991 -original- en los artículos 267 inciso 3º, y 268.2, que constitucionalizó el concepto gestión fiscal,

administrativa alguna para la Contraloría y además comprometía la necesaria independencia y autonomía del ente fiscalizador; (iii) paradójicamente, se consideraba que dicho sistema constituía un foco de corrupción”.

dentro del modelo de estado social de derecho, enmarcándola en una especie de control de gestión y resultados de la administración pública, que se manifiesta en el deber de orientar el quehacer administrativo en un manejo de bienes, fondos y recursos públicos al logro de resultados y fines o cometidos del Estado.

Ya no se entiende la gestión fiscal con criterio netamente formalista contable imperante en el constitucionalismo de 1886, sino, bajo una óptica de gestión y resultados. En ese orden es que debe entender el administrador público que es un *servidor público*, el cual está comprometido socialmente para lograr cometidos estatales.

Si no hay gestión fiscal, no puede activarse la acción fiscal, sino que sería menester acudir a otras instancias, para recuperar el posible daño patrimonial al Estado. Es tan relevante tal concepto que algunos autores lo comparan así: “la gestión fiscal es a la responsabilidad fiscal como lo que la cualificación del sujeto activo es a la tipicidad en derecho penal: nadie puede reputarse responsable fiscalmente si no ejerce gestión fiscal” (Fajardo, 2017, p. 300).

La Ley 610 de 2000, define la gestión fiscal como:

Artículo 3o. Gestión Fiscal. Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad,

moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales. (Ley 610, 2000)

De la definición legal pareciera que únicamente ejercen gestión fiscal aquellos servidores públicos o particulares que manejen o administren bienes o fondos públicos, en sus diferentes etapas de recaudo, conservación, adquisición, enajenación, gasto, inversión y disposición, sin embargo, como se verá, este hace alusión es a la gestión fiscal directa, existiendo otro tipo de gestión que es la indirecta, siendo menester por lo menos acercar la noción.

2.1.1.3.1.1 Gestión fiscal directa y gestión fiscal indirecta. De otra parte, se define el proceso como:

Artículo 1°. Definición. El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado (Ley 610, 2000).

Tenemos entonces que la definición del artículo 3° de la Ley 610 de 2000 hace alusión a la gestión fiscal directa, que se predica de aquellos servidores públicos o particulares que manejen o administren bienes o fondos públicos, en sus diferentes etapas.

La Corte Constitucional frente a la expresión *con ocasión de la gestión fiscal* del artículo 1° de la Ley 610 de 2000, señaló que:

Consecuentemente, si el objeto del control fiscal comprende la vigilancia del manejo y administración de los bienes y recursos públicos, fuerza reconocer que a las contralorías les corresponde investigar, imputar cargos y deducir responsabilidades en cabeza de

quienes, en el manejo de tales haberes, o con ocasión de su gestión, causen daño al patrimonio del Estado por acción u omisión, tanto en forma dolosa como culposa. (...). Universo fiscal dentro del cual transitan como potenciales destinatarios, entre otros, los directivos y personas de las entidades que profieran decisiones determinantes de gestión fiscal, así como quienes desempeñen funciones de ordenación, control, dirección y coordinación, contratistas y particulares que causen perjuicios a los ingresos y bienes del Estado, siempre y cuando se sitúen dentro de la órbita de la gestión fiscal en razón de sus poderes y deberes fiscales (Sentencia C-840/01, 2001).

Por tanto, si bien, es práctico el criterio de que la gestión fiscal tiene dos facetas, esto es:

I) Un objeto: el recurso o fondo público y *II) Un poder jurídico decisorio:* el de administrar tales fondos. Allí se hace alusión en principio a la gestión fiscal directa con relación al daño, pero como se vio, también existen otros gestores fiscales indirectos que con su conducta activa u omisiva pueden contribuir a la generación del daño al erario, quienes por lo general tienen poder decisorio directo o indirecto sobre los bienes públicos. Este es el daño que producen las personas con ocasión de la gestión fiscal o a guisa de contribución. A este respecto, la Corte Constitucional al referirse a la expresión *contribuyan al detrimento patrimonio público*, en la sentencia antes citada dijo lo siguiente:

(...) Escenario dentro del cual discurren, entre otros, el ordenador del gasto, el jefe de planeación, el jefe jurídico, el almacenista, el jefe de presupuesto, el pagador o tesorero, el responsable de la caja menor, y por supuesto, los particulares que tengan capacidad decisoria frente a los fondos o bienes del erario público puestos a su cargo. Siendo patente que en la medida en que los particulares asuman el manejo de tales fondos o bienes, deben someterse a esos principios que de ordinario son predicables de los servidores públicos, al

tiempo que contribuyen directa o indirectamente en la concreción de los fines del Estado (Sentencia C-840/01, 2001).

La Oficina Jurídica de la CGR en concepto jurídico No. CGR-OJ-0037 de 2018, sobre gestión fiscal directa e indirecta, dijo lo siguiente:

Así que, de conformidad con lo establecido en el artículo 1° de la Ley 610 de 2000, el presunto responsable de un daño patrimonial al Estado pudo haber obrado en ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión a ésta; por lo tanto, sí existen dos títulos de imputación de responsabilidad: i) cuando la gestión fiscal se ejerce de manera directa (concurren todos los elementos definitorios de la gestión fiscal) o ii) indirecta (aunque no estén presentes todos los atributos de la gestión fiscal, se despliegan actos que comportan una relación de conexidad próxima y necesaria para con el desarrollo de la gestión fiscal). En este último caso, habrá de tenerse en cuenta la interpretación condicionada que realizó la Corte Constitucional en la sentencia reseñada. (Contraloría General de la República, 2018, p. 9)

Lo antes dicho es clave para entender que no todo daño patrimonial causado al Estado deba ser investigado bajo la óptica de un proceso de responsabilidad fiscal, así como también, no cualquier sujeto que lo cause por ese solo hecho, sea automáticamente gestor fiscal, para ello se necesita estar habilitado jurídicamente, tanto en el manejo o administración de fondos públicos en sus diferentes etapas y tener la titularidad jurídica de disposición de los mismos, y que dicho daño puede ser de manera directa o indirecta por la *contribución* en comento. No obstante, de esto último persiste dificultad en su determinación de ciertos servidores públicos que no ostentan cargos ni funciones de ordenación del gasto, así como de los en los contratistas del Estado, como gestor fiscal.

La Oficina Jurídica de la CGR en concepto jurídico No. CGR-OJ-0153 de 2016, indicó frente a la gestión fiscal que ejercen los contratistas, lo siguiente:

Así las cosas y habida cuenta que el contrato estatal es el principal instrumento de ejecución del presupuesto, los recursos que se manejan a través de éstos comportan el ejercicio de gestión fiscal.

Recuérdese que la remuneración del contratista en la mayoría de los casos y de acuerdo con la tipología contractual proviene de recursos del Erario, en consecuencia, el pago de este comporta el ejercicio de gestión fiscal.

(...).

Así las cosas, en todo caso en que el contratista desarrolle con recursos públicos alguno de los verbos señalados en el artículo 3° de la Ley 610 de 2000 o alguna otra conducta que implique el manejo o administración de estos recursos, estaremos ante la inminencia de la gestión fiscal (Contraloría General de la República, 2016, pp. 4-5).

Posición con la que se está de acuerdo, a pesar de no estar expresamente regulado, siendo una falencia, dado que si el contrato público es fuente de obligaciones, también es fuente de responsabilidad para el contratista, entre ellas, la fiscal, máxime si se tiene en cuenta otras referencias normativas, de lo cual se deduce, como por ejemplo, el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011, que trata de la solidaridad de los contratistas con otros sujetos, entre otros en los Procesos de Responsabilidad Fiscal; los artículos 3, 5, 25.6, 26.8 y 52 de la Ley 80 de 1993, que trata acerca de la responsabilidad de los contratistas en la contratación y ejecución de contratos estatales; o la presunción de culpa grave que trata el artículo 118.b y c. de la Ley 1474 de 2011.

2.1.1.4 Elementos de la responsabilidad fiscal. La Corte Constitucional ha dicho que la responsabilidad fiscal tiene carácter resarcitorio, su fin consiste en reparar el patrimonio público

que ha sido menguado por servidores públicos o particulares que realizaron una gestión fiscal irregular (Sentencia SU-620/96, 1996), dicho de otra forma, su finalidad es *meramente indemnizatoria*. Esto la distingue de las responsabilidades penal y disciplinaria: se trata de una responsabilidad que, *en principio*, no tiene carácter sancionatorio. La responsabilidad fiscal no pretende castigar a quienes han causado un daño patrimonial al Estado, sino que busca resarcir o reparar dicho daño.

De conformidad con el artículo 5° de la Ley 610 de 2000, se tiene como elementos de la responsabilidad fiscal: - Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal; - Un daño patrimonial al Estado, y; Un nexos causal entre los dos elementos anteriores. Revisemos.

2.1.1.4.1 Daño patrimonial al Estado. Este es el elemento objetivo, dado que es menester acreditar en el proceso, tanto su existencia como su cuantificación. La norma lo define así:

Artículo 6°. Daño patrimonial al Estado. Para efectos de esta ley se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso-indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías.

Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa

produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público³ (Ley 610, 2000).

A este respecto, la Corte Constitucional ha manifestado que:

De acuerdo con la norma que se estudia, para que exista responsabilidad fiscal debe haber una “lesión del patrimonio público”, sin la cual no existe daño patrimonial al Estado. El legislador utiliza el concepto jurídico de “lesión” para precisar el concepto general de “daño” lo cual implica que debe tratarse de un *daño antijurídico* (Sentencia C-340/07, 2007).

La norma señala cual es el objeto sobre el que recae la lesión, a saber, los bienes o recursos públicos, o los intereses patrimoniales del Estado, que debe ser material, más no moral.

Se tiene además que “la definición abunda en sinónimos que tratan de ejemplificar en qué consiste la lesión, sin que en ningún momento se dé una descripción taxativa o cerrada del mismo.” (Bulla Romero, 2020, p. 439), en esa medida se resalta la cantidad de elementos definitorios del daño como categorías autónomas representativa en la lesión al patrimonio público, perdiendo sentido, hacer distinciones, por ejemplo, entre disminución, detrimento, deterioro, pérdida o perjuicio, asimilándose en todo caso como efecto del daño. En otras palabras, al definirse el daño patrimonial en diversas categorías, es posible analizar el daño desde cualquiera de ellas, en la que más se adapte al vocablo, sin que tenga relevancia el efecto de la categoría escogida.

Ahora, en cuanto a la indemnización plena en proceso de responsabilidad fiscal, es claro que comprende daño emergente y lucro cesante, la Corte Constitucional manifestó que *esa reparación debe enmendar integralmente los perjuicios que se hayan causado, esto es:*

³ Aparte subrayado, declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-840 de 2001, y Apartes tachados INEXEQUIBLES por la Corte Constitucional en sentencia C-340 de 2007.

incorporando el daño emergente, el lucro cesante y la indexación a que da lugar el deterioro del valor adquisitivo de la moneda (Sentencia C-840/01, 2001).

En el criterio de *imputación del daño antijurídico*, se deja claro que este se produce por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, e inoportuna.

Personas que pueden causarlo y conducta. Se puede causar directamente o contribuir a su causación tanto un servidor público como un particular –persona natural o jurídica de derecho privado- que ejerce gestión fiscal directa o que con ocasión a esta se genere el daño, la conducta es activa u omisiva con dolo o culpa grave.

Como *elementos del daño patrimonial* en responsabilidad fiscal, la Corte Constitucional indicó que:

Para la estimación del daño debe acudirse a las reglas generales aplicables en materia de responsabilidad, por lo tanto, entre otros factores que han de valorarse debe considerarse que aquél ha de ser cierto, especial, anormal y cuantificable con arreglo a su real magnitud. (Sentencia C-840/01, 2001).

En responsabilidad extracontractual, Ramos Acevedo, Jairo (2018, p.86) identifica como requisitos del daño resarcible que, *debe ser cierto, no debe haber sido reparado, debió atentar contra interés legítimo de una persona, y debe ser personal a quien lo reclama.* Álvarez Peña (2021, pp. 118-126), por su parte, identifica como *elementos* del daño, el daño emergente y lucro cesante, mientras que como *características*, la certeza, subsistencia, cuantificación y la antijuridicidad. Según otros autores (Rangel Galves, s.f., pp. 29-30), en coherencia con la cita de la Corte Constitucional (Sentencia C-840 de 2001, p. 18), aduce que el daño debe ser:

Cierto: esto se refiere a la realidad de su existencia, a la certidumbre sobre el mismo, debe estar probado, y no calculado con base en presunciones. Los daños inciertos no son indemnizables.

Anormal: Que, en principio, no sea producto del desgaste natural de los bienes.

Cuantificable: Se debe establecer en cifras concretas y en su real magnitud.

Al margen que se refiera a característica, elementos o requisitos, lo cierto es que de los tres antes descritos tienen especial importancia su certeza, dado que el daño de no ser cierto, sino hipotético, caería en la incertidumbre.

De otra parte, otro asunto clave del daño fiscal, es entender el hecho generador. Esto es, aquella conducta activa u omisiva la cual es fundamental para que se concrete el daño, y puede ser de ejecución instantánea, de tracto sucesivo, complejo o continuado. Aquí, cobra importancia para establecerlo, tanto la conducta, como el nexo de causalidad, lo cual puede o no ser concomitante frente al momento en que se concreta el daño.

En esa medida tenemos dos conceptos diferentes e identificables, tal como lo es, el hecho generador del daño, y de otra la materialización del daño. Dado que el primero entra en un causalismo, donde se examina las condiciones en que aparece el hecho lesivo, antes de que exista el daño *per se* en su dimensión material; en lo segundo, se trata de un consecuencialismo del hecho generador, es el efecto del hecho lesivo. En consecuencia, de acuerdo con el concepto jurídico No. CGR-OJ-0085 de 2016, “el hecho generador del daño es el incumplimiento de la obligación del sujeto obligado a la misma, y como se dijo debe entonces deslindarse el hecho que da lugar al daño, del daño mismo” (Contraloría General de la República, 2016, p. 5).

Para entenderlo mejor, el artículo 9º de la Ley 610 de 2000, al hablar de caducidad, refiere así: “La acción fiscal caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público...”. La norma en sí reseña tres tipos de hechos en cuanto a la existencia del daño y su consecuencia, a saber:

Los instantáneos; se aduce que el daño puede ocurrir desde el día de la realización de la conducta (y a partir de allí se computa la caducidad), esto es que tanto el hecho generador como el daño se puede dar en un mismo momento, es *ipso facto*. El hecho generador y el daño se da en la misma acción, como ocurre, por ejemplo, en la sustracción de los dineros por el tesorero.

Los hechos complejos; el daño existirá tiempo después del hecho generador inicial. Este es el más común en responsabilidad fiscal, y se da cuando con ocasión de irregularidades en planeación, bien por sobrecostos, no escogencia de la mejor propuesta, entre otras, el daño se materializa con los pagos efectuados al contratista en la ejecución o liquidación del contrato.

De tracto sucesivo o continuado; es un intermedio entre los dos anteriores, aquí, el daño es paulatino, y se puede ir dando de manera parcial, así, en el último hecho, se puede hacer la sumatoria del daño causado en el tiempo.

2.1.1.4.2 Conducta. Este es el elemento subjetivo de la responsabilidad fiscal, en la que se evalúa la actuación del gestor fiscal, la cual puede ser activa u omisiva. La Corte Constitucional, precisó a este respecto: “Dicha especie de responsabilidad es de carácter subjetivo, porque para deducirla es necesario determinar si el imputado obró con dolo o con culpa.” (Sentencia SU-620/96, 1996). En consecuencia, la conducta que interesa examinar a la hora de determinar la existencia o no de la responsabilidad fiscal, es aquella realizada por una persona natural o jurídica privada, a título de culpa grave o de dolo y que tenga el dominio de la gestión fiscal o tenga una conexidad próxima y necesaria con ella.

2.1.1.4.2.1 Culpa grave. Respecto a la culpa, esta ha de ser grave, acorde con la sentencia C-619 de 2002 de la Corte Constitucional, y con la modificación introducida en el artículo 118 de

la Ley 1474 de 2011. Siendo del caso precisar que ni la Ley 610 de 2000 o Ley 1474 de 2011, definen lo que se entiende por culpa grave en responsabilidad fiscal.

De acuerdo con la Corte Constitucional⁴ debe remitirse a lo establecido en la ley civil. Y allí, define en el artículo 73, la culpa grave como aquella que “consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo”. (Código Civil, 1873)

La Oficina Jurídica de la CGR en concepto jurídico No. CGR-OJ-0056 de 2017, a este respecto asimilando la responsabilidad fiscal con la patrimonial, manifestó que:

A su vez, teniendo en cuenta que la Corte ha fijado un alto grado de afinidad temática ante la acción de responsabilidad fiscal y la patrimonial en las Sentencias C-046 de 1994, T-973 de 1999 y C-205 de 2002, es pertinente recordar las definiciones que sobre estos conceptos trae la Ley 678 de 2001, teniendo en cuenta el vacío de la Ley 610 de 2000, en esta materia (Contraloría General de la República, 2017, p. 5).

Como se puede ver, existen dos interpretaciones de la culpa grave, por un lado, la civil –contractualista-, y de otra, la cimentada en acción patrimonial de repetición, y lo curioso es que no hay ninguna propia de responsabilidad fiscal, existiendo un vacío legal que resulta desafortunado, máxime que tampoco existen tipos fiscales objetivizados.

De otra parte, el Consejo de Estado, tomó partido por un enfoque contractualista, con matiz pública, refiriéndose a la culpa grave en responsabilidad fiscal manifestó:

La culpa grave o lata se encuentra definida en el artículo 63 del Código Civil en el sentido de que se incurre en ella cuando no se manejan los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios.

⁴ Ver sentencias C-619 de 2002, y C-046 de 1994.

Sobre el punto, la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido, tratándose de la responsabilidad fiscal, que la culpa grave se materializa cuando el gestor fiscal no maneja los negocios ajenos, entendidos como los públicos, con la suficiente diligencia con la que incluso las personas negligentes atenderían los propios (Consejo de Estado, 2018, p. 13).

El artículo 63 señala que, esta es la posición adecuada, por lo menos, es la que más se ajusta a la responsabilidad fiscal, dado que contractualmente, dolo y culpa grave se asimila (Código Civil, 1873), y ello no puede ser así en responsabilidad fiscal, pues son dos categorías disímiles, aunado que no toda responsabilidad puede generarse con la visión de un contrato, sino del cuidado en el manejo y administración del recurso público, ora por gestor fiscal directo o indirecto; y tampoco puede ser la patrimonial, dado que, esta responsabilidad tiene tres actores: Estado, víctima, y agente del Estado; Una causa: condena o conciliación en contra del Estado; No se requiere de manejo del recurso público por el agente infractor; Su fuente es muy amplia.

2.1.1.4.2.2 Dolo. Al igual que con la culpa grave, no existe ninguna definición en responsabilidad fiscal del dolo. La Oficina Jurídica de la CGR en concepto jurídico No. CGR-OJ-026 de 2017 a este respecto manifestó que:

Y para definir el dolo, ha enseñado la misma Corporación que por éste debe entenderse aquella conducta realizada por el autor con la intención de generar un daño a una persona o a su patrimonio. Así pues, dentro de los aspectos integrantes del dolo, nuestra doctrina ha mencionado que deben estar presentes dos aspectos fundamentales, uno de carácter intelectual o cognoscitivo y otro de naturaleza volitiva; o en palabras más elementales, para que una persona se le pueda imputar un hecho a título de dolo es necesario que sepa algo

y quiera algo; que es lo que debe saber y que debe querer (Contraloría General de la República, 2017).

2.1.1.4.2.3 Culpabilidad probada y presunta. En responsabilidad fiscal la culpabilidad es probada, quien tiene la carga de la prueba es la contraloría. En ese orden, al investigado o imputado, no le corresponde probar su inocencia, según el artículo 29 de la C.P., por tanto, se presume en esa actuación administrativa que la persona es inocente, y gravita en el investigador probar su culpabilidad mediante las pruebas legalmente obtenidas en el proceso, salvo como excepción la culpabilidad presunta.

De otra parte, la Ley 1474 de 2011, con respecto a la culpabilidad presunta del dolo y culpa grave contiene diversos escenarios, en los cuales quedando demostrado y expresamente señalados, le toca al investigado desvirtuarlos para exonerarse de responsabilidad fiscal. A modo de ejemplo, en el dolo, *cuando por los mismos hechos haya sido condenado penalmente o sancionado disciplinariamente por la comisión de un delito o una falta disciplinaria imputados a ese título*; y de culpa grave, *b) Cuando haya habido una omisión injustificada del deber de efectuar comparaciones de precios, ya sea mediante estudios o consultas de las condiciones del mercado o cotejo de los ofrecimientos recibidos.* (Artículo 118, Ley 1474, 2011)

2.1.1.4.3 Nexo de causalidad. El nexo de causalidad es un elemento autónomo del daño y de la conducta que no admite presunción como sí lo admite la culpa. “La causalidad como elemento, corresponde a la constatación objetiva de una relación natural de causa-efecto, mientras que la culpabilidad como fundamento, se refiere a la valoración subjetiva de una conducta”. (Patiño, 2011, pp. 372)

En palabras del doctor Bulla, se tiene que:

La doctrina ha reducido la explicación de nexo causal, como aquella relación de causa-efecto que debe existir entre la conducta y el daño que sea determinante y condicionante, de manera tal que el daño sea el resultado de una conducta activa u omisiva, a título de dolo o culpa grave...Para que se pueda afirmar que existe esa relación de causalidad, se debe presentar una condición sin la cual no podemos suprimir el acto volitivo del sujeto actor y la producción del resultado concreto (Bulla, 2020, p. 432).

2.1.1.5 Proceso de responsabilidad fiscal. El Proceso de Responsabilidad Fiscal es un proceso administrativo reglado básicamente en la Ley 610 de 2000 y Ley 1474 de 2011. No obstante, en el artículo 66 de tal norma hace una remisión al Código Contencioso Administrativo (hoy CPACA, en su primer libro), el Código de Procedimiento Civil (Hoy Código General del Proceso, CGP), y el Código de Procedimiento Penal, en cuanto sean compatibles con la naturaleza del proceso de responsabilidad fiscal.

Si bien está la remisión, ello en no pocas ocasiones genera dificultades dado que debe entenderse en lo que fuere aplicable, atendiendo su naturaleza resarcitoria e inquisitiva.

El objeto del PRF, es *el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal.* (Artículo 4, Ley 610, 2000).

Y con una conducta generadora de daño patrimonial, puede derivarse simultáneamente responsabilidad tanto fiscal, penal y disciplinaria, sin que se afecte *non bis in ídem* (Párr. 1º artículo 4, Ley 610, 2000). Ahora bien, cuando en el interregno de la investigación penal, se establece a un

servidor público una condena, y el correlativo deber de pagar por el daño causado, esto es en un enfoque punitivo, más no resarcitorio, y no en el marco de un Proceso de Responsabilidad Fiscal.

El titular para adelantar este proceso son las contralorías. Frente al sujeto pasivo de la acción fiscal, como ya se mencionó en el acápite respectivo, se requiere de un sujeto calificado, esto es, ser gestor fiscal, sea directo o indirecto. Nunca será vinculado a este proceso una persona jurídica de derecho público, dado que, al ser resarcitorio, respondería con el patrimonio público, sin perjuicio que sea vinculada al proceso, si hay lugar al funcionario público (Auditoría General de la República, 2013, pp. 22-25). Como entidad afectada, lo será la entidad pública auditada o la afectada con el daño patrimonial.

2.1.1.5.1 Proceso Ordinario. El proceso ordinario, es básicamente un proceso escritural, con unas etapas definidas. Es un proceso lógico y secuencial, más no con etapas preclusivas, salvo lo referente a ciertos términos procesales de la Ley 610 de 2000, tales como: presentación de descargos en el artículo 50; término para fallar en el artículo 52; término para presentar recursos contra el fallo en el artículo 56.2; término para decidir la segunda instancia en el artículo 57; término para decidir en consulta, so pena de la aplicación del silencio administrativo positivo en el artículo 18; y de la Ley 1474 de 2011, decreto y práctica de pruebas posteriores a descargos en el artículo 108; y resolución de solicitudes de nulidad en el artículo 109.

Así, las grandes actuaciones y/o etapas del proceso de manera esquemática y en un trámite normal son: auto de apertura (en la que se puede decretar pruebas), notificación de la apertura, citación a versión libre al presunto responsable, diligencia de versión libre y espontánea, decreto de pruebas, práctica de pruebas inmediatamente después de la notificación y de las que se decretaron luego de la versión libre, auto de imputación, notificación de la imputación, descargos

a la imputación, decreto y práctica de pruebas, fallo, notificación del fallo, presentación de recursos –dependiendo de la instancia-, decisión de los recursos.

A continuación, se hará referencia a las dos grandes actuaciones en el proceso ordinario, y los requisitos para proferirlos.

Auto de apertura, en los artículos 40 y 41 de la Ley 610 de 2000, se regulan los requisitos para proferir apertura del PRF, de lo cual, son de contenido y de forma, dado que, de faltar, aspectos como certeza sobre la ocurrencia del hecho, la causación del daño patrimonial con ocasión de su acaecimiento, la entidad afectada y la determinación de los presuntos responsables, lo propio sería iniciar una indagación preliminar.

En cuanto al contenido, es básicamente tener establecida la existencia del daño patrimonial y los indicios de sus autores. En cuanto a la forma: la competencia –según el origen del recurso nacional o territorial-; fundamentos de hecho –es el supuesto fáctico-; y de derecho –son las normas vulneradas por los vinculados, bien especial o general-; identificación de la entidad afectada; identificación de los presuntos responsables; el daño y su cuantía, según lo explicado de manera precedente a este respecto; decreto de medidas cautelares; y la orden de notificación.

Una vez proferido este auto, inicia formalmente el proceso, activándose los mecanismos de defensa de los vinculados, especialmente el de ser escuchado en versión libre y espontánea, se interrumpe la caducidad de la acción fiscal, y comienza el cómputo de prescripción del proceso.

Auto de imputación, en el artículo 48 de la Ley 610 de 2000, hace referencia al auto de imputación de responsabilidad fiscal cuando “*esté demostrado objetivamente el daño o detrimento al patrimonio económico del Estado y existan testimonios que ofrezcan serios motivos de credibilidad, indicios graves, documentos, peritación o cualquier medio probatorio que comprometa la responsabilidad fiscal de los implicados*”.

Existen requisitos de fondo y forma. De lo primero, básicamente dos situaciones: 1. Frente al daño, que esté demostrado objetivamente; y 2. Frente a los vinculados, que exista medio probatorio, que comprometa la responsabilidad fiscal, por la que se les imputa cargos. De lo segundo, *acreditación de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal* de los gestores fiscales vinculados, que son el daño, la conducta y el nexo causal. Del daño, se debe determinar la cuantía. En la culpabilidad, si la conducta es a título de culpa grave o dolo, presunta o probada. Y frente al garante, identificar la póliza y el valor asegurado, indicando por qué se afecta la misma.

En este auto también debe determinarse la instancia del proceso, si es de única o de doble instancia, que depende de la cuantía del daño patrimonial a imputar⁵, será de única instancia, “si es igual o inferior a la menor cuantía para contratación de la respectiva entidad afectada con los hechos y será de doble instancia cuando supere la suma señalada ” (artículo 110, Ley 1474, 2011). Así, una vez definido que es un proceso de única instancia, sólo procedería recurso de reposición, salvo que la norma contemple otro efecto, como es el caso de la decisión de nulidad sólo en procesos ordinarios, al margen de la etapa procesal, sobre la cual únicamente procede apelación (artículo 109, Ley 1474, 2011). Una situación inexplicable que un proceso de doble mute a única instancia, y que la recurribilidad de las pruebas proceda apelación.

No estamos de acuerdo por ningún motivo con la única instancia luego de la imputación, pues cercena la revisión del superior, máxime por los efectos del fallo con responsabilidad fiscal.

2.1.1.5.2 Proceso verbal. Este tipo de procesos se implementó con la Ley 1474 de 2011, para dar celeridad a los trámites del PRF, mediante la oralidad, y evitar la prescripción del proceso,

⁵ Por tanto, es imprescindible contar con el certificado de menor cuantía de la entidad. Y si a esta no le aplica el estatuto de contratación pública, aplica la menor cuantía, según sus manuales de contratación.

donde básicamente lo simplificó, al unificar el auto de apertura y de imputación, en un solo auto, y crear dos tipos de audiencias, esto es, la de descargos y la de decisión. Revisemos.

Auto de apertura e imputación, la Ley 1474 de 2011, referenció en el artículo 97 que se tramitará por el procedimiento verbal cuando se determine que están dados los elementos para proferir auto de apertura e imputación. Así entonces ha de cumplirse los requisitos de los artículos 40, 41 y 48 de la Ley 610 de 2000 ya vistos, lo único adicional, es lo relacionado a que se debe señalar el lugar, día y hora para realizar la audiencia de descargos. En el artículo 98 señala que el trámite se desarrollará en dos audiencias públicas, la primera denominada de Descargos y la segunda de Decisión (Ley 1474, 2011).

Audiencia de descargos, en esta audiencia, según el artículo 99 de la Ley 1474 de 2011, se evacuarán diversas etapas desde su instalación, entre otras de, reconocimiento de personería a los abogados o designación de alguno de oficio sino comparece el presunto responsable, escuchar en versión libre, vinculación del garante, si no se hizo previamente, hasta el decreto y práctica de pruebas. En efecto, las partes tienen la facultad de controvertir las pruebas incorporadas al proceso en el auto de apertura e imputación, las decretadas en la Audiencia de Descargos y practicadas dentro o fuera de la misma, de acuerdo con lo previsto en el artículo 100 de la Ley 1474 de 2011.

Practicadas las pruebas, sea en audiencia, o por fuera de esta, se debe fijar fecha para audiencia de decisión, mediante auto u oralmente, según el caso.

Audiencia de decisión, en el artículo 101 de la Ley 1474 de 2011, refiere en esta etapa básicamente que se escucharán los alegatos de conclusión sobre los hechos que fueron objeto de imputación, y luego se dictará el fallo fiscal de manera motivada, según corresponda (si es con o sin responsabilidad fiscal), o en su defecto suspender la audiencia por 20 días para dictarlo. En

dicha audiencia una vez proferido el fallo, se interpondrán los recursos que fueren procedentes, y se sustentará por escrito dentro de los 10 días siguientes.

No cambia nada con respecto a lo que enseña el artículo 53 de la Ley 610 de 2000, sobre el fallo con responsabilidad fiscal, y al que haremos mención posteriormente.

2.1.1.5.3 Notificaciones. En la Ley 1474 de 2011, se estableció un sistema de notificaciones dependiendo del tipo de proceso, esto es, si era verbal u ordinario. Así entonces, frente a este último se en el artículo 106 que únicamente deberán notificarse personalmente las siguientes providencias: *“el auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, el auto de imputación de responsabilidad fiscal y el fallo de primera o única instancia (...) Las demás decisiones que se profieran dentro del proceso serán notificadas por estado.”* (Ley 1474, 2011)

Sólo se notifica de manera personal y/o por aviso según las reglas previstas para las actuaciones administrativas de la Ley 1437 de 2011. Frente al resto de providencias, por estado, incluyendo el grado de consulta, que como se verá en ciertos casos resultan lesivos.

Cuando se trate del proceso verbal, la mecánica de notificación, el artículo 104 de la Ley 1474 de 2011 regula que se notifica de manera personal el auto de apertura e imputación y el auto que resuelve recursos (en la medida que la oralidad culmina con el fallo de primera o única instancia); en estrado, las que se adopten inmediatamente se pronuncie en audiencia, se encuentren o no los vinculados o sus apoderados (caso en el que justifique la ausencia por fuerza mayor o caso fortuito dentro de los dos (2) días siguientes a la fecha en que se profirió la decisión); por estado, las que se hagan por fuera de audiencia.

Se avala la conducta concluyente para sanear notificaciones irregulares. El artículo 112 ídem, referenció que las citaciones para notificar una decisión deben hacerse de manera oportuna

La primera notificación al garante sea en el auto de apertura, apertura e imputación o en auto de vinculación de garante posterior a la apertura, se realiza con una simple comunicación en cualquiera de los dos trámites, estando desprendido de cualquier otra formalidad.

2.1.1.5.4 De las pruebas en el proceso de responsabilidad fiscal. La Ley 610 de 2000 en los artículos 22 y siguientes, refieren la importancia de la prueba para declarar la responsabilidad fiscal. Por lo que es válido cualquier medio probatorio para demostrar el daño patrimonial al Estado, con el cumplimiento de los requisitos legales y que no se vulnere ningún derecho fundamental en su obtención en el proceso. En esa medida, el funcionario de la contraloría debe asegurar que los elementos de prueba no sean alterados.

Es menester acudir en el régimen probatorio al CGP, que según artículo 165 son básicamente, declaración de parte, confesión, juramento, testimonio de terceros, dictamen pericial, inspección judicial, documentos, indicios y los informes, así como cualquier otro medio útil.

De cada uno de estos medios de prueba, por no ser objeto de este trabajo, no haremos referencia, más allá de señalar, que, por excelencia en responsabilidad fiscal, son los documentos y la prueba técnica (en particular informe técnico), efectuada en ejercicio auditor o en el proceso.

Con relación a los documentos, según el artículo 244 del CGP, existe presunción de autenticidad, lo cual aplica al PRF. Así entonces, está revestido de informalidad la prueba documental, por tal presunción, y que, de hecho, normalmente se aporta por la entidad auditada, y quien lo desconozca por algún motivo, debe hacerlo bien a través de tacha de falsedad o de desconocimiento que se regula en el CGP, y cuyo trámite ha de adecuarse al PRF.

Frente al dictamen pericial, como prueba técnica, se debe señalar que las disposiciones que lo regulan, bien sea del CPACA o del CGP, por ser procesos de parte, su contradicción es compleja

de ser adecuado al de responsabilidad fiscal al chocar con su naturaleza, por tanto, usualmente se acude al informe técnico, como prueba técnica por excelencia, sin que se entienda que no sea posible un dictamen pericial que sea aportado por los implicados o que sea decretado por el investigador. De hecho, la única prueba autónoma que se encuentra regulada en este proceso especial es el informe técnico en el artículo 117 de la Ley 1474 de 2011.

En cuanto a la exposición libre y voluntaria, de su regulación se desprende que NO puede tenerse como una prueba, en efecto, NO se asimila a declaración de parte, por lo que está exenta de juramento, dado que es una garantía del derecho a la defensa, sin la cual, no es posible avanzar con una eventual imputación (Ley 610, 2000), sin que ello implique imposibilidad de aceptación, que sí es válido. Tan es así, que el artículo 43 ídem enseña que, *si el presunto responsable no comparece a rendirla, y carece de un apoderado de confianza, se le debe designar apoderado de oficio* (Ley 610, 2000), so pena de imposibilidad de proferir auto de imputación.

Finalmente, frente a las oportunidades probatorias que regula el CGP (artículo 173), en responsabilidad fiscal, ello no aplica con tal rasero. Y si bien se regulan algunos términos procesales, se explica en función de dinamizar el proceso y su definición en plazo razonable.

Por tanto, el presunto responsable desde la misma notificación de la apertura, en procesos ordinarios, puede presentar argumentos de defensa, en los que puede aportar y solicitar pruebas, igual en la versión libre; y el investigador, está en el deber, de revisar tales solicitudes y pronunciarse de manera expresa. Luego de negadas y en firme tal decisión o practicadas las pruebas decretadas, si se estima imputar responsabilidad fiscal, en el traslado de imputación, puede igualmente pedir o aportar pruebas, lo relevante es que se realice antes de que se profiera el fallo.

En procesos verbales, tales oportunidades se dan en la audiencia de descargos de manera exclusiva como lo enseña el artículo 100.e de la Ley 1474 de 2011, sin perjuicio que en la audiencia

de decisión en la etapa de alegatos conclusivos se podrían aportar pruebas, para que sean incorporadas al proceso.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta la preclusividad para la práctica de las pruebas decretadas una vez notificada la providencia que la decretó, regulado en el artículo 107 de la Ley 1474 de 2011, que en PRF ordinario el plazo es de dos años en PRF verbal es de un año, so pena, que *carezca de valor* si se practica por fuera de tal interregno de tiempo.

La Auditoría General de la República (2013) y la CGR, entiende que con tal norma se amplió plazo probatorio, posición en acción de cumplimiento que respaldó el Consejo en sentencia del 27 de julio de 2017, a saber:

vi) En este orden, la Sala considera que el artículo 107 de la Ley 1474 de 2011 subrogó el artículo 45 de la Ley 610 de 2000, y amplió a dos (2) años el plazo para practicar pruebas en la investigación, término que se cuenta a partir de la notificación del auto de apertura de investigación que contiene el decreto de pruebas, al cabo del cual, el funcionario de control fiscal con base en las pruebas recaudadas, debe decidir si formula imputación o dispone el archivo de la actuación (Consejo de Estado, 2017).

Según lo allí expuesto, luego de la notificación de la apertura del PRF, se tiene dos años para definir si se archiva o imputa responsabilidad fiscal, y si se toma esta última decisión, se tiene otros dos años, luego de la notificación del auto que decreta pruebas, posterior al traslado de la imputación para fallar. En procesos verbales el término es de un año.

No obstante, consideramos que una cosa es la pérdida de tal efecto valorativo de pruebas, y otra es el plazo preclusivo estrictamente procesal para definir etapa subsiguiente, dado que la norma no contempla la última consecuencia, por lo que nos apartamos de tal criterio, siendo lo

relevante que las pruebas no practicadas en tal interregno quedan sin efectos, y en todo caso, se respete el término de cinco años para decidir, contados desde la apertura.

Los funcionarios investigadores tienen facultades de policía judicial, así lo establece tanto la Ley 610 de 2000 (artículo 10), la Ley 1474 de 2011 (artículos 114 y 115), Decreto 403 de 2020 (artículos 101 al 103).

2.1.1.5.5 De las nulidades procesales. El principio de taxatividad de las nulidades procesales aplica en el proceso de responsabilidad fiscal. A este respecto, la Ley 610 de 2000 señala:

Artículo 36. Causales de nulidad. Son causales de nulidad en el proceso de responsabilidad fiscal la falta de competencia del funcionario para conocer y fallar; la violación del derecho de defensa del implicado; o la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso. La nulidad será decretada por el funcionario de conocimiento del proceso (Ley 610, 2000).

Así entonces es claro que, sólo existen tres causales de nulidad en el artículo 36, esto es: *Falta de competencia del funcionario para conocer y fallar; Violación del derecho de defensa del implicado; y La comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso.* Causales que debe el interesado señalarlas y exponer las razones que la sustenten, y sobre el funcionario investigador, versa la obligación que una vez detectadas, debe decretarla y ordenar reponer la actuación viciada en cualquier etapa del proceso, pero *las pruebas practicadas legalmente conservan su validez* (artículo 37, Ley 610, 2000).

En cuanto a los recursos, en el artículo 109 de la decisión que resuelve nulidad, en procesos ordinarios, sólo procede apelación, al margen de la instancia (Ley 1474, 2011), y en procesos verbales, depende de la instancia, si procede reposición, o reposición y en subsidio de apelación.

2.1.1.5.6 De las causales de terminación anticipada del proceso de responsabilidad fiscal.

La terminación normal del PRF, es con el fallo, sea con o sin responsabilidad fiscal. Empero, la regulación especial reseña de algunas causales de terminación anticipada del PRF, entendiendo por tal, las que se profiere antes del fallo, dependiendo de la causal alegada y la etapa en que se encuentre el proceso, sin que sean excluyentes, pero en cierto modo repetitivas y complementarias, a saber: *cesación de la acción fiscal, archivo, y terminación anticipada de la acción fiscal.*

Con relación a la cesación de la acción fiscal, el artículo 16 estableció que:

En cualquier estado de la indagación preliminar o del proceso de responsabilidad fiscal, procederá el archivo del expediente cuando se establezca que la acción fiscal no podía iniciarse o proseguirse por haber operado la caducidad o la prescripción, cuando se demuestre que el hecho no existió o que no es constitutivo de daño patrimonial al Estado o no comporta el ejercicio de gestión fiscal, o se acredite la operancia de una causal eximente de responsabilidad fiscal o aparezca demostrado que el daño investigado ha sido resarcido totalmente (Ley 610, 2000).

Prevé además el artículo 47 ídem, frente al archivo lo siguiente:

(...) cuando se pruebe que el hecho no existió, que no es constitutivo de detrimento patrimonial o no comporta el ejercicio de gestión fiscal, se acredite el resarcimiento pleno del perjuicio o la operancia de una causal excluyente de responsabilidad o se demuestre

que la acción no podía iniciarse o proseguirse por haber operado la caducidad o la prescripción de esta (Ley 610, 2000).

Por su parte, en el artículo 111 estableció la procedencia de la terminación anticipada de la acción fiscal así:

(...) cuando se acredite el pago del valor del detrimento patrimonial que está siendo investigado o por el cual se ha formulado imputación o cuando se haya hecho el reintegro de los bienes objeto de la pérdida investigada o imputada (Ley 1474, 2011).

En tal punto debe hacerse una precisión conceptual, dado que, si bien se contempló que el resarcimiento del daño era el único motivo para terminar la acción fiscal, tal causal no es la única justificación para la cesación, ni subrogó o derogó el artículo 16 de la Ley 610 de 2000, en dejar sólo dos causales para cesar la acción fiscal⁶. De otra parte, si bien las causales contempladas en los artículos 16 y 47 de la Ley 610 de 2000, son idénticas, la única diferencia es la etapa procesal. Sólo se define el archivo, en el marco de un PRF luego de la apertura a la luz del artículo 46 de la Ley 610 de 2000, cuando no hay elementos para imputar; mientras que la cesación de la acción fiscal procede en cualquier estado del trámite.

Así, las causales de cesación de la acción prevista en el artículo 16 de la Ley 610 del 2000 y las del archivo contempladas en el artículo 47 *ibidem*, deben entenderse integradas a las establecidas en el artículo 111 de la Ley 1474 de 2011. Sería contrario al principio de economía abstenerse de cesar la acción fiscal, estando determinado la ocurrencia de la prescripción o caducidad. No se puede pensar que el fallo es el único escenario para valorar estas situaciones, dado que, por su esencia, sólo se debería revisar si desvirtuaron las imputaciones efectuadas, siendo innecesario que sigan vinculados hasta el final de la investigación.

⁶ La Auditoría General de la República (2013, pp. 77-78), refiere precisamente que existe derogatoria.

2.1.1.5.7 Grado de consulta. Como ya se ha hecho referencia de esta etapa, el artículo 18, enseña que procederá la consulta cuando se dicte auto de archivo, “cuando el fallo sea sin responsabilidad fiscal o cuando el fallo sea con responsabilidad fiscal y el responsabilizado hubiere estado representado por un apoderado de oficio” (Ley 610, 2000).

Un asunto que no puede obviarse es que el grado de consulta puede ser lesivo con una práctica inadecuada de las contralorías cuando la causal es por fallo sin responsabilidad fiscal, dado que nada impide que el superior la revoque y sorpresivamente falle con responsabilidad fiscal al vinculado. Situación que en nuestro sentir es inadecuada, dado que cercena garantías procesales como el derecho de defensa de quien ya contaba con una providencia favorable, y a la doble conformidad -máxime en procesos de doble instancia-, para que en *todo* caso el vinculado tenga la oportunidad de controvertir probatoriamente tales argumentos, y de interponer recursos, dependiendo de la instancia, en contra de la decisión que le declara responsable, aunado que tal providencia ni siquiera le es notificada de manera personal, sino por estado.

No hay solución legislativa a esta problemática, debe ser anulada por ser nefasta o preverse la doble conformidad y la notificación personal, por los efectos de la declaratoria de responsabilidad fiscal.

2.1.1.5.8 Vinculación del garante. En un proceso de responsabilidad fiscal son sujetos pasivos los gestores fiscales, pero no son los únicos vinculados a tal trámite. Recuérdese que la naturaleza es resarcitoria, y no se pregona exclusivamente de ellos, sino también de las aseguradoras, que obran como garantes en responder por el daño patrimonial causado por aquellos,

en virtud de una póliza de seguro, y así han de ser vistos y vinculados, para efectos que el fallo, y el resarcimiento del daño no sea ilusorio.

En otras palabras, las aseguradoras no obran como implicados, dado que no son responsables directos, sino que, debido a la póliza que expidieron, son garantes de la eventual condena a reparar por el daño patrimonial causado por el gestor fiscal a la entidad pública afectada. Razón suficiente para entender que no podrán ser escuchados en versión libre, y que su vinculación al proceso se hace es debido a la póliza, por la cual, debe estar claramente determinada desde la vinculación hasta el fallo, el tomador, entidad beneficiaria, su objeto, vigencias, cobertura y valor, así como los elementos o características que permitan referenciar la adecuada vinculación del garante. En lo demás gozan de las mismas garantías defensivas, como lo enseña el artículo 44 de la Ley 610 de 2000.

La Oficina Jurídica de la CGR en concepto jurídico No. CGR-OJ-0085 de 2016, trae un análisis importante frente a los garantes, a saber:

Cabe precisar que cuando se constituye una póliza que puede ser para amparar un contrato estatal, se resguarda el patrimonio público del daño que puede crear el cumplimiento tardío o defectuoso o el incumplimiento definitivo de las obligaciones de un contratista; o amparar las actividades culposas o dolosas en que incurran funcionarios públicos y que generen perjuicios al Estado. Se protegen con ella, entonces, los intereses de la colectividad, superiores al simple interés de los particulares, gozando la garantía de un régimen jurídico especial, diverso del aplicable a las relaciones jurídicas privadas. Es importante indicar que son diferentes la relación existente entre las partes del contrato de seguros propiamente dicho y la relación existente entre las contralorías y las aseguradoras (Contraloría General de la República, 2016).

2.1.1.5.9. Garantías de defensa. Ha de tenerse claro que en el PRF no se garantiza defensa técnica, más allá de ser *escuchado*, por lo que le toca al implicado ejercerla de manera directa o a través de su apoderado de confianza, salvo en tres situaciones, en las que se designa apoderado de oficio, esto es, *si el implicado no puede ser localizado, o citado no comparece a rendir la versión, y si el auto de imputación no se hubiere podido notificar personalmente y el implicado no esté representados por apoderado* (artículos 42, 43 y 49 de la Ley 610 de 2000), teniendo en cuenta además, que el apoderado de oficio, no exige sea abogado, sino estudiante de derecho de consultorio jurídico de facultades de derecho, sin atender la cuantía (artículo 64 de la Ley 2195 de 2022⁷). Situaciones que nos parecen insuficientes como garantías defensivas.

2.1.1.5.10 Fallo fiscal. El fallo es el resultado del Proceso de Responsabilidad Fiscal, y se profiere una vez se ha agotado lo referente a la práctica de pruebas posteriores a la imputación. Es lo que concluye el procedimiento administrativo (quedando pendiente los recursos). Se profiere bien un fallo con o sin responsabilidad fiscal, e incluso, de existir dos o más gestores fiscales, existe la posibilidad de un fallo mixto, esto con responsabilidad para unos y sin responsabilidad para otros, lo único es que frente a estos últimos se tendría que ir en consulta el expediente.

Indica el artículo 52 de la Ley 610 de 2000, que, en el proceso ordinario, ha de dictarse el respectivo fallo, una vez se ha vencido el traslado y practicado las pruebas decretadas, posterior a la imputación. Y en proceso verbal, en la audiencia de decisión o a más tardar, dentro de los 20 días siguientes a las alegaciones. Revisemos, las dos figuras.

⁷ El artículo 9.11 de la Ley 2113 de 2021, que fue modificado, originalmente exceptuaba de la designación de tales estudiantes como apoderados de oficio, cuando se tratase de *funcionarios de elección popular, dirección, confianza y manejo*, no obstante, tal excepción sí está vigente en procesos disciplinarios.

2.1.1.5.10.1 Fallo con responsabilidad fiscal. Tanto para el proceso verbal como para el ordinario, se debe observar en la Ley, que regula lo siguiente:

Artículo 53. Fallo Con Responsabilidad Fiscal. El funcionario competente proferirá fallo con responsabilidad fiscal al presunto responsable fiscal cuando en el proceso obre prueba que conduzca a la certeza de la existencia del daño al patrimonio público y de su cuantificación, de la individualización y actuación cuando menos con culpa leve⁸ del gestor fiscal y de la relación de causalidad entre el comportamiento del agente y el daño ocasionado al erario, y como consecuencia se establezca la obligación de pagar una suma líquida de dinero a cargo del responsable. Los fallos con responsabilidad deberán determinar en forma precisa la cuantía del daño causado, actualizándolo a valor presente al momento de la decisión, según los índices de precios al consumidor certificados por el DANE para los períodos correspondientes (Ley 610, 2000).

Así las cosas, para proferir un fallo con responsabilidad fiscal, se debe: 1. Tener certeza de la existencia del daño patrimonial y su cuantía; 2. Individualización del gestor fiscal, y determinar si obró con culpa grave (presunta o probada) o dolo (presunto o probado) en la acusación del daño; 3. Determinar la relación de causalidad entre los dos elementos anteriores; y 4. Indexar el detrimento patrimonial a la fecha del fallo. Los tres primeros puntos, hacen referencia indudablemente a los elementos de la responsabilidad fiscal ya estudiados en acápite anteriores, mientras que el último refiere a una situación aritmética bajo la fórmula de la indexación, siendo la actualización del dinero.

⁸ Aparte tachado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-619 de 2002, bajo el entendido que el grado de culpa que se exige es de culpa grave, más no leve.

No se puede pregonar irregularidad si la cuantía del daño en el fallo baja o se incrementa con respecto a la imputación, dado que la norma establece el grado de conocimiento sólo del daño y permite que, del ejercicio probatorio, al existir certeza, la cuantía del daño pase a un segundo plano. Con relación a la culpa, ya se decantó que, en la imputación, es donde se debe establecer si el gestor fiscal obró con culpa grave o dolo, presunto o probado, por lo que, en el fallo, se debe reafirmar tal situación, sino se logra desvirtuar la presunción y/o las imputaciones. El nexo causal, es la relación entre estos dos elementos, del que ya se analizó. Para indexar, la fecha del hecho generador del daño se tomará como IPC inicial, y como IPC final, la fecha del fallo, el capital a actualizar lo será el daño cierto y cuantificado.

Es en el fallo con responsabilidad fiscal donde se determina frente a la póliza, del valor del daño patrimonial que se afecta el amparo en la respectiva póliza, deducibles y demás.

2.1.1.5.10.2 Fallo sin responsabilidad fiscal. Si de los elementos que obran en el proceso *Se desvirtúen las imputaciones formuladas o no exista prueba que conduzca a la certeza de uno o varios de los elementos que estructuran la responsabilidad fiscal.* (Artículo 54, Ley 610, 2000).

2.1.1.5.10.3 Recursos. Una vez notificado el fallo a los vinculados, dependiendo si es única o doble instancia, proceden los recursos de reposición (exclusivamente en el de única), y de reposición y de apelación, este último de manera directa o en subsidio de aquel (en procesos de doble), los cuales deben interponerse y sustentarse, si es ordinario, dentro de los cinco días, siguientes a la notificación de la providencia; y si es verbal, el afectado o sujeto procesal con interés debe manifestar en audiencia de decisión que lo interpondrá, caso en el cual, tiene hasta diez días hábiles siguientes a la audiencia para sustentarlo por escrito.

2.1.1.5.10.4 Segunda instancia. Interpuesto el recurso de apelación contra el fallo con responsabilidad fiscal, se debe remitir el proceso a segunda instancia. En procesos ordinarios, el artículo 57 de la Ley 610 de 2000, enseña que deberá resolverse en 20 días hábiles a la recepción. En procesos verbales, según el artículo 102 de la Ley 1474 de 2011, ha de resolverse dentro de los dos meses siguientes a la recepción. La notificación de la decisión, en procesos ordinarios, es por estado, mientras que, en los verbales, es personalmente. No se explica tal diferenciación.

Con la decisión de segunda instancia, si se confirma el fallo con responsabilidad fiscal, se tiene agotado los recursos administrativos, como requisito de procedibilidad para demandar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo el fallo con responsabilidad fiscal, y dependiendo de la cuantía ante el Juez o Tribunal Administrativo.

2.1.1.6 La firmeza del fallo con responsabilidad fiscal y sus efectos. La firmeza del fallo con responsabilidad fiscal está relacionada tanto con su ejecutoriedad como con su ejecutabilidad. Entendiendo por lo primero, que la decisión está en firme, es decir, en principio, no puede ser modificada o revocada. Lo anterior, no obsta, para que, siendo decisiones administrativas, al fin y al cabo, puedan ser aclaradas o corregidas, pero sólo frente a yerros de digitación, aritméticos o cuestiones oscuras, pero la decisión se mantiene, sin revivir términos, aunque tampoco es menos cierto que podría ser susceptible de revocatoria directa, acorde con los requisitos del CPACA (artículo 93 y S.s.).

De acuerdo con el artículo 56, el fallo fiscal queda en firme cuando:

1. Contra ellas no procedan ningún recurso.

2. Cinco (5) días hábiles después de la última notificación, cuando no se interpongan recursos o se renuncie expresamente a ellos.

3. Cuando los recursos interpuestos se hayan decidido (Ley 610, 2000).

En cuanto a la ejecutabilidad, hace referencia a los efectos del fallo una vez está en firme, y tiene básicamente las consecuencias de prestar mérito ejecutivo, y de registro en los boletines respectivos que genera inhabilidades. Revisemos.

2.1.1.6.1 Presta mérito ejecutivo El fallo fiscal, presta mérito ejecutivo al ser un título ejecutivo complejo, por la suma en que se declaró la responsabilidad fiscal, frente a los gestores fiscales y los garantes en la póliza vinculada al fallo, para lo cual, será la misma contraloría que profirió el fallo en la dependencia del caso quien debe adelantar el respectivo Proceso de Cobro Coactivo, a la luz del artículo 58 de la Ley 610 de 2000, y en concordancia con el artículo 98 de la Ley 1437 de 2011. Con el auto que libra mandamiento de pago, inicia el Proceso de Cobro Coactivo.

2.1.1.6.2 Registro en el boletín de responsables fiscales que lleva la Contraloría General de la República y de responsable disciplinario que lleva la Procuraduría General de la Nación. Lo cual conlleva a Inhabilidad para acceder, y, sobreviniente, de ejercer cargos públicos y ser contratista del Estado. El Departamento Administrativo de la Función Pública, en concepto No. 546571, señaló con respecto a las inhabilidades que:

(...) son restricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas, ello quiere decir, que tienen un carácter prohibitivo, y, por consiguiente, estas son taxativas, es decir, están expresamente

consagradas en la Constitución o en la Ley y su interpretación es restrictiva, razón por la cual no procede la aplicación analógica ni extensiva de las mismas (Departamento Administrativo de la Función Pública, 2020).

En sentencia C-146 de 2021, la corte constitucional refiere tres grupos de inhabilidades, a saber: “(i) inhabilidad sanción, (ii) inhabilidad requisito y (iii) inhabilidad consecuencial”. Dijo la Corte:

El primer grupo corresponde a la consecuencia establecida por el legislador en los casos en que la persona resulta condenada en procesos de responsabilidad política, penal, disciplinaria, contravencional o correccional, es decir, cuando el Estado ha ejercido respecto de ella el ius puniendi en cualquiera de sus formas.

El segundo corresponde a la consecuencia establecida por el legislador respecto de determinados hechos o actos jurídicos que implican atentado o transgresión a valores, principios o derechos amparados por el constituyente, sin que la imposición de la medida requiera de un juicio punitivo previo.

Las inhabilidades del tercer grupo se derivan de supuestos de hecho, tales como la acumulación de sanciones, de declaratorias de incumplimiento de contratos o la inclusión en el boletín de responsables fiscales (Sentencia C-146/21, 2021).

Aunque debatible, es claro que la inhabilidad derivada de un fallo con responsabilidad fiscal no es sanción, sino consecuencial.

El Código General Disciplinario, frente a inhabilidad sobreviniente, enseña:

Artículo 41. Inhabilidades Sobrevinientes. Las inhabilidades sobrevinientes se presentan cuando al quedar en firme la sanción de destitución e inhabilidad general o la de suspensión e inhabilidad especial o cuando se presente el hecho que las generan el sujeto disciplinable

sancionado se encuentra ejerciendo cargo o función pública diferente de aquel o aquella en cuyo ejercicio cometió la falta objeto de la sanción. En tal caso, se le comunicará al actual nominador para que proceda en forma inmediata a hacer efectivas sus consecuencias (Ley 1952, 2019).

En concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, se indicó al respecto:

No sobra recordar que la finalidad de las inhabilidades “no es otra que la de preservar la pulcritud de la administración pública, garantizar que los servidores públicos sean ciudadanos de comportamiento ejemplar y evitar que sus intereses personales se involucren en el manejo de los asuntos comunitarios, comprometiendo la imparcialidad, moralidad, igualdad y eficiencia de la Administración.”

Lo anterior, lleva a la Sala a concluir que cuando la inhabilidad sobreviniente fue originada por una conducta dolosa o culposa, se debe generar el retiro inmediato, puesto que no es posible poner fin a la situación inhabilitante ya presentada, razón por la cual la falta que se produce es absoluta y no temporal (Consejo de Estado, 2012).

Si bien la Ley, en el inciso 3° del artículo 60, señaló que “*deberán abstenerse de nombrar, dar posesión o celebrar cualquier tipo de contrato con quienes aparezcan en el boletín de responsables*” (Ley 610, 2000), no reguló este tema de inhabilidad sobreviniente y el deber de informar a la Procuraduría General de Nación (PGN)⁹. Sin embargo, la otrora Ley 734 de 2002, cuyo texto material del CGD, hizo referencia a la inhabilidad sobreviniente por el fallo con responsabilidad fiscal si lo hizo. En efecto, el parágrafo 1° del artículo 42 del CGD (idéntico en el otro parágrafo 1° del artículo 38 de la Ley 734 de 2002), señaló:

⁹ Cuestión estudiada en la sentencia C-651 de 2006 de la Corte Constitucional.

Parágrafo 1o. Quien haya sido declarado responsable fiscalmente será inhábil para el ejercicio de cargos públicos y para contratar con el Estado durante los cinco (5) años siguientes a la ejecutoria del fallo correspondiente. Esta inhabilidad cesará cuando la Contraloría competente declare haber recibido el pago o, si este no fuere procedente, cuando la Contraloría General de la República excluya al responsable del boletín de responsables fiscales.

Si pasados cinco años desde la ejecutoria de la providencia, quien haya sido declarado responsable fiscalmente no hubiere pagado la suma establecida en el fallo ni hubiere sido excluido del boletín de responsables fiscales, continuará siendo inhábil por cinco años si la cuantía, al momento de la declaración de responsabilidad fiscal, fuere superior a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes; por dos años si la cuantía fuere superior a 50 sin exceder de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes; por un año si la cuantía fuere superior a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes sin exceder de 50, y por tres meses si la cuantía fuere igual o inferior a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes (Ley 1952, 2019).

Norma declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia, de cuyos argumentos se extrae lo siguiente:

La inhabilidad por haber sido declarado responsable fiscalmente y el deber de los nominadores de abstenerse de nombrar y posesionar a quienes se encuentren reportados en el boletín de responsables fiscales persigue una finalidad que no está prohibida sino que además es legítima en términos constitucionales ya que, de una parte, busca efectivizar el interés general y los principios que orientan la función pública, principalmente la moralidad

y la transparencia administrativa y la confianza; y de otra, tiene como propósito luchar contra la corrupción como mecanismo de defensa del patrimonio público.

(...) existe una relación indirecta entre la circunstancia que configura la causal y la declaratoria administrativa de responsabilidad fiscal, sin embargo, se reitera, dicho trámite se realiza con la observancia de las garantías del debido proceso y cuenta con la revisión judicial del mismo, mediante las acciones constitucionales y legales dispuestas para tal fin. De igual forma, se trata de una limitación temporal, porque la misma puede cesar en el momento en que se verifique su pago, por el paso del tiempo o por la exclusión del boletín por parte de la Contraloría General de la República.

Finalmente, el registro en el boletín de responsables fiscales y el consecuente deber de los nominados de abstenerse de nombrar o posesionar a las personas que están incluidas en el mismo, configuran mecanismos de presión legítimos en los términos de la jurisprudencia de esta Corte, pues facilitan al Estado el acceso a la información de quienes están inhabilitados por su responsabilidad en el manejo de los recursos de la Nación, y adicionalmente, permite el resarcimiento del daño producido (Sentencia C-101/18, 2018).

Así entonces, la Corte Constitucional, al analizar el posible compromiso del derecho al habeas data, la alta corporación señaló que el objetivo de dicho boletín es “(...) facilitar al Estado el conocimiento de las personas a quienes se les haya dictado fallo de responsabilidad fiscal (boletín de responsables fiscales)” (Sentencia C-877/05, 2005).

El registro de responsable fiscal se elimina entonces sólo por: revocatoria directa del fallo; por pago; por alguna circunstancia que impida el cobro por vía coactiva; o por suspensión provisional y, mejor, nulidad del fallo con responsabilidad fiscal por parte de la jurisdicción de lo

contencioso administrativo. Si esto llegare a pasar, debe informarse a la PGN para que excluya de su boletín al declarado fiscalmente responsable.

De igual manera, se tiene incorporado en el registro disciplinario, lo que conlleva la obligación de abstención de nombramiento y contratación, y de continuación en el cargo o contrato. Dependiendo del monto fallo fiscal, así será la duración en el registro, como ya se vio.

Una vez ejecutoriado el auto que resuelve recurso de apelación, y/o grado de consulta, el declarado fiscalmente responsable podrá demandar con el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ante el juez de lo contencioso administrativo dentro de los cuatro meses siguientes, y, mientras la jurisdicción decide, en términos generales, los efectos del fallo deben cumplirse, esto es abstención de nombrar y tomar posesión para el ejercicio de cargo público y contratar con el Estado, así como el de aspirar por elección popular a cargos de tal naturaleza; también, la exclusión o retiro en el cargo público vigente sea cual sea, o la obligación del contratista de ceder el contrato estatal en un tercero, o para la entidad pública de terminar tal contrato, producto de la inhabilidad sobreviniente.

Ahora bien, si se paga luego del fallo, una vez se ha proferido lo correspondiente, es claro que se reactiva la posibilidad de ser nombrado y posesionado en cargo público, incluso de elección popular. No obstante ¿Qué acontece con la inhabilidad sobreviniente para el servidor público en funciones? ¿Aplica el retiro de manera automática? A este respecto, la Corte Constitucional señaló lo siguiente:

6.11. En torno a esta última prerrogativa, este Tribunal estima que permitir su ejercicio es de suma importancia en aquellos eventos en los que se pueda presentar una posible inhabilidad sobreviniente ante una condena fiscal, pues, dentro del traslado correspondiente, el funcionario puede demostrar, por ejemplo, que:

(i) Pagó la sanción, evento en el que, en virtud del parágrafo 1° del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, el cual señala que la inhabilidad por responsabilidad fiscal cesa “cuando la Contraloría competente declare haber recibido el pago”, se deberá dar por finalizado la actuación por carencia de objeto y, por ende, no retirar del servicio al trabajador; o

(ii) Es imposible pagar la sanción debido a su desproporción en comparación con sus ingresos y patrimonio, situación en la cual, antes de proceder a su retiro del servicio, se debe garantizar que tuvo la oportunidad de acudir a las instancias judiciales respectivas y pretender la suspensión de la condena.

6.12. Sobre el particular, la Corte ha expresado que el retiro de un trabajador público “cuando se configure alguna de las causales de inhabilidad”, por tratarse de una decisión con repercusiones en los derechos fundamentales del funcionario, “deberá estar precedido de la observancia del debido proceso a través del cual el inculpado previamente tendrá derecho, como ocurre en los procesos disciplinarios, a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra a fin de que pueda ejercer plenamente el derecho de defensa como lo determina el artículo 29 de la Constitución Política” .

6.13. En suma, en los casos en los cuales la administración considere que uno de sus trabajadores puede estar inmerso en una inhabilidad sobreviniente por haber sido declarado fiscalmente responsable, solo podrá proceder a su desvinculación una vez le haya otorgado la oportunidad de expresar sus opiniones y valorado las mismas junto con las pruebas allegadas a la actuación correspondiente (Sentencia CC T-132/19, 2019).

Se debe aplicar el procedimiento administrativo para retirar del cargo al servidor público, quien, en tal interregno de tiempo, podría hacer las gestiones del caso bien para pagar la sanción, o en la demanda contenciosa haber pedido la suspensión provisional de tal acto administrativo.

De otra parte ¿Podría recuperar el cargo público una vez precedido de tal procedimiento y haber sido retirado si paga tiempo después? Dado que tal supuesto no se abordó en la sentencia en referencia, a este respecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto citado en párrafos anteriores, señaló frente al servidor en el cargo de elección popular, que paga luego del retiro, *no puede ser reintegrado*, dado que:

Cuando la inhabilidad sobreviniente fue originada por una conducta dolosa o culposa, procede el retiro inmediato del servidor. Esta situación origina la vacante absoluta en el cargo de elección popular, porque, aunque en el futuro pudiera cesar la inhabilidad mediante el pago de la suma establecida en el fallo fiscal, ello no produce efecto retroactivo... cuando se presente alguno de los eventos descritos, cesa la inhabilidad, sin que se esté hablando de que la misma se subsane, pues la falta ya se cometió y la responsabilidad ya se declaró. Sostener lo contrario sería desconocer la existencia y eficacia del fallo de responsabilidad fiscal (Consejo de Estado, 2012).

Situación que es compleja, y no se acompasa en estricto sentido de las causales de retiro del servicio, por ejemplo, para empleados de carrera administrativa, del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, dado que allí la que más se asemeja es la consagrada en el ordinal h) Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario, lo que genera la pérdida del derecho de carrera, según artículo 42 ídem.

Recuérdese que si bien, el fallo con responsabilidad fiscal genera inhabilidad automática y sobreviniente, no es producto en estricto sensu un proceso disciplinario como potestad

sancionadora del Estado-empleador, además que deben ser causales taxativas, y tampoco brinda oportunidades, por ejemplo, de pago por cuotas, cuando al final hay intención de resarcimiento, que es el objeto del proceso. Por lo que existe un vacío legal al respecto.

Los efectos del fallo con responsabilidad, no sólo tiene efectos económicos, sino también disciplinarios para el nombramiento, posesión y la continuidad en el ejercicio del cargo o funciones públicas, y no sólo en aquellos de elección popular, sino de cualquier cargo de naturaleza pública. Por lo que en el siguiente capítulo se revisará precisamente lo concerniente con los derechos políticos de este tenor, ubicando su importancia en las democracias.

2.1.1.7 Conclusiones del capítulo. Se describió a grandes rasgos el PRF en Colombia tramitado por las Contralorías, quienes profieren decisiones administrativas con control jurisdiccional posterior ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pero los efectos del fallo son inmediatos. También, se estudió conceptos básicos, así como diversas dificultades que existen al interior de algunas instituciones, entre otros, la gestión fiscal indirecta, la conducta, la única instancia, la recurribilidad de algunas decisiones y el grado de consulta cuando se declara la responsabilidad, las garantías ciertas de defensa. También se ha señalado las consecuencias inhabilitantes y no sólo económica que tiene el fallo frente a los gestores declarados fiscalmente responsables, y algunas situaciones problemáticas con la inclusión en el boletín de responsables fiscales y disciplinario.

2.1.2 Capítulo 2. Derecho político de acceso y permanencia en el ejercicio de la función pública, de conformidad con el ordenamiento jurídico colombiano y la convención americana sobre derechos humanos

2.1.2.1 Introducción capitular. En este capítulo se dejará claro que los derechos políticos son una categoría de los derechos humanos, con notable importancia histórica para la participación y pluralismo democrático de los miembros de la sociedad, que va en contra de la arbitrariedad e injusticias de los gobiernos de turno, tendiente a garantizar las libertades e igualdad entre las personas. En ese norte, se revisarán las tres variantes del derecho político, centrándose, en el acceso a cargos públicos, advirtiendo que tal derecho cobija además la permanencia.

Luego, se analizará que, si bien tanto el ordenamiento interno como convencional, refiere la posibilidad de limitar tal derecho político, no es menos cierto que usualmente se considera de mayor raigambre la protección a los servidores públicos de elección popular, y se sostendrá en este capítulo que la restricción al derecho político de acceso y permanencia en la función pública desde la óptica del proceso de responsabilidad fiscal, no encuentra tal distinción. Se expondrá finalmente como abre bocas al tercer capítulo, que existe una notable diferencia de interpretación entre la Corte Constitucional y la Corte IDH, en cuanto a la naturaleza de la autoridad competente para su limitación.

2.1.2.2 Derechos políticos como Derechos Humanos. Inicialmente, ha de decantarse que los derechos humanos son aquellas atribuciones, libertades y garantías que cada ser humano tiene por su misma condición de humano, de allí que se hable del carácter inherente de estos derechos.

En otras palabras,

(...) los derechos humanos provienen de un nivel filosófico en el cual se reconoce que el hombre, por el hecho de serlo, es titular de unos derechos, derechos humanos, es decir, por el hecho de ser hombre (Velásquez, 2004, p 45).

Ahora, al no estar sujetos a ningún atributo que pueda suponer una distinción o al menos que históricamente haya sido considerado de este modo, tales como la nacionalidad, el origen étnico, el color de piel, la religión, la lengua que practique, el género u orientación sexual; estos derechos tienen una vocación de universalidad, propiedad que resulta fundamental para entender el derecho internacional de los derechos humanos.

A su vez, son derechos inalienables, toda vez que no tendrían por qué conculcarse, salvo por causa de una situación concreta y excepcional, valiéndose de un trámite indicado.

Adicionalmente, son derechos indivisibles e interdependientes por cuanto la satisfacción de estos derechos precisa del pleno disfrute de los demás, comprendidos todos estos en la idea de la dignidad humana. Así mismo, la vulneración de uno de estos derechos repercute sobre el ejercicio y goce de otros tantos.

Por otra parte, entre los derechos humanos, encontramos desde los que naturalmente son esenciales como el derecho a la vida hasta otros que contribuyen al disfrute de una existencia en plenitud, tales como los derechos a la educación, a la salud o la libertad de pensamiento.

Con el objeto de categorizarlos, se ha hablado de libertades físicas, cívicas, intelectuales y económicas, de conformidad con la temática afín a determinados derechos. A su vez, se desarrolló el concepto de derechos positivos y negativos, dependiendo de si su ejercicio precisa la acción o injerencia del Estado. Por su parte, algunos autores mencionaron derechos por generaciones.

Sin embargo, estas divisiones pierden sentido a la luz de la característica ya abordada de interdependencia de los derechos humanos, pues al estar todos relacionados entre sí, normalmente una vulneración de derechos políticos tiene que ver con un desarrollo precario de, por ejemplo, derechos económicos, sociales y culturales.

Ahora, más allá de las distintas clasificaciones y desarrollos que se han dado en materia de derechos humanos, está fuera de toda discusión que los derechos políticos son una especie de este género.

Al respecto, la Corte IDH, en el caso *Castañeda Gutman Vs Estados Unidos Mexicanos* señaló que:

140. Los derechos políticos son derechos humanos de importancia fundamental dentro del sistema interamericano que se relacionan estrechamente con otros derechos consagrados en la Convención Americana como la libertad de expresión, la libertad de reunión y la libertad de asociación y que, en conjunto, hacen posible el juego democrático. La Corte destaca la importancia que tienen los derechos políticos y recuerda que la Convención Americana, en su artículo 27, prohíbe su suspensión y la de las garantías judiciales indispensables para la protección de éstos (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2008).

Acerca del principio democrático y la forma de entender la soberanía de los pueblos en clave de la aspiración regional (incluso mundial) de protección, defensa y garantía de los derechos humanos; la Corte IDH, en opinión consultiva OC-28/21, señaló:

(...) el principio democrático inspira, irradia y guía la aplicación de la Convención Americana de forma transversal. Constituye tanto un principio rector como una pauta interpretativa (...).

57. Una de las formas mediante la cual el sistema interamericano asegura el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político es mediante la protección de los derechos políticos consagrados en el artículo XX de la Declaración Americana y el artículo 23 de la Convención. El ejercicio efectivo de los derechos políticos constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2021).

2.1.2.2.1 Definición de Derechos Políticos. Los derechos políticos son derechos humanos propios del ámbito de la participación que permiten a los ciudadanos tener influencia sobre los asuntos públicos, el poder político y las decisiones que los afectan.

El derecho político fue etiquetado por el Constituyente de 1991 como derecho fundamental, puesto que:

El derecho político tiene origen en el reconocimiento a los ciudadanos de la facultad para decidir sobre el tipo de sociedad presente y futura en el que aspiran a vivir. Es por esto por lo que en su ejercicio está comprometida la dinámica propia del poder ciudadano.

El paso de una democracia representativa a una democracia participativa es el elemento que marca esa transformación. (...) el gobierno en la democracia representativa agotaba su función política con la elección periódica de unos representantes suyos (Velásquez, 2004, pp. 454-455).

De forma que, yendo más allá del ejercicio del sufragio, los colombianos tienen a su alcance mecanismos de participación ciudadana que comprenden diversas facultades, desde el voto popular, la iniciativa popular legislativa hasta la revocatoria del mandato, pasando por

herramientas valiosas como el cabildo abierto y la consulta popular, entre otras consagradas en la Ley 134 de 1994 y la Ley 1757 de 2015.

De otra parte, los derechos políticos tienen otra forma de manifestarse en la posibilidad de los ciudadanos, orientada por los principios de igualdad y no discriminación, de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, de lo cual se ocupará en concreto este trabajo. El reconocimiento de estos derechos tiene que ver con la tesis del pacto social como fundamento del poder político, lo cual exalta la figura de la soberanía popular. Así, se entiende que, si el poder emana del pueblo, tendrán los individuos que conforman el pueblo la capacidad también de participar en los asuntos públicos.

La Corte IDH en caso Escaleras Mejía y otros Vs Honduras, afirmó que “(...) los derechos políticos y su ejercicio propician el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018).

Ahora bien, no existen derechos absolutos, también hay limitaciones a los derechos políticos, algunas desarrolladas por el derecho electoral, concretadas en las exigencias para el ejercicio de la función pública (calidades mínimas), así como en los regímenes de inhabilidades e incompatibilidades; asuntos que no han de examinarse solamente desde la perspectiva del candidato a ser elegido, sino también con relación a quien busca acceder o permanecer en el desempeño o ejercicio de la función aun cuando su cargo no sea de elección popular.

2.1.2.2.2 Derechos Políticos en la Constitución Política de 1991 y en Tratados Internacionales. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 21, consagra los derechos políticos en sus tres manifestaciones ya explicadas, del siguiente modo:

1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos.

2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país.

3. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948)

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, aprobado por el Congreso de la República de Colombia mediante el artículo 25, hizo lo propio, así:

Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:

a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores;

c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país (Ley 74, 1968).

Con relación a estos derechos, el artículo 23 refiere que:

Artículo 23. Derechos Políticos

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y

c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal (Convención Americana de Derechos Humanos, Ley 72, 1968).

La Constitución Política expone lo siguiente:

Artículo 40. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:

1. Elegir y ser elegido. (...)

7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse (Constitución Política de Colombia, 1991).

Además, la misma Carta Política desarrolla estos contenidos en otras partes de su articulado, regulando las formas de participación democrática en los artículos del 103 al 106, los partidos y movimientos políticos, así como al estatuto de oposición en los artículos del 107 al 112, y lo concerniente a la función pública en los artículos del 122 al 131.

En palabras de la Corte Constitucional:

Los derechos derivados de la participación democrática tienen la naturaleza de fundamentales, debido a que representan la reformulación de los mecanismos de toma de decisiones. Mediante aquellos, el ciudadano adquiere un papel trascendental de injerencia en los asuntos que le afectan y, además, exige de las autoridades la asunción de compromisos tendientes a su efectivización constante en el marco de las nuevas relaciones con las personas que hacen parte de la comunidad (Sentencia C-030/23, 2023).

2.1.2.2.3 Clasificación de Derechos Políticos de participación. Distintas fuentes del derecho coinciden en identificar tres tipos de derechos políticos de participación. De un lado, la doctrina, y, de otra parte, la jurisprudencia, tanto nacional como del sistema regional de protección de derechos humanos al que pertenece nuestro Estado.

Al respecto, la Corte Constitucional indicó que:

(...) los derechos políticos pueden clasificarse de múltiples formas; en el caso particular de la participación, aquellos pueden ser: i) de participación directa (iniciativa legislativa, referendos, entre otros); ii) de acceso a la función pública; y iii) derecho al sufragio, tanto en su dimensión activa como pasiva (Sentencia C101/18, 2018).

La Corte IDH en el caso San Miguel Sosa y otras Vs Venezuela, explicó estas mismas facetas de los derechos políticos del siguiente modo:

El artículo 23 de la Convención Americana contiene diversas normas que se refieren a los derechos de la persona como titular del proceso de toma de decisiones en los asuntos públicos, como elector a través del voto o como servidor público, es decir, a ser elegido popularmente o mediante designación o nombramiento para ocupar un cargo público. En

virtud de esta disposición, las personas también tienen “el derecho de participar activamente en la dirección de los asuntos públicos directamente, mediante referendos, plebiscitos o consultas o bien, por medio de representantes libremente elegidos (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018).

Tenemos entonces, unos derechos políticos de participación directa, al sufragio, y de acceso y permanencia en la función pública.

2.1.2.2.3.1 Derechos Políticos de participación directa. Este tipo de derechos políticos consiste en la posibilidad de los ciudadanos de tomar parte en formas de participación democrática distintas a la elección de funcionarios, de suerte que, sin mediar representantes elegidos, se interviene en la dirección de los asuntos públicos.

De esta manera las personas inciden en la toma de decisiones sobre políticas del ejecutivo (plebiscito), en cuanto a la aprobación de un proyecto de norma o el rechazo frente a una norma vigente (referendo), o bien frente a un asunto de trascendencia nacional, departamental o municipal (consulta popular), solicitar la realización de cabildos abiertos, revocar el mandato de algunos gobernantes e incluso presentar proyectos de normas ante las corporaciones públicas como resultado del reconocimiento de la iniciativa popular para estos efectos.

Son pues distintas maneras de participar de decisiones y cuestiones de gobierno, entendiendo que el concepto de participación se viene ampliando más, alcanzando otras manifestaciones como la creación de veedurías ciudadanas, la interacción en medio de las audiencias públicas de rendición de cuentas, la consulta previa en los asuntos procedentes, y en general diversos ejercicios de control social y vigilancia de la gestión pública.

2.1.2.2.3.2 Derechos Políticos al sufragio, dimensiones activa y pasiva. La participación política también se materializa a través del derecho al sufragio, pues así cada ciudadano plasma su criterio entre el abanico de alternativas que la democracia pone ante sí. La manera en que se concreta este postulado es por medio de las mayorías, herramienta que permite identificar la voluntad de un conglomerado.

Justamente en el escenario de las mayorías es que entra en escena el sufragio o voto, pues determinará el resultado de los comicios. Así, en una sociedad democrática se espera que existan elecciones legítimas y periódicas, que respeten el ejercicio del voto libre, universal y secreto. Especialmente importante es que existan votaciones periódicas, pues de esta forma la sociedad tendrá la oportunidad cada cierto tiempo razonable de volver a pronunciarse acerca de la confianza que en su momento entregó.

Más allá del derecho a votar, los ciudadanos tienen derecho a ser votados, a someter su nombre a consideración del pueblo para resultar elegidos en su representación. Es un derecho con dos dimensiones, una activa y otra pasiva, una individual y otra social, a elegir y ser elegido.

Acerca del voto como instrumento fundamental en el modelo de democracia representativa, la Corte IDH, en el caso Castañeda Gutman Vs Estados Unidos Mexicanos, ha dicho lo siguiente:

(...) El derecho al voto es uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia y una de las formas en que los ciudadanos expresan libremente su voluntad y ejercen el derecho a la participación política. Este derecho implica que los ciudadanos pueden decidir directamente y elegir libremente y en condiciones de igualdad a quienes los representarán en la toma de decisiones de los asuntos públicos (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2008).

2.1.2.2.3.3 Derecho Político de acceso y permanencia a la función pública. Por último, y no menos importante, tenemos el derecho de acceso y permanencia, en condiciones de igualdad, al desempeño de funciones y cargos públicos, lo cual supone entender el derecho político más allá de las posiciones de elección popular.

Al respecto, la Corte IDH, en el caso Chocrón Chocrón Vs Venezuela, ha indicado:

Finalmente, el derecho a tener acceso a las funciones públicas en condiciones generales de igualdad protege el acceso a una forma directa de participación en el diseño, desarrollo y ejecución de las políticas estatales a través de funciones públicas. Se entiende que estas condiciones generales de igualdad están referidas tanto al acceso a la función pública por elección popular como por nombramiento o designación.

(...) Asimismo, el Comité de Derechos Humanos ha interpretado que la garantía de protección abarca tanto el acceso como la permanencia en condiciones de igualdad y no discriminación respecto a los procedimientos de suspensión y destitución. En este sentido, el Tribunal ha señalado que el acceso en condiciones de igualdad constituiría una garantía insuficiente si no está acompañado por la protección efectiva de la permanencia en aquello a lo que se accede. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2011)

Es importante enfatizar que este derecho cobija no solamente el acceso sino también la permanencia en el cargo, como lo ratificó la Corte Constitucional, así:

(...) Una de las principales expresiones de la democracia participativa es el derecho de acceso a cargos públicos, que protege al ciudadano de las decisiones estatales que de manera injustificada y arbitraria obstaculicen la posibilidad de ingresar y mantenerse en el ejercicio de cargo o de funciones públicas (Sentencia C-101/18, 2018).

Por último, reivindicando el papel de este derecho en el conjunto de los derechos políticos, es preciso señalar que la CADH en su artículo 27 prohíbe la suspensión de algunos derechos, los más valiosos, aun en medio de Estados de excepción, consagrando allí los derechos políticos sin distinción, de suerte que no se plantea, por ejemplo, que el derecho al sufragio tenga una mayor protección que el de acceso y permanencia en la función pública.

2.1.2.2.3.4 Derechos políticos de participación en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Derechos y Oportunidades. El artículo 23 de la CADH, en su numeral primero, hace un recuento de los derechos políticos de participación en las 3 facetas explicadas previamente. Con esto, el Pacto de San José sigue la línea trazada por la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La Corte IDH explicó los derechos políticos contenidos en la CADH desde la perspectiva de derechos y oportunidades, en el caso *Castañeda Gutman Vs Estados Unidos Mexicanos*, dijo:

(...) el artículo 23 de la Convención no sólo establece que sus titulares deben gozar de derechos, sino que agrega el término “oportunidades”. Esto último implica la obligación de garantizar con medidas positivas que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos. Como ya lo señalara este Tribunal anteriormente, es indispensable que el Estado genere las condiciones y mecanismos óptimos para que los derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2008).

2.1.2.3.1 Derecho de Acceso y permanencia en la función pública. Cabe destacar del catálogo de derechos políticos presente en el artículo 40 superior, la facultad de los ciudadanos, establecida en el numeral 7, de *Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos*. Así, el artículo 125 superior, señala que por regla general *los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera -salvo- los de elección popular, libre nombramiento y remoción, trabajadores oficiales, y demás que determine la ley*. Con prevalencia para el ingreso y permanencia en estos *del mérito y calidades*. Y para el retiro, *por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley*. Así de hecho, lo ha entendido el Departamento Administrativo de la Función Pública (Concepto No. 011411 de 2023).

La Corte Constitucional, ha entendido este derecho político como:

“(…) la protección del ciudadano contra las decisiones estatales que de manera arbitraria: i) le impiden el ingreso a un cargo público; ii) lo desvinculan del mismo; y iii) una vez encuentra empleo, le obstaculizan injustificadamente cumplir con sus funciones” (Sentencia C-030, 2023)

Como ya se explicó, no es posible entender la garantía de acceso a la función pública desconociendo que la protección debe extenderse a la permanencia en el desempeño del cargo. Por lo que, en sentencia del año 2021, al resolver el caso *Moya Solís vs. Perú*, la Corte IDH afirmó que: “(…) cuando se afecta de forma arbitraria la permanencia de una persona en el ejercicio de ese tipo de funciones, se desconocen sus derechos políticos.” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2021).

2.1.2.4 Posibilidades de limitación del derecho político de acceso y permanencia en la función pública. El numeral 2 del artículo 23 de la CADH autoriza la reglamentación sobre el ejercicio de los derechos y oportunidades políticas, a través de “La ley”, reconociendo de este modo competencia al legislador para regular la materia, esto es, en las posibilidades de limitación del derecho político de acceso y permanencia en la función pública.

La posibilidad de regulación permite concretar los contenidos superiores y procurar de esta manera su materialización. Los Estados, con relación al catálogo de los derechos humanos y especialmente de los derechos fundamentales reconocidos en sus cartas políticas, asumen en general, los deberes de respetarlos (no interferir en su ejercicio), protegerlos y adoptar medidas tendientes a que estos se materialicen.

En efecto, hay dos principios orientadores de la función pública a este respecto, como lo indicó la Corte Constitucional, a saber: “i) el derecho a la igualdad de oportunidades para participar en la conformación del poder político (Art. 40 C.P.); y ii) la búsqueda de la eficiencia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad y eficacia de la Administración” (Sentencia C-100/04, 2004).

Es claro que, los derechos políticos a la luz de la CADH no son absolutos y, por lo tanto, pueden ser restringidos, pero con ciertos matices, toda vez que no puede ser un asunto discrecional de los Estados, ya que se trata de un asunto muy delicado y una reglamentación muy exhaustiva de la materia podría resultar muy restrictiva de derechos, invalidando el contenido sustancial de estos.

Precisamente, frente al desempeño del servicio público, el artículo 209 de la Constitución Política de 1991 señala que “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, (...)”.

En la misma dirección, el artículo 122 superior deja claro que la función pública es reglada al disponer que “No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento”. Ahora, en sus incisos 5 y 6 contiene ejemplos de restricciones a los derechos políticos de acceso y permanencia en la función pública.

El artículo 124 señala que “La ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva” (Constitución Política de Colombia de 1991), dejando en manos del legislador el desarrollo de los diferentes regímenes de responsabilidad en que puede incurrir quien sirva al Estado. En cuanto al establecimiento de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones previstas desde la Constitución, en los artículos 126, 127, 128 y 129 pueden encontrarse regulaciones de este tipo.

El numeral 23 del artículo 150, al reglamentar las funciones del Congreso de la República, hace referencia puntual a “Expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos.” De forma que existe una habilitación desde el nivel constitucional para estos efectos, y corresponde al legislador fijar las condiciones y calidades generales en cuanto al acceso y permanencia en el desempeño de funciones públicas.

La Ley 909 de 2004 establece en el artículo 41 las causales de retiro del servicio de los funcionarios públicos que “estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa”. También, existe el proceso judicial de pérdida de investidura de miembros de corporaciones públicas elegidas popularmente, proceso administrativo de nulidad electoral, régimen de inhabilidades e incompatibilidades, sanciones disciplinarias de destitución y fallos con responsabilidad fiscal, entre otras situaciones.

De manera que el servidor público, ya desde el nivel constitucional, tiene una función reglada, guiada por una axiología superior, debiendo ostentar unas calidades para ocupar su

respectiva posición, y está llamado a respetar un régimen de inhabilidades, incompatibilidades, prohibiciones y conflictos de interés, con deberes y responsabilidades disciplinarias por su actuar, entre otras situaciones que claramente suponen limitaciones al ejercicio del derecho de acceso y permanencia en la función pública.

Esa exaltación de los fines del Estado y del servicio público debe tener una garantía con relación a las conductas que resulten reprochables en el despliegue del quehacer administrativo. Así, por ejemplo, para lo que nos ocupa, ante una gestión fiscal inadecuada, las normas especiales generadoras de responsabilidad fiscal contienen herramientas, luego del fallo con responsabilidad fiscal, como la inserción del declarado fiscalmente responsable en el boletín de responsables fiscales, con el que se busca que no estén vinculados al Estado por haber defraudado su patrimonio sin repararlo.

De no ser así, ¿Cómo se defendería el Estado ante los gestores fiscales que irrespetan sus normas e instituciones desconociendo los principios que rigen su labor y causan detrimento al erario? Y es que los ciudadanos, y mejor, los *servidores públicos* no solo tienen el derecho político de acceso y permanencia en la función pública, sino que también en ellos se radican deberes que han de acatar. En la lógica del artículo 95 superior, tengamos claridad en que “El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades.”

Justamente las responsabilidades disciplinaria, fiscal, administrativa y penal en torno a la gestión de asuntos públicos se basan en la necesidad de materializar un reproche sobre la desatención de los deberes funcionales en que incurren los gestores fiscales, cuyos derechos políticos, se reitera, no son absolutos.

El artículo 23 de la CADH, en su numeral segundo ya visto, hay un listado de criterios a utilizar por el legislador de cada Estado parte a la hora de reglamentar el ejercicio de los derechos

políticos. No obstante, hay consenso en que esta disposición reconoce cierto margen de discrecionalidad al legislador en dicha labor. Ahora, ¿cuáles son los límites a esa facultad? Es necesario determinar la extensión de esta “discrecionalidad”.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que, al tratarse de derechos humanos, la limitación que se haga tiene que fundarse en criterios objetivos y razonables y atender el principio de no discriminación. A continuación, estudiaremos la postura de la Corte Constitucional en contraste con la de la Corte IDH sobre esta temática.

Para el Tribunal Constitucional colombiano, hay intereses superiores que razonablemente tienen el alcance de suponer un límite al derecho político de acceso y permanencia, como por ejemplo la moralidad pública y el manejo debido de los asuntos y recursos públicos. Así dijo:

Es menester indicar que el derecho a acceder al ejercicio de las funciones públicas, como ningún otro derecho fundamental, puede ser considerado como absoluto. Por el contrario, el legislador puede limitarlo, puesto que sobre el mismo se hacen efectivas ciertas restricciones, que se justifican esencialmente en la consecución de la prevalencia del interés general y de los principios que deben orientar el cumplimiento de la función pública, se reitera, todo ello en aras a la consecución de los fines estatales y de la transparencia y probidad de quienes ejercen la función pública. (Sentencia C-028/06, 2006)

La misma Corte, en otro pronunciamiento indicó lo siguiente:

El derecho al trabajo mediante la vinculación laboral con el Estado no es absoluto, sino que se encuentra relativizado por las condiciones y requisitos que el legislador puede imponer legítimamente para proteger principios constitucionalmente válidos, como los de prevalencia del interés general, moralidad, transparencia, eficacia y eficiencia administrativa (C. Po arts. 1º y 209). (Sentencia C-651/06, 2006).

Incluso, tal Corporación ha llegado a afirmar que “El régimen de inhabilidades tiene (...) un propósito público moralizador” (Sentencia C500/14, 2014).

Por su parte la Corte IDH, en recopilación temática, ha indicado al respecto que:

239. En virtud de todas las consideraciones anteriores, la Corte concluye que: los procedimientos disciplinarios a los que fueron sometidos las presuntas víctimas no estaban establecido legalmente (...).

240. Por consiguiente, teniendo en cuenta lo indicado en los párrafos 148 a 155 de esta Sentencia, el Estado violó el artículo 8.1 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio de Adán Guillermo López Lone, Tirza del Carmen Flores Lanza, Luis Alonso Chévez de la Rocha y Ramón Enrique Barrios Maldonado, así como en relación con el artículo 23.1.c y 1.1 del mismo tratado, por la afectación arbitraria a la permanencia en el ejercicio de la función judicial y la consecuente afectación a la independencia judicial (...) (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Cuadernillos de jurisprudencia de la Corte IDH, No. 20 de 2021, derechos políticos, p. 30).

De otro lado, a juicio de nuestro Tribunal Constitucional, el artículo 23 de la CADH no es incompatible con la adopción de medidas con las que se busque combatir la corrupción y salvaguardar los recursos públicos, como se desprende de la lectura de esta consideración incorporada en fallo de constitucionalidad, así:

La Corte considera que el artículo 23 del Pacto de San José de Costa Rica, en lo que concierne a la imposición de restricciones legales al ejercicio del derecho de acceder a cargos públicos por la imposición de condenas penales, siendo interpretado sistemáticamente con otros instrumentos internacionales universales y regionales de

reciente adopción en materia de lucha contra la corrupción, no se opone a que los Estados Partes en aquél adopten otras medidas, igualmente sancionatorias aunque no privativas de la libertad, encaminadas a proteger el erario público, y en últimas, a combatir un fenómeno que atenta gravemente contra el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, consagrados en el Protocolo de San Salvador (Sentencia C-028/06, 2006).

En nuestro criterio, no cabe duda de que el legislador puede consagrar restricciones que apunten a la misma dirección de los principios constitucionales en torno a la buena administración y la función administrativa en general. En este sentido, hay consenso en la importancia y legitimidad de los fines que se persiguen, lo cual no necesariamente resuelve el problema que esta tesis pretende responder, puesto que hay muchas más variables que podrían incidir en que la restricción sobre los derechos políticos derivada de los fallos con responsabilidad fiscal vulnere o no la CADH, asuntos, entre otros, de procedimiento, competencia, imparcialidad, no sólo el relacionado con la naturaleza administrativa de las contralorías.

Visto lo anterior, tiene razón la Corte Constitucional, en cuanto a que ni la CADH ni la Corte IDH imponen modelos específicos uniformes para los distintos Estados partes, existiendo un margen de apreciación interno, y, de hecho, la Corte IDH se muestra respetuosa en sus fallos al no establecer órdenes directas de cambios normativos e institucionales, salvo pocos casos, como verá en el tercer capítulo, en el de Gustavo Petro Urrego vs Estado Colombiano, para la modificación de la restricción temporal o definitiva de derechos políticos de servidores públicos (de elección popular en ejercicio de sus funciones) por parte de autoridades administrativas, lo que incluye a las contralorías.

2.1.2.5 Restricción del derecho político de acceso y permanencia en la función pública por las contralorías. Ubicación del problema. Como ya se estudió en el capítulo primero de este trabajo, la responsabilidad fiscal la determinan las contralorías sobre los gestores fiscales que, con su actuar u omisión, generan o contribuyen a la existencia de un daño patrimonial al Estado.

No nos detendremos en el trámite del PRF dado que ya fue abordado en el primer capítulo. Pero no cabe duda de que la principal herramienta al alcance del Estado, por medio del cual se busca recuperar el recurso público perdido con ocasión de una inadecuada gestión fiscal es el PRF. Así, es la necesidad de proteger un derecho colectivo de orden constitucional, el patrimonio público, la que en cierta forma ha motivado la existencia de restricciones de los derechos políticos de aquellos que han causado un daño al Estado.

A partir de ello, queda claro que históricamente se ha decantado que el proceso de responsabilidad fiscal encuentra su raíz en la Constitución Política, de la que se pretende reivindicar una serie de valores y principios que deben orientar la función pública de la gestión fiscal, tales como la moralidad administrativa, la probidad, la pulcritud y la gestión responsable y eficiente de los bienes, recursos e intereses patrimoniales del Estado.

La inhabilidad, como se desprende de la lectura del párrafo 1 del artículo 42 de la Ley 1952 de 2019, termina “cuando la Contraloría competente declare haber recibido el pago” o “cuando la Contraloría General de la República excluya al responsable del boletín de responsables fiscales”. Ahora, si esto no sucede ni tampoco el ciudadano sancionado es excluido del boletín, la inhabilidad se consolidará por un tiempo limitado, según lo ya visto.

Resulta bien particular que, al momento de proferirse el fallo con responsabilidad fiscal, la contraloría que emite la decisión no se pronuncia acerca de la inhabilidad aquí referenciada (numeral 4 y párrafo 1 del artículo 42 de la Ley 1952 de 2019), que realmente, una vez

ejecutoriado, opera automáticamente por ministerio de la Ley. Este condicionamiento de cara al acceso y permanencia a la función pública se aplica con independencia de si se trata de funcionarios de elección popular, o nombrados por carrera administrativa, en provisionalidad, de libre nombramiento y remoción, trabajadores oficiales, etc., dado que se predica de todo el que aspire a servir al Estado. De suerte que la inhabilidad inmediata y/o sobrevenida derivada de la declaratoria de responsabilidad fiscal es de carácter común o general.

No sobra mencionar que, dentro de los efectos del fallo con responsabilidad fiscal, además de lo previsto en el artículo 60 de la Ley 610 y en el artículo 42 de la Ley 1952 de 2019; existe otra consecuencia, esta vez de orden penal, que es gravosa en un proceso no *sancionatorio*, se trata del punible previsto en el artículo 389 A del Código Penal, perteneciente al apartado de delitos contra los mecanismos de participación democrática, denominado *elección ilícita de candidatos*, por estar inhabilitado al momento de ser elegido por haber sido declarado fiscalmente responsable.

Es claro entonces que, a pesar de ser entes administrativos, funcionalmente las contralorías, tienen la facultad de declarar fiscalmente responsables a los gestores fiscales, decisión que tiene consecuencias inhabilitantes.

2.1.2.6 La garantía de acceso y permanencia en cargo público, cobija a todos los servidores públicos en tratándose de los efectos del fallo con responsabilidad fiscal. Ni la Constitución Política de 1991, ni la CADH, ni el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ni la Declaración Universal de Derechos Humanos plantean una distinción entre funcionarios de elección popular y los demás servidores públicos frente al ejercicio del derecho político de acceso y permanencia en el desempeño de las funciones públicas.

No hay pues una distinción razonable que, bajo el prisma del derecho a la igualdad en Colombia en sus distintas facetas (formal - material), justifique brindar un tratamiento diferencial a unos y otros. Es cierta la existencia de la inquietud por blindar las garantías en el ejercicio democrático de elegir y ser elegidos, pero palmario es que, al concebir tres facetas del derecho político, este en cuanto a lo que nos ocupa, no solo está en cabeza de los elegidos popularmente, sino de todas las personas que acceden o quieren acceder a la función pública.

Así las cosas, desde la óptica del proceso de responsabilidad fiscal ¿Por qué habría de concederse un tratamiento diferente a distintos funcionarios públicos según la forma en que accedieron o pretenden acceder al desempeño de sus funciones? La realidad es que no hay razón, lo que el conglomerado demanda de los servidores públicos en general es probidad, moralidad, pulcritud, idoneidad y apego al ordenamiento jurídico; cualidades que están ligadas a las posibilidades de regulación de este tipo de derechos consagradas en el numeral 2 del artículo 23 de la CADH, las cuales, se reitera, aplican de forma indistinta, porque los elegidos no son los únicos obligados a cumplirlos.

De suerte que los derechos políticos de acceso y permanencia en la función pública se predicen de todos los servidores públicos a los que se refiere el artículo 123 de la Constitución y cobijan todos los sistemas de provisión del empleo público que trata el artículo 125 superior, sin salvedades ni tratos diferenciales.

Esto es lógico, pues tanto elegidos como nombrados, designados, trabajadores oficiales, entre otros, sufren por igual las restricciones que encarnan, por ejemplo, las inhabilidades e incompatibilidades derivadas de un fallo fiscal.

Precisamente elevamos esta crítica, pues con la irrupción de algunas normas e incluso con la jurisprudencia constitucional, como se verá, se ha querido fortalecer sólo a los servidores

públicos de elección popular, haciendo eco de las consideraciones de la Corte IDH, y la *ratio decidendi* del fallo *Petro Urrego vs Colombia*, al señalar que “las autoridades administrativas no pueden imponer sanciones que restrinjan derechos políticos y, en particular, no tienen competencia para sancionar con destitución e inhabilidad a funcionarios *elegidos popularmente*” (Sentencia C-146/21, 2021); pero de ello en sí mismo no es que se predique algún tipo de fuero para las condenas resarcitorias fiscales impuestas por las contralorías.

Revisemos en concreto, los cambios normativos, con la respectiva intervención judicial:

Artículos 23 y 45 de la Ley 2080 de 2021, creó el *control automático de legalidad de todos los fallos con responsabilidad fiscal* (y no solamente en los referidos a cargos o de servidores de elección popular), en cabeza de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, como control judicial previo a su ejecutabilidad, y cuya aplicación fue breve y discutida, dado que, el Consejo de Estado se abstuvo de dar trámite¹⁰, señalando en auto de unificación del 29 de junio de 2021, que:

El sujeto declarado como responsable fiscal, es tratado- como un mero interviniente, al responsable fiscal no se le da la oportunidad de formular pretensiones que deban abordarse necesariamente en la sentencia que decida el medio de control en virtud del deber de congruencia que se debe seguir en esta materia, frente a cuestiones relacionadas, por ejemplo, con el restablecimiento de sus derechos y la reparación del daño (...) ve restringidas sus garantías en comparación con las que tienen las personas en otros ámbitos de la responsabilidad administrativa, quienes pueden acudir al medio de control de nulidad

¹⁰ Consejo de Estado Sala, Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Especial de Decisión n.º 23, CP José Roberto SÁCHICA MÉNDEZ, providencia de 12 de mayo de 2021, radicación 11001-03-15-000-2021-01606-00; Consejo de Estado Sala, Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Especial de Decisión n.º 26, CP GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE, 6 de mayo de dos mil 2021, radicación 11001-03-15-000-2021-01545-00; y Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Especial de Decisión n.º 7, CP MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ, 28 de abril de 2021, radicación: 11001-03-15-000-2021-01175-0.

y restablecimiento del derecho para hacer valer sus derechos e intereses individuales (Consejo de Estado, 2020).

Tesis que avaló la Corte Constitucional en sentencia C-091 de 2021, para la inexecutable de los dos artículos en comento, y como tal de la figura, debido a:

La imposibilidad de ejercer el derecho de acción, de pedir y controvertir pruebas o de solicitar la reparación del daño no provienen de características accidentales del mecanismo, sino que son de la esencia misma de ser automático e integral, de ahí que se exhortó al Congreso de la República fijar etapas y términos especiales que garanticen la recuperación oportuna del recurso público mediante un trámite de control judicial de fallos fiscales (...) con el pleno respeto de las garantías procesales en condiciones de igualdad¹¹ (Sentencia C-091/21, 2021).

No puede pasarse por alto, que tal argumento, no fue el inicialmente planteado por el actor de trato igualitario (es decir, se perseguía la inexecutable de tal medio, por cuanto, en comparación con las demás investigaciones administrativas *sancionatorias*, esta tenía privilegios), pero, siendo reconocido por la Corte Constitucional lo contrario, esto es, la existencia de trato discriminatorio, entre grupos de personas comparables (Sentencia C-091/21, 2021).

De otra parte, del auto de unificación del Consejo de Estado antes referido, se resalta:

El control de legalidad posterior hecho por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, aunque se denomine automático, no legitima, avala, o sana la absoluta ausencia de

11 En la sentencia C-091 de 2021, se indicó que: *En efecto, del análisis que acaba de hacerse se desprende que el CAI no logra cumplir la especificidad dispuesta en la norma constitucional de servir para la recuperación oportuna del recurso público, simplemente porque su inconstitucionalidad fue percatada por el Consejo Estado quien decidió motivadamente inaplicarla. Además, la medida tampoco superó un criterio de razonabilidad dado que genera una limitación desproporcionada sobre los derechos procesales del responsable fiscal. Finalmente, al aplicar el análisis prospectivo que propone la Sentencia C-443 de 2019, se aprecia que en la práctica la norma no generó efectos sobre los fines para los que fue creada y además generó una amenaza excesiva sobre otras garantías como el debido proceso o el acceso a la justicia.*

competencia de la autoridad administrativa para restringir o inhabilitar políticamente a una persona por supuesta o real inconducta socialmente reprochable (Sentencia C-091/21, 2021).

Es decir, se reconoce que las decisiones de las contralorías adolecen del inconveniente de competencia señalado, sin que se restrinja sólo a los elegidos por voto.

Ley 2094 de 2021, que modifica la Ley 1952 de 2019 (CGD), que si bien no tiene impacto directo, pero sí indirecto para este trabajo, regula en términos generales lo siguiente: -*Artículo 1 inciso 4*, en cuanto a que “Para los servidores públicos de elección popular, la ejecución de la sanción se supeditarán a lo que decida la autoridad judicial”; *Artículo 13*, en la competencia exclusiva de la PGN en la investigación y juzgamiento de los servidores de elección popular; *Artículo 31*, en la que se referencia que el recurso extraordinario de revisión también procede contra fallos sancionatorios a servidores públicos de elección popular, de manera automática e inmediata, y cuya sanción queda suspendida hasta que se dicte sentencia judicial¹².

Resulta al menos discutible la condicionalidad que fijó la Corte Constitucional en la sentencia C-030 de 2023, en la creación de una especie de control automático de legalidad de los actos administrativos sancionatorios disciplinarios ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, que en principio la ley no contemplaba, cuando la misma corporación, en sentencia C-091 de 2022, en el control automático de legalidad de los fallos con responsabilidad fiscal que sí fue creado en los artículos 23 y 45 de la Ley 2080 de 2021, declaró su inconstitucionalidad.

Así entonces, es llamativo que la Corte Constitucional indicara que:

(...) la PGN no puede imponer con carácter definitivo las sanciones disciplinarias de destitución, suspensión e inhabilidad contra los servidores públicos de elección popular,

¹² Luego de la exequibilidad condicional por la Corte Constitucional en sentencia C-030 de 2023.

sin la intervención del juez de lo contencioso administrativo. Por lo que las decisiones de destitución, suspensión e inhabilidad de funcionarios de elección popular no podrán ser definitivas, sin la intervención del juez de lo contencioso administrativo. Extendió las causales de revisión a las decisiones disciplinarias cuando se trate de servidores de elección popular, porque permite ejercer razonablemente el derecho de defensa y someter a una revisión de pleno derecho el acto expedido por la PGN, pero a la vez reconociendo las limitantes, lo que lo modula a uno automático e integral y permitiendo al disciplinado el ejercicio de todas las actividades procesales que estime pertinentes a su defensa. (Sentencia C-030/23, 2023).

Todo por cuanto: está centrada en la garantía de los derechos políticos y del debido proceso de *los servidores públicos de elección popular y en la adecuación normativa*, para que aquella esté conforme con el bloque de constitucionalidad. (Sentencia C-030/23, 2023)

Artículos 88, 89.f, y 90 del proyecto de reforma de la Ley estatutaria de administración de justicia, ley 270 de 1996 (Proyectos No. 475 de 2021 Senado y 295 de 2020 Cámara de Representantes, acumulado con proyectos No. 430 de 2020 y No. 468 de 2020 de la Cámara de Representantes), se quería superar el fallido control automático de legalidad.

Frente al primer artículo, la inhabilidad que contempla el artículo 42 de la Ley 1952 de 2019, luego de ejecutoriado el fallo con responsabilidad fiscal y sin haberse pagado la condena, no cobija a los cargos de elección popular, y sólo podrá ser aplicada por decisión judicial. Con respecto al segundo artículo, se señalaba que, “en el trámite abreviado del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra decisiones con responsabilidad fiscal” el juez debía pronunciarse sobre la inhabilidad para ejercicio de cargos de elección popular. En cuanto al tercer artículo, se creaba de manera autónoma el *incidente de declaración judicial de inhabilidad para*

ocupar cargos de elección popular, el cual era de iniciativa ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo por parte de las contralorías, luego de haberse proferido el fallo con responsabilidad fiscal, siempre que no se hubiere demandado tal decisión.

Estas normas fueron declaradas inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-134 de 2023 por vicios de unidad de materia.

Creemos, desde la óptica del declarado fiscalmente responsable, era más garantista el control automático de legalidad de los fallos con responsabilidad fiscal, puesto que cobijaba a todos los vinculados, no había ejecutoria del fallo, y era automático, con posibilidad de intervención.

Ahora bien ¿Por qué se ha hecho énfasis en mayor protección a los cargos y servidores de elección popular, con una posible refrendación o participación judicial en el fallo con responsabilidad fiscal? En el párrafo 96 de la sentencia *Petro vs Estado colombiano* esta decisión se refiere a las sanciones disciplinarias, por existir discriminación *que responde a la ideología política de Gustavo Petro, toda vez que el tipo de sanción aplicado carece de una justificación objetiva y razonable, tomando en consideración que fue extremadamente lesiva con respecto a otros casos en los que existía un proceso un proceso penal en curso.* (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2020).

Es decir, para la Corte IDH hubo parcialidad objetiva y subjetiva, por ser el mismo ente el investigador y quien juzgaba, para sancionar a un político opositor del gobierno de turno. Razones por las que no se creyó en el modelo disciplinario colombiano.

Pero, con relación al PRF, en sí NO fue esta la razón de la decisión de la Corte IDH -prejuzgamiento-, sino algo digamos indirecto, y es el impacto que el fallo fiscal y el boletín de responsables fiscales tiene de restringir derechos políticos para la posesión en cargos públicos.

Así entonces, sin perder de vista el principio de participación y legitimación política y democrática, que fortalece a los elegidos frente a los demás servidores públicos, para lo que nos interesa en el Proceso de Responsabilidad Fiscal, no debería existir distinciones. En efecto:

En el PRF no hay fuero de servidor por elección popular. Se recuerda que hay ciertos servidores públicos que tienen fuero especial, pero ni la constitución política, la CADH, o leyes en sí, refieren en extenso a fuero de servidores de elección popular a este aspecto.

Por los efectos del fallo con responsabilidad fiscal, dado que en principio la salvaguarda gravitaría sobre cargos de elección popular, y la conformación del poder político va más allá de ello con la existencia de otros cargos importantes (por ejemplo, de ministro), lo que quebraría el sistema de pesos y contrapesos, el privilegiar unos frente a otros.

Tiene sospecha de discriminación injustificada, y el remedio seguiría sin estar acorde con la posición de la Corte IDH en los límites a los derechos políticos en comento, dado que es viable que una persona natural con declaratoria de responsabilidad fiscal tenga aspiraciones políticas, sin que se entienda ejecutoriado el fallo, lo que mejora su posición frente a quien no.

Se incentiva de manera inadecuada a las aspiraciones electorales. Porque cualquier declarado fiscalmente responsable podría tener interés en participar en el ejercicio democrático de ser elegido, así su responsabilidad fiscal se haya causado por motivos, funciones y en cargos no electorales, o que siendo en la actualidad elegido, la investigación fiscal sea por motivos anteriores y ajenos, lo cual generaría una contradicción y fuero electivo, e incentivo para que el responsable fiscal persiga aspiraciones políticas electorales a sabiendas del fallo, y con esto evitar su ejecutoria, en cargos incluso de menor trascendencia.

Carecería de sentido el tipo penal que trata el artículo 389A del Código Penal (elección ilícita de candidatos), pues con solo aspiraciones electorales es suficiente para su inaplicación.

Por igualdad procesal. Porque si la responsabilidad fiscal se pregona de *todos* los gestores fiscales *directos*, a modo de ejemplo, tesoreros, gerentes o directores de entidades públicas, también deberían tener garantías procesales por igual junto con los elegidos.

2.1.2.7 Conclusiones del capítulo. Los derechos políticos son derechos humanos propios del ámbito de la participación que permiten a los ciudadanos en una sociedad democrática controlar el poder y tener influencia sobre los asuntos públicos, el poder político y las decisiones que los afectan. El derecho político de acceso a la función pública, cobija también el de permanencia, en condiciones de igualdad al desempeño de funciones públicas, derecho que se predica de todos los servidores públicos, elegidos, nombrados o designados.

Se advirtió que la Corte Constitucional al estudiar la inhabilidad sobreviniente al fallo con responsabilidad fiscal ha sustentado la no vulneración del derecho político en comento, a partir de la importancia de protección del erario y la persecución de fines constitucionalmente válidos y legítimos del Estado, pero no necesariamente implica que los medios empleados para establecer la responsabilidad fiscal puedan representar una restricción justificada acorde a la CADH.

Que existe mayor garantismo en la restricción, por lo menos en el trámite disciplinario, a los elegidos por voto popular, frente a los demás servidores del Estado, pero en tratándose del Proceso de Responsabilidad Fiscal, se considera que las garantías procesales deben cobijar a todos los gestores fiscales investigados, sin discriminaciones entre servidores públicos por su vínculo o designación. Esto resulta de alto impacto en los remedios jurídicos y jurisprudenciales en las discusiones, en particular, por los efectos inhabilitantes del fallo con responsabilidad fiscal.

2.1.3 Capítulo 3. Determinar si la restricción al derecho político de acceso y permanencia en la función pública de los gestores fiscales con el fallo con responsabilidad fiscal en el marco de un proceso de responsabilidad fiscal está acorde con la Convención Americana sobre Derechos Humanos

2.1.3.1 Introducción Capitular. En este capítulo se abordará el significado y alcance del bloque de constitucionalidad, el lugar y la importancia que tiene la CADH en el ordenamiento jurídico colombiano, así como el Control de Convencionalidad del Sistema Interamericano (CCI).

Lo anterior es vital para decantar que la posición de la Corte IDH es negar la competencia para la restricción del derecho político de acceso y permanencia en cargo público por parte de autoridades administrativas, donde se toma partido por una interpretación literal del artículo 23.2 de la CADH, con competencia privativa del juez penal. En contraste, la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, quien inicialmente señaló que sí, pero, a raíz del CCI y de las sentencias C-146 de 2021 y C-030 de 2023, opta por una jurisdiccionalización del trámite *administrativo disciplinario* en la justicia administrativa exclusivamente para los servidores de elección popular, y trasladado al Proceso de Responsabilidad Fiscal, su impacto es evidente en tal norte.

Se sustenta en este capítulo que: Para el trámite y definición de la responsabilidad fiscal no se requiere competencia única de un Juez Penal; Hay necesidad de jurisdiccionalizar el PRF, dado que no cumple con los criterios convencionales; y, El PRF tiene serias deficiencias en su trámite, y por los efectos inmersos, no están acordes con la CADH, al contener elementos defectuosos en debido proceso, derecho de defensa y violación al principio de jurisdiccionalidad, donde se limita injustificadamente el derecho político de acceso y permanencia en cargos públicos a los gestores fiscalmente responsables con la inhabilidad, por lo que se plantea propuesta de mejora.

2.1.3.2 Bloque de Constitucionalidad. Significado y alcance. Este concepto es importante puesto que ningún sentido tendría el estudio de las temáticas del Derecho Internacional si este no tuviese conexión con el Derecho Interno de los diferentes ordenamientos de los Estados.

Es vital asimilar la forma como se vinculan unas normas con otras y en este ejercicio, los países han adoptado diversos mecanismos para incorporar normas del Derecho Internacional, en un esfuerzo con fines de integración. Allí cobra relevancia la noción del Bloque de Constitucionalidad, figura que ha permitido que los ordenamientos jurídicos se alimenten de normas y principios, que, a pesar de no estar codificados en su texto Constitucional, se entienden como parte o complemento de la Constitución, con todos los efectos jurídicos que ello implica.

Así, el artículo 4 de la C.P., indica que la constitución política es norma de normas, y que en caso de incompatibilidad entre esta y las leyes, se prefiere aquella, lo que se traduce como el principio de supremacía constitucional. En ese hilo, según el artículo 150.16 de la C.P., el Congreso de la República aprueba o no los tratados internacionales, de modo que un tratado suscrito es una ley. Pareciera entonces, que la Constitución está siempre por encima de la ley, bajo un contexto material, lo que incluye cualquier tratado internacional. No obstante, la misma carta magna enseña en el artículo 93 que: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno” (Constitución Política de Colombia, 1991).

Entonces, la Corte Constitucional a partir de la sentencia hito en su materia, define tal concepto de la siguiente manera:

El bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como

parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional stricto sensu.

(...) el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (CP arts. 93 y 214 numeral 2º) es que éstos forman con el resto del texto constitucional un "bloque de constitucionalidad", cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas (CP art. 4º), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (Sentencia C-225/95, 1995).

En el desarrollo de esta idea, surgió la clasificación entre Bloque de Constitucionalidad stricto sensu y lato sensu. En cuanto al Bloque de Constitucionalidad en sentido en el entendido de la Corte Constitucional, "se ha considerado que se encuentra conformado por aquellos principios y normas de valor constitucional" (Sentencia C-067/03, 2003). Esta categoría, además del texto constitucional, se compone, entre otros, del preámbulo de la Constitución, los Tratados de límites que definen la extensión del territorio, las normas de DIH y los Tratados sobre Derechos Humanos ratificados por el Estado. Por su parte, el Bloque en sentido lato o amplio está "compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación" (Sentencia C-067/03, 2003). Entre otras, las leyes estatutarias y orgánicas que expide el congreso.

De esta manera, las disposiciones del Bloque sirven de cara al control, como parámetro para determinar la validez constitucional de las disposiciones sometidas a cotejo frente al ordenamiento superior. A su vez, al nutrirse de principios del nivel superior, tienen función interpretativa, integradora y orientan las políticas públicas, tomando en cuenta que irradian todo el sistema normativo. De otra parte, sirven como herramienta de limitación del poder y amplían el contenido y alcance de los derechos fundamentales.

A manera de conclusión, en palabras de Uprimny: “(...) el bloque de constitucionalidad tiene ciertas ventajas y potencialidades democráticas, ya que permite que la constitución sea más dinámica y se adapte a los cambios históricos (...) y en esa medida mantiene el dinamismo de los textos constitucionales” (Uprimny, 2000, p.4).

Para lo que interesa al presente trabajo, es claro entonces que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) o Pacto de San José de 1969, aprobada por Colombia a través de la Ley 16 de 1972, hace parte de nuestro bloque de constitucionalidad en sentido estricto sosteniendo así un nexo complejo con nuestro ordenamiento jurídico interno. Igualmente sucede con otros instrumentos internacionales tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, el cual es parte del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos.

En un evento de choque entre el texto constitucional y un tratado que haga parte del bloque en sentido estricto, se han propuesto distintas alternativas de solución, como por ejemplo “la aplicación del principio pro homine, o cláusula hermenéutica de favorabilidad, escogiendo la disposición más favorable para el derecho protegido” (Rivadeneira, 2013, p.26).

2.1.3.2.1 Implicaciones de la noción de Bloque de Constitucionalidad. Admitir la incorporación de contenidos del Derecho Internacional en los ordenamientos jurídicos supone para

los Estados que así lo hacen, adquirir una serie de obligaciones y compromisos, así como admitir el carácter vinculante de las disposiciones que complementan el texto constitucional.¹³

El artículo 9 de la Constitución Política de 1991 refiere que las relaciones exteriores del Estado se fundamentan, entre otros, “en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia”. El inciso segundo del artículo 93 de la Constitución establece que “Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia” (Constitución Política de Colombia, 1991).

Dentro de los principios del derecho internacional, está el de “pacta sunt servanda”, que consiste, según el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1986, que “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”. Tal Convención, en su artículo 27, consagra que “Un Estado parte en un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado” (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1986).

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos (D.I.D.H.) establece compromisos a cargo de los Estados, y una vez este se hace parte con relación a un tratado internacional, se contraen una serie de obligaciones y deberes, consistentes, a grandes rasgos, en los imperativos de respeto, protección y realización de los derechos humanos. Dicho de otra forma, como consecuencia de la ratificación de los tratados internacionales de derechos humanos, los Estados asumen el compromiso de adoptar medidas y ajustar sus regulaciones internas con miras a hacer realidad en su territorio lo formulado en estos instrumentos internacionales.

13 En Sentencia C-067 de 2003, la Corte Constitucional señaló que: las normas del bloque de constitucionalidad son fuente de derecho obligatoria para todos los asociados.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 2, también contiene unas reglas que dan cuenta de los compromisos en que incurren los Estados Parte de este tratado. En el numeral primero, se especifica que cada Estado Parte “se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos” en dicho Pacto, sin distinción de ningún tipo. Y en el numeral segundo, hay un compromiso de adecuación normativa interna a dicho pacto.

Lo hasta aquí anotado es una concreción del alcance del Constitucionalismo moderno global, caracterizado por la internacionalización de los derechos humanos, visión que está llamada a iluminar la lectura que se haga acerca de las restricciones a los derechos políticos. La mencionada internacionalización se ha desarrollado a través del sistema universal y los sistemas regionales de protección de derechos humanos, y del que en el capítulo 2 se decantó su relevancia.

2.1.3.3 La Convención Americana sobre Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico colombiano. La pertenencia por parte del Estado colombiano al sistema regional de protección de derechos humanos para los Estados Americanos supone también una serie de obligaciones y compromisos para quienes lo integran. Al respecto, la Corte IDH en el caso *Casa Nina Vs Perú*, ha señalado que:

La Corte recuerda que el artículo 2 de la Convención obliga a los Estados Parte a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades protegidos por la Convención. Dicho deber implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención ya sea porque

desconozcan esos derechos o libertades u obstaculicen su ejercicio. Por otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2020, Párr. 100).

Como ya se referenció, la CADH forma parte del ordenamiento jurídico colombiano a través del bloque de constitucionalidad en sentido estricto, por tanto, no puede mirarse de manera aislada sino integrada, precisando que la CADH sostiene, con las disposiciones de orden interno, un vínculo caracterizado por la complementariedad y la subsidiariedad.

2.1.3.4 Control de convencionalidad del sistema interamericano. En la Convención Americana sobre Derechos Humanos se estableció todo un andamiaje con el que se pretende efectivizar aquello a lo que se obligaron los Estados, esto es, la promoción y protección de los derechos humanos, mediante un procedimiento subsidiario al ordenamiento interno de cada país (artículo 46) si este no resultare suficiente. Así, al crearse el sistema interamericano, como entes de protección, se encuentra, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (artículo 34 y ss) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH (artículo 52 y ss).

No nos detendremos en la función de la Comisión, y para los efectos de este trabajo, diremos que la Corte IDH tiene básicamente dos funciones en el contexto regional, una jurisdiccional (artículos 63, 67 y 68) y otra consultiva (artículo 64); y sus decisiones judiciales han de ser acatadas por el ordenamiento jurídico del país que fue parte en el litigio. Ahora bien, ¿Qué alcance tienen sus precedentes judiciales o la interpretación que realice la Corte IDH sobre el ordenamiento jurídico en general de los países suscribientes de la convención? Lo anterior no es un asunto menor, dado que podría pensarse que lo vinculante es exclusivamente el tratado.

La respuesta a esta cuestión la ha dado la misma Corte IDH, como control de convencionalidad. En la cartilla que recopila decisiones de la Corte IDH, se destaca lo siguiente:

Esta obligación de garantía se traduce en la obligación que asume el Estado de organizar todo el aparato de poder público para permitir el pleno y efectivo goce y ejercicio de los derechos y las libertades que se les reconocen en la CADH. Esto implica que los Estados deben adoptar medidas en el ámbito interno (artículo 2 de la CADH) que permitan la compatibilidad de las normas internas del Estado con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, a manera de condiciones efectivas que permitan el goce y ejercicio de los derechos consagrados en la Convención. Estas medidas no se agotan en la adopción expulsi3n de leyes, sino tambi3n en la interpretaci3n de la normativa interna de manera conforme a la CADH. (Corte Interamericana de Derechos humanos, cuadernillo No. 7 control de convencionalidad, s.f, p .6)

La Corte IDH ha hecho algunas precisiones conceptuales sobre esta figura, as3:

Desde el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, la Corte IDH ha ido precisando el contenido y alcance del concepto de control de convencionalidad en su jurisprudencia, para llegar a un concepto complejo que comprende los siguientes elementos (o las siguientes caracter3sticas): a) consiste en verificar la compatibilidad de las normas y dem3s pr3cticas internas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y los dem3s tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte; b) es una obligaci3n que corresponde a toda autoridad p3blica en el 3mbito de sus competencias; c) para efectos de determinar la compatibilidad con la CADH, no s3lo se debe tomar en consideraci3n el tratado, sino que tambi3n la jurisprudencia de la Corte IDH y los dem3s tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte; d) es un control que debe ser realizado ex officio por toda

autoridad pública, y e) su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH o bien su interpretación conforme a la CADH, dependiendo de las facultades de cada autoridad pública (Corte Interamericana de Derechos Humanos, s.f, pp. 10-11).

La Corte Constitucional, a este respecto, señaló lo siguiente:

97. El intérprete auténtico de la CADH es la Corte IDH. De allí que la Corte Constitucional hubiere reconocido la importancia de la jurisprudencia de la Corte IDH para interpretar la CADH, como instrumento que hace parte del bloque de constitucionalidad. No obstante, esto “no supone integrar al bloque de constitucionalidad la jurisprudencia de la Corte Interamericana”, sino simplemente reconocer su valor como “criterio hermenéutico relevante que deberá ser considerado en cada caso”.

(...)

99. En todo caso, la Corte Constitucional ha reiterado que la jurisprudencia de la Corte IDH no puede ser “trasplantada automáticamente al caso colombiano”. Por consiguiente, (i) “el alcance de estas decisiones en la interpretación de los derechos fundamentales debe ser sistemática, en concordancia con las reglas constitucionales” y (ii) “cuando se usen precedentes de derecho internacional como criterio hermenéutico se deben analizar las circunstancias de cada caso particular para establecer su aplicabilidad” (Sentencia C-146/21, 2021).

Y en cuanto al peso de las decisiones de la Corte IDH, la alta corporación constitucional en la sentencia atrás citada señaló que:

(...) varían según hubieren sido emitidas en contra de Colombia o de otro Estado. En el primer escenario, resulta aplicable lo dispuesto por el artículo 68.1 de la CADH (...) Por tanto, en principio, Colombia debe cumplir con lo ordenado por la Corte IDH en una

sentencia dictada en su contra. Por el contrario, las sentencias de la Corte IDH en contra de otros Estados no son vinculantes para Colombia. Sin embargo, la Corte Constitucional ha reconocido que estas decisiones tienen un importante valor hermenéutico respecto del contenido y alcance de la CADH y que, incluso, puede llegar a desvirtuar la cosa juzgada constitucional siempre que cumpla con los requisitos de la jurisprudencia constitucional (Sentencia C-146/21, 2021).

Al margen de las sensibles diferencias entre tales cortes por la noción de Control de Convencionalidad del Sistema Interamericano (CCI), lo cierto es que un punto en común es que lo decidido por tal Tribunal internacional al ser intérprete natural de la CADH, es parámetro normativo especialmente relevante, no automáticamente vinculante, pero aquellas decisiones jurisdiccionales cuando fueron proferidas frente al Estado colombiano sí son vinculantes.

2.1.3.5 Posición de la Corte IDH, en cuanto a las restricciones de los derechos políticos por parte de autoridades administrativas de control fiscal. La CADH contiene un conjunto de reglas de interpretación en su artículo 29, cuya consagración pretende, en términos generales, evitar que los Estados rebajen los estándares de garantía de los derechos y libertades contenidos en tal instrumento, como por ejemplo el de: “a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella” (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1972).

Como primer impacto de esta integración normativa, se tiene que los derechos políticos del artículo 23 de la Convención deben ser garantizados por los Estados respetando lo previsto en los artículos 1, 2, 24, 25, 27 y 29 de la misma.

En Opinión Consultiva OC-28/21, solicitada por Colombia, la Corte IDH recoge una de las posiciones mencionadas, la sostenida en diferentes casos relevantes como López Mendoza Vs. Venezuela y Petro Urrego Vs. Colombia, en los siguientes términos:

Por un lado, en los casos López Mendoza Vs. Venezuela y Petro Urrego Vs. Colombia, la Corte fue clara en establecer que, en casos de restricciones a los derechos políticos *por vía de una sanción*, el término *exclusivamente* implica que estas restricciones solo pueden ser realizadas por medio de una condena de un juez competente en un proceso penal. Por tanto, no son acordes a la literalidad del artículo 23.2 de la Convención, así como al objeto y fin del mismo, las sanciones de destitución e inhabilitación de funcionarios públicos democráticamente electos por parte de una autoridad administrativa disciplinaria (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2021).

Aterrizando este contenido, encontramos decisiones de la Corte IDH que han compilado, al estudiar el derecho de acceso y permanencia en la función pública ante eventos de posible vulneración, los límites a las restricciones a cargo de los Estados.

En sentencia del 31 de enero de 2001, caso Tribunal Constitucional vs Perú, frente a la vulneración de los derechos políticos de tres magistrados de permanecer en su cargo, a raíz de las destituciones, señaló: “no deben considerarse como una violación del artículo 23 de la Convención (derechos políticos)” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001).

En Sentencia del 6 de agosto de 2008, al estudiar el Caso Castañeda Gutman Vs Estados Unidos Mexicanos y referirse a la interpretación del artículo 23 del Pacto de San José, reiteró que los Estados no tienen libertad a la hora de reglamentar el ejercicio de los derechos políticos e hizo mención de los requisitos de necesaria observancia en dicha labor, a saber: legalidad, finalidad, necesidad y proporcionalidad (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2008).

Luego, en sentencia del 1 de septiembre de 2011 por medio de la cual la Corte IDH resolvió de fondo el Caso López Mendoza Vs Venezuela. Allí se declaró la responsabilidad del Estado de Venezuela por la violación del derecho a ser elegido del Señor Leopoldo López Mendoza, justificándolo, entre otras causas, por:

La violación del deber de motivación y el derecho a la defensa en los procedimientos administrativos que derivaron en la imposición de las sanciones de inhabilitación y la violación del derecho a la protección judicial, establecido en el artículo 25.1, en relación con la obligación de respetar y garantizar los derechos, el derecho a las garantías judiciales y el derecho a ser elegido (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2011, p. 249).

Señaló el alto tribunal en esta providencia que:

El artículo 23.2 de la Convención determina cuáles son las causales que permiten restringir los derechos reconocidos en el artículo 23.1, así como, en su caso, los requisitos que deben cumplirse para que proceda tal restricción. En el presente caso, que se refiere a una restricción impuesta por vía de sanción, debería tratarse de una “condena, por juez competente, en proceso penal”. Ninguno de esos requisitos se ha cumplido, pues el órgano que impuso dichas sanciones no era un “juez competente”, no hubo “condena” y las sanciones no se aplicaron como resultado de un “proceso penal”, en el que tendrían que haberse respetado las garantías judiciales consagradas en el artículo 8 de la Convención Americana (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2011, p.249).

En dicha sentencia encontramos en contraste la postura disidente contenida en el voto concurrente razonado del Juez Diego García Sayán, para quien la fundamentación de la decisión resulta insuficiente si solamente se argumenta con el tenor literal de la disposición. El Juez Interamericano añadiendo los criterios de interpretación sistemático y evolutivo, dijo:

16. A partir de los medios de interpretación referidos en los párrafos anteriores se puede concluir que el término “exclusivamente” contenido en el artículo 23.2 de la Convención no remite a una lista taxativa de posibles causales para la restricción o reglamentación de los derechos políticos. Asimismo, que el concepto “condena, por juez competente, en proceso penal” no necesariamente supone que ése sea el único tipo de proceso que puede ser utilizado para imponer una restricción. Otros espacios judiciales (como la autoridad judicial electoral, por ejemplo) pueden tener, así, legitimidad para actuar. Lo que es claro y fundamental es que cualquiera que sea el camino utilizado debe llevarse a cabo con pleno respeto de las garantías establecidas en la Convención y, además, ser proporcionales y previsibles.

(...)21. A la luz de los hechos de este caso hay que preguntarse si el ejercicio de la potestad sancionatoria de la’ administración puede afectar o no el derecho al sufragio pasivo. En otras palabras, si por esa vía se puede impedir que un ciudadano participe como candidato en una contienda electoral. Comparto y suscribo lo establecido por la Corte en cuanto a que *a través del ejercicio de tal potestad sancionatoria administrativa no se puede afectar el derecho al sufragio pasivo y que esa función está reservada a una autoridad judicial teniendo en cuenta la dimensión del derecho afectado.*

22. Sin embargo, desde mi punto de vista y más allá de este caso, este tipo de restricción no tendría que estar reservada exclusivamente a un juez penal, sino a cualquier autoridad judicial previamente determinada por el ordenamiento jurídico respectivo y que cumpla con respetar y asegurar las garantías establecidas en esta materia (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2011, pp. 5-6).

Entonces, en el caso *López Mendoza Vs Venezuela*, la Corte IDH aplicó el test de previsibilidad, frente al artículo 105 de la LOCGRSNCF, donde la autoridad -Contralor General- de manera discrecional puede usar su facultad en el tiempo -5 años- para sancionar a un funcionario público, como medida accesoria una vez declarada la responsabilidad administrativa, y si bien allí se hizo referencia a la vulneración de la CADH por las restricciones al derecho político de ser elegido al no provenir del juez penal, esto fue sólo tangencial (parágrafo 206), dado que sólo se ordenó la ineficacia de dichas sanciones, para que este pudiese nuevamente participar en procesos electorales, y la adecuación normativa que se ordenó, hizo más reseña a la ambigüedad e incertidumbre del plazo posterior de inhabilitación como sanción del funcionario responsable.

Por otra parte, en Sentencia del 20 de noviembre de 2014 dentro del Caso *Argüelles y otros Vs Argentina*, en la cual pudo establecer que la medida restrictiva se adoptó a través de condena por Juez Penal, por mediar un delito económico perpetrado en contra de la Fuerza Aérea de Argentina, ciñéndose al contenido literal de la CADH. En este fallo, se señaló:

(...) la Corte considera que la aplicación de la pena accesoria de 10 años, denominada “inhabilitación absoluta perpetua”, a los señores Candurra, Pontecorvo, Di Rosa, Arancibia y Machin se ajustó a la previsión del artículo 23.2 de la Convención, que permite al Estado reglamentar el ejercicio de los derechos políticos en razón de condena penal por un tribunal competente. Además, el Estado demostró que la medida también cumplió con los requisitos de legalidad, necesidad y proporcionalidad. Por lo tanto, la Corte estima que no se violó el artículo 23 de la Convención Americana en perjuicio de las presuntas víctimas” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2014, pp. 230-231).

Finalmente, la Corte IDH se muestra marcadamente apegada a la interpretación literal del artículo 23 de la Convención, esta vez, al proferir decisión de fondo en el caso *Petro Urrego Vs*

Colombia. Allí, el Tribunal elucubró una argumentación en la que a su juicio coinciden los criterios de interpretación literal y teleológico, planteando las siguientes consideraciones:

La Corte reitera que el artículo 23.2 de la Convención Americana es claro en el sentido de que dicho instrumento *no permite que órgano administrativo alguno pueda aplicar una sanción que implique una restricción* (por ejemplo, imponer una pena de *inhabilitación* o destitución) a una persona por su inconducta social (en el ejercicio de la función pública o fuera de ella) *para el ejercicio de los derechos políticos a elegir y ser elegido*: sólo puede serlo por acto jurisdiccional (sentencia) del juez competente en el correspondiente proceso penal.

(...) La interpretación teleológica permite resaltar que, en las restricciones a los derechos reconocidos por la Convención, debe existir un estricto respeto de las debidas garantías convencionales. La Corte considera que el artículo 23.2 de la Convención, al establecer un listado de posibles causales para la limitación o reglamentación de los derechos políticos, tiene como objeto determinar criterios claros y regímenes específicos bajo los cuales dichos derechos pueden ser limitados. Lo anterior busca que la limitación de los derechos políticos no quede al arbitrio o voluntad del gobernante de turno, con el fin de proteger que la oposición política pueda ejercer su posición sin restricciones indebidas.

De esta forma, el Tribunal considera que las sanciones de destitución e inhabilitación de *funcionarios públicos democráticamente electos por parte de una autoridad administrativa disciplinaria, en tanto restricciones a los derechos políticos no contempladas dentro de aquellas permitidas por la Convención Americana, son incompatibles no solo con la literalidad del artículo 23.2 de la Convención, sino también*

con el objeto y fin del mismo instrumento (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2020, p. 25).

Por otro lado, el Tribunal constata en esa misma sentencia, que frente al PRF el artículo 60 de la Ley 610 de 2000, que trata de la inclusión en boletín de responsables fiscales, en perspectiva con el artículo 38 del Código Disciplinario Único (Ley 734 de 2002), tienen un efecto práctico de inhabilidad, y por ende limita derechos políticos. Así lo estableció:

En relación con lo anterior, la Corte concluye que las *sanciones impuestas por la Contraloría pueden tener el efecto práctico de restringir derechos políticos, incumpliendo así las condiciones previstas en el artículo 23.2 de la Convención* y que han sido reiteradas en la presente sentencia. En esa medida, el Tribunal considera que el artículo 60 de la Ley 610 de 2010 y el artículo 38 fracción 4 del Código Disciplinario Único son contrarios al artículo 23 de la Convención Americana, en relación con el artículo 2 del mismo instrumento.

(...) En términos prácticos, la Corte recuerda que la interpretación de las normas que disponen las facultades de la Procuraduría o la Contraloría por parte de la Corte Constitucional, y de las demás autoridades del Estado colombiano, *deben ser coherentes con los principios convencionales en materia de derechos políticos* previstos en el artículo 23 de la Convención y que han sido reiterados en el presente caso” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2020).

Como se aprecia, siguiendo la interpretación exegética del artículo 23 de la CADH, la Corte IDH ha tomado partido sosteniendo que la limitación al derecho político debe ser por decisión del juez penal, y por ello ha visto con reproche la vulneración de derechos políticos en los casos estudiados en cuanto a los ordenamientos jurídicos de Colombia y Venezuela, así como avaló con

beneplácito que haya sido un juez penal -Corte de Casación- el que haya restringido los derechos políticos en el caso de Argentina ya visto.

De hecho, la Corte IDH ha formulado reparos frente a disposiciones concretas en los párrafos 115 y 116 del fallo del caso Petro Urrego Vs Colombia, al apuntar al artículo 60 de la Ley 610 de 2010 y al numeral 4 del artículo 38 de la entonces vigente Ley 734 de 2002, así como al artículo 389A del Código Penal Colombiano, lo cual, al estar en contra del Estado, es vinculante.

En conclusión, tenemos que la Corte IDH, ha optado por una interpretación exegética de competencia del juez penal, más no de autoridades administrativas en la restricción del derecho político plurireferenciado.

2.1.3.6 Posición de la Corte Constitucional en la restricción de los derechos políticos por parte de las contralorías, en la interpretación del artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos. La Corte Constitucional inicialmente señaló que sí es adecuado que las autoridades administrativas de control fiscal puedan limitar el derecho político de acceso y permanencia en cargo público, al abordar el boletín de responsables fiscales manifestó que era una labor legítima del legislador, de ahí que declaró exequible el inciso 3° del artículo 60 de la ley 610 de 2000. Allí señaló que:

En el asunto sub examine los derechos al trabajo y el de acceso al ejercicio de funciones públicas entran en tensión con los principios citados; sin embargo, el legislador, en ejercicio de sus potestades constitucionales, ha considerado de manera razonable y proporcional que resulta necesario restringir el ejercicio de aquellos derechos para garantizar la vigencia de los principios mencionados en el inciso anterior.

Además, el inciso 3° del artículo 60 de la ley 610 de 2000, no trasgrede el texto de los artículos 25 y 40-7 de la Constitución Política, toda vez que mediante esta norma el legislador estableció límites al ejercicio del derecho al trabajo y a acceder al ejercicio de funciones públicas, con el propósito de garantizar principios constitucionalmente válidos.

Por lo anterior, tampoco puede aducirse que la norma acusada deje de promover el interés general, ni la prosperidad, ni el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, porque como quedó expuesto la inclusión en el boletín de responsables fiscales ocurre una vez se ha agotado todo el procedimiento para tal declaración, en el cual el responsable ha ejercido su derecho de defensa (Sentencia C-651/06, 2006).

La Corte Constitucional, también, sostuvo que:

Lo que hace el artículo 23 de la Convención es fijar una serie de pautas bajo las cuales el Legislador puede regular los derechos allí señalados, pero no establece una relación cerrada (numerus clausus) en cuanto a las eventuales restricciones que constitucionalmente pueden ser impuestas a su ejercicio (Sentencia SU-712/13, 2013).

Posteriormente, el Tribunal constitucional cuando efectuó revisión de la inhabilidad como consecuencia del fallo con responsabilidad fiscal proferido por las contralorías, limitación contenida en el numeral 4° y el párrafo 1° del artículo 38 de la Ley 734 de 2002 y el tercer inciso del artículo 60 de la Ley 610 de 2000, las encontró ajustadas a la Constitución Política y al artículo 23 de la CADH por cuanto:

(...) es razonable, en atención a que cumple con una finalidad legítima, no está prohibida y es constitucionalmente válida, adicionalmente, constituye un medio adecuado para su efectividad, pues su configuración responde a las necesidades de la comunidad, al contexto

constitucional -en la lucha contra la corrupción y defensa del patrimonio público- y al ejercicio del amplio margen de configuración nacional del Estado colombiano.

113.2. Garantizan el principio de legalidad, tienen un indiscutible grado de generalidad, pues no se aplican ad hoc a un determinado grupo o persona, y su formulación precisa la regulación adoptada, principalmente el hecho objetivo generador de la inhabilidad (...).

113.3. Regulan un derecho de intensa configuración legal de acuerdo con lo consagrado en el artículo 23 de la CADH y la Constitución Política, por lo que la restricción al mismo es el desarrollo de la obligación positiva contenida en el mencionado instrumento internacional, en el marco del amplio margen de configuración nacional del Estado colombiano. (...).

113.4. Los intereses jurídicos en tensión -de una parte el derecho de acceso al servicio estatal y de otra la efectividad de los principios que orientan la función pública, la protección del patrimonio público, la generación de confianza con quienes gestionan los bienes colectivos y la lucha contra la corrupción- imponen la valoración de la razonabilidad y de la proporcionalidad de la limitación, expresada en la configuración de una causal de inhabilidad por haber sido declarado responsable fiscalmente, la cual está acreditada al perseguir fines constitucionalmente válidos como los mencionados, a través de medios que no están proscritos constitucionalmente. Lo anterior permite colegir que *la restricción al derecho de ingreso al empleo público no afecta el núcleo esencial del mismo, ya que no anula la posibilidad de que una persona condenada fiscalmente preste nuevamente sus servicios al Estado, ya que la restricción desaparece bien por el paso del tiempo o por la voluntad de pago de la sanción impuesta* (Sentencia C-101/18, 2018).

Concluyendo el Alto Tribunal básicamente que no se puede adoptar una interpretación literal y cerrada del artículo 23 de la CADH, sino evolutiva, dado que, *reduciría el margen de apreciación de las especiales circunstancias jurídicas, sociales y culturales, así como las necesidades de fortalecimiento de sus instituciones democráticas*. Además, no tendría en cuenta, de un lado, los demás convenios que también forman parte del bloque de constitucionalidad, cuyo acatamiento por el Estado es obligatorio, como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción¹⁴, o la Convención Interamericana contra la Corrupción¹⁵; y del otro, que el gestor fiscal cuenta con medios legales para discutir tal decisión, como el de control de nulidad y restablecimiento del derecho y la acción de tutela.

Se tiene entonces que, frente a la inhabilidad objeto de estudio, se indicó en esta providencia que la misma: i) *era común o general*, para *todos* aquellos que pretenden ejercer funciones públicas, sin importar su denominación o forma de acceso; ii) *temporal*, de cinco años iniciales, y dependiendo de la cuantía, sin que se haya pagado la cuantía del fallo, hasta por otros cinco años más; iii) *a voluntad del condenado*, dado que cesa con el pago; y iv) *No es sancionatoria*, por no ser accesoria o adicional. También se sostuvo allí que el proceso de responsabilidad fiscal está revestido por las garantías del debido proceso administrativo y cuenta con revisión judicial posterior y por acción, ordinaria y de tutela, frente a la decisión.

En el mismo sentido, aunque en tratándose no del Proceso de Responsabilidad Fiscal, sino del proceso disciplinario, al estudiar la expresión *elección*, contenida en los artículos 45 numeral 1, literal a) de la Ley 734 de 2002 y 49 numeral 1 literal a) de la Ley 1952 de 2019, la Corte Constitucional, los declaró exequibles, por cuanto “*la competencia de la PGN para sancionar*

¹⁴ Aprobada por Colombia a través de la Ley 970 de 2005

¹⁵ Aprobada por el Estado por medio de la Ley 412 de 1997.

funcionarios públicos de elección popular se ajusta a la Constitución y a la CADH". En concreto, señaló como argumento de su decisión:

Así, para la Sala Plena una lectura armónica del artículo 23 de la CADH con la Constitución Política permite concluir que no solo el juez penal tiene la competencia para limitar los derechos políticos de los servidores públicos de elección popular, sino que también lo pueden hacer *autoridades administrativas y judiciales, siempre que se respeten las garantías al debido proceso del artículo 29 de la Constitución y 8 de la CADH*. Lo anterior resulta además coherente con las demás disposiciones de la CADH.

(...).

29. La PGN ofrece suficientes garantías para cumplir con la finalidad de proteger los derechos y libertades de los funcionarios públicos elegidos. En el caso sub examine, la disposición acusada se encuentra dentro de los límites del *margen de apreciación del Estado colombiano, porque garantiza los derechos establecidos en el artículo 29 de la Constitución y el 8 de la CADH*. Esto es así por tres razones: (i) la PGN es una autoridad independiente e imparcial, (ii) *el proceso* de imposición de sanciones a funcionarios de elección popular *asegura las garantías judiciales* previstas por la Constitución y la CADH, (iii) sus actos pueden ser controlados judicialmente de una manera efectiva (Sentencia C-111/19, 2019).

Pero a partir de la sentencia C-146 de 2021 de la Corte Constitucional, el panorama cambió parcialmente, y si bien no se estudia el proceso de Responsabilidad Fiscal, sino otras dos instituciones que limitan el ejercicio del derecho político para gobernadores, alcaldes, diputados y concejales, esto es, la *pérdida de investidura de los miembros de las corporaciones públicas y haber sido excluido del ejercicio de la profesión*, contemplados en las leyes 136 de 1994 y 617 de

2000, figuras que comportan la misma consecuencia inhabilitante. Con este fallo, el argumento para llegar a la exequibilidad de las disposiciones enjuiciadas fue disímil, ya estando proferida la sentencia de la Corte IDH en el caso Petro Urrego vs Colombia, entendiendo que *el artículo 23 de la CADH no debe interpretarse literalmente sino de forma sistemática y armónica*. Veamos:

Frente al proceso judicial de pérdida de investidura de los miembros de las corporaciones públicas lo relevante en dicha decisión es que señaló que “(...) *el artículo 23.2 de la CADH permite (...) (ii) que los jueces, con independencia de su especialidad, impongan limitaciones a los derechos políticos, siempre que brinden las garantías del debido proceso. Pero prohíbe que estas restricciones sean impuestas por autoridades administrativas*. (Sentencia C-146/21, 2021).

En cuanto a la inhabilidad para ser elegido por *haber sido excluido del ejercicio de la profesión*, omite el criterio jurisdiccional de quien toma la decisión de exclusión de la profesión (dependiendo de la profesión y su regulación, por la Comisión de Disciplina Judicial, Consejos Profesionales, o Tribunales o Comités de Ética, que salvo el primero, no ejerce función jurisdiccional-disciplinaria) y señaló que dicha inhabilidad está enmarcada en los otros criterios inhabilitantes del artículo 23.2 de la CADH, y además que: *(i) dicha sanción está prevista únicamente para las más graves infracciones a los códigos de ética profesional; (ii) la imposición de esta sanción no depende del gobernante de turno, (...) y (iii) responde a la probidad del ciudadano por su comportamiento en sociedad como profesional* (Sentencia C-146/21, 2021).

A pesar de la claridad de este pronunciamiento, es paradójico que la Corte Constitucional brinde garantías judiciales -no penales, sino administrativas, como lo es en la pérdida de investidura- en un caso, y en el otro se permita la restricción, por la probidad que debe tener un aspirante al cargo de elección territorial y según *Código de Ética* de la profesión que tenga, a cargo de *entidades* que en absoluto, gozan de tal garantía judicial.

Luego, en sentencia C-325 de 2021 la Corte Constitucional se abstuvo de estudiar la consecuencia inhabilitante del fallo con responsabilidad fiscal, en el marco de la sentencia Petro Urrego vs Colombia, teniendo en cuenta que para ese momento ya había sido expedida la Ley 2080 de 2021, que creó el control automático de legalidad de los fallos con responsabilidad fiscal, por lo que “*se produjo una modificación directa, sustancial y estructural de la norma jurídica acusada*”. Pero lo más relevante es que refirió que con ese cambio se previó un “*nuevo sistema normativo de investigación e imposición de sanciones e inhabilidades fiscales*”, que como situación sobreviniente tendría que estudiarse, sin que fuere posible la integración de unidad normativa, y que, *fueron impulsadas para dar cumplimiento al fallo de la Corte IDH.*

Con la sentencia C-091 de 2022 el alto tribunal constitucional, ya abordada en el capítulo segundo, se declaró la inexequibilidad del control automático de legalidad de los fallos con responsabilidad fiscal del que trataban los artículos 23 y 45 de la citada Ley 2080 de 2021, pensado como un control judicial posterior a las decisiones fiscales *sancionatorias*, por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo¹⁶, y que solo luego de este control, si se confirmaba la determinación, podría ejecutarse, con las consecuencias del caso, en particular con la inclusión en el boletín de responsables fiscales. Este fallo omitió en realidad abordar la problemática de competencia de las contralorías frente a los servidores públicos, incluso en concreto frente a los elegidos por voto popular, más allá de que en el pie de página número 62 se refiere la dificultad.

Así, en esta sentencia incluso se avala la competencia del ente administrativo en la declaratoria de la responsabilidad fiscal (acápites No. 4. “*El control fiscal y el juicio de responsabilidad fiscal. Reiteración de jurisprudencia*” y No. 5. “*El margen de configuración*”

¹⁶ Cuya competencia era del Consejo de Estado, si el fallo era proferido por la Contraloría General de la República, o Tribunales Administrativos del respectivo circuito judicial, si el fallo lo profiriese la respectiva contraloría territorial.

legislativa en materia de procesos y el escenario específico del control judicial de las decisiones de responsabilidad fiscal. Reiteración de jurisprudencia”), refiriendo en concreto que:

La Sala Plena de esta corporación ha señalado que «los procesos de responsabilidad fiscal tienen claro sustento constitucional». Los órganos de control fiscal han recibido de la Constitución el encargo de hacer efectiva la responsabilidad que resulta exigible a los gestores fiscales que, con su obrar, causen daño al erario (Sentencia C-091/22, 2022).

En sentencia C-030 de 2023 (ya vista en el capítulo segundo), la Corte Constitucional, al revisar diversas disposiciones de la Ley 2094 de 2021, en cuanto a las funciones jurisdiccionales asignadas a la Procuraduría General de la Nación para *vigilar la conducta oficial, entre otros, de servidores de elección popular*, y por el control de convencionalidad; se resolvió por una *jurisdiccionalización* del trámite administrativo disciplinario en la justicia administrativa para la *refrendación* o no de las sanciones con el recurso extraordinario automático e integral de revisión, *específicamente frente a los servidores elegidos popularmente*.

Es decir, se abandonó la tesis de la norma que otorgó facultades jurisdiccionales en procesos disciplinarios a la PGN, que, por ser una entidad administrativa, no puede tener dichas facultades, creándose una especie de control automático de legalidad de los actos administrativos sancionatorios disciplinarios ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, para blindar tal decisión, es decir, sin que pueda ser ejecutada hasta que se pronuncie la jurisdicción.

En conclusión:

El alto Tribunal Constitucional, ha pasado de una férrea de defensa a las atribuciones de la Contraloría en la definición de la responsabilidad fiscal con la consecuencia inhabilitante producto del fallo fiscal (sentencia C-651 de 2006 y C-101 de 2018), donde no avala la interpretación literal del artículo 23.2 de la CADH, en cuanto a la competencia exclusiva de un juez penal, sino en el

marco del proceso administrativo, a una etapa en la que, por lo menos frente a servidores públicos de elección popular, tendría dificultades dicho proceso, pero lo cierto es que se ha mostrado vacilante e incluso, ha desviado la discusión (sentencias C-325 de 2021 y C-091 de 2022) o le ha dado poca importancia a esta problemática (Sentencia C-134 de 2023).

No es clara la posición actual de la Corte Constitucional que si en el marco de un Proceso de Responsabilidad Fiscal las contralorías tienen competencia para fallar con responsabilidad fiscal y la inhabilidad generada a los gestores fiscales a raíz de tal fallo, por lo menos, tratándose de los elegidos por voto popular, lo que sí es cierto, es que su razonamiento va en contra de que sea un juez penal el único competente para limitar estos derechos, pues afecta el andamiaje jurídico e institucional colombiano, considerando que se garantiza el debido proceso y derecho de defensa con la participación de un juez en procesos disciplinarios, al margen de su naturaleza -no necesariamente penal-, como lo es el juez natural de la administración pública.

A raíz del criterio pacífico que ha adoptado la Corte IDH sobre el artículo 23.2 de la CADH, incluso en un caso donde está vinculado como parte el Estado colombiano, y por lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia C-030 de 2023, es posible prever que en una decisión posterior, de adecuación y coherente por el alto tribunal, cuando sea abordada de manera directa esta temática sin vacilaciones de los efectos del fallo con responsabilidad fiscal, es que se abandonará la posición asumida en la sentencia C-101 de 2018, por lo que creemos, en razón del margen de apreciación, se decantará en la jurisdiccionalización del fallo con responsabilidad fiscal, *por lo menos en cuanto a los elegidos por voto popular.*

2.1.3.7 Visión crítica del fallo con responsabilidad fiscal y del Proceso de Responsabilidad Fiscal colombiano con relación al control de convencionalidad del sistema

interamericano. Como ya se demostró, es claro que la Corte IDH ha adoptado una interpretación exegética del artículo 23.2 de la CADH, mientras que la Corte Constitucional, se adoptó inicialmente un criterio permisible de que las autoridades administrativas puedan limitar tales derechos políticos en el marco de un proceso administrativo, pasando luego a ser partidaria¹⁷, según recientes decisiones, de la jurisdiccionalización del proceso disciplinario -y creemos posiblemente, por extensión al fallo con responsabilidad fiscal de los elegidos por voto popular-.

Se entiende la posición de la Corte Constitucional, al cimentar su criterio y no acoger el de la Corte IDH, en gran parte, por dos situaciones: 1. La corrupción, y la necesidad de contar con mecanismos expeditos para combatirla y buscar el resarcimiento de daños al erario; y 2. En la última ratio de la justicia penal, en que no todo se puede catalogar como delito, pero sí existir conductas generadoras de daño patrimonial al Estado.

La tensión de la cual este trabajo se ocupa no puede definitivamente estudiarse desde la simpleza derivada de la interpretación literal del numeral 2 del artículo 23 de la CADH, sobre quien profiere el fallo fiscal, como lo indica la Corte IDH, a pesar de contar con una decisión que vincula al Estado colombiano, como ya se vio.

Entendemos que la CADH al exigir que la restricción consista en una condena por parte de un juez penal, lo que pretende es que el procedimiento que tienda a limitar el derecho político esté dotado de todas las garantías judiciales y del debido proceso, de suerte que resulte palpable para el involucrado la posibilidad de llevar a cabo su defensa.

Creemos también que es evidente la necesidad de conocer el contexto local en el que se presenta la restricción, y es por ello que nuestro estudio abarca asuntos tales como la naturaleza y competencia de las Contralorías, la naturaleza y objeto del PRF y la cualificación de este

17 Sentencia C-030 de 2023, Corte Constitucional, en la que se decanta por intervención judicial del acto.

procedimiento en cuanto a garantías se refiere, la real independencia u origen académico y político de quien adopta el fallo con responsabilidad fiscal, entre otros asuntos.

Es cierto que un proceder corrupto perjudica la confianza de la sociedad en el servidor, y en esa medida afecta la legitimidad de las entidades daña su imagen; además, desde su causación, puede tener impactos como la desviación de recursos o la perturbación de la prestación de los servicios públicos. La corrupción altera el clima organizacional de la entidad en la que se presenta, riñe con el bien común, es un vicio en la relación del administrador con aquello que administra, y a la postre, con quienes se benefician de ese ejercicio de gestión o administración. Se refleja en abusos, usos indebidos de los cargos, preponderancia del interés personal en detrimento de la persecución de los fines estatales y del interés público.

Somos conscientes que el fenómeno de la corrupción no está detrás de todas las declaratorias de responsabilidad fiscal, pues el espectro de la gestión fiscal *inadecuada* es mucho más amplio. En efecto, en daño fiscal todo no obedece a cuestiones de corrupción, dado que puede darse incluso por mero descuido la pérdida de recursos. Así, la lucha contra la corrupción es una batalla importante del Estado y donde se orientan con determinación esfuerzos públicos, de hecho, existen instrumentos internacionales que se proponen combatirla, como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y la Convención Interamericana contra la Corrupción. Pero, más allá de esto, lo que se quiere significar es que el análisis de fondo de la problemática no está exclusivamente supeditado a las consideraciones que sobre la corrupción se lleven a cabo.

A modo de ejemplo, en salvamento de voto del magistrado de la Corte Constitucional Alejandro Linares, asertivamente se refiere a este asunto. explicando:

Al haber caído en la trampa de esta interpretación, la sentencia de la que me aparto terminó afirmando que la responsabilidad fiscal y la inhabilidad que se deriva busca luchar contra

la corrupción. A más de la dificultad para determinar lo que es o no corrupción en concreto, lo que sí queda claro es que la responsabilidad fiscal derivada de una gestión fiscal ineficaz, ineficiente o antieconómica, no necesariamente resulta de un acto de corrupción, porque la mala administración puede ser torpeza, falta de pericia o cuidado, pero no necesariamente corrupción (Sentencia C-101/18, 2018).

Por su parte, el magistrado José Fernando Reyes en salvamento de voto, señaló:

En términos de la ley 610 de 2000, se impone responsabilizar fiscalmente a quienes “en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado”. Pero el daño cuya compensación se reclama por esta vía, no es solo el derivado de actos de corrupción sino además todo “menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna, que, en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado (...). (Sentencia C101/18, 2018).

De otra parte, es innegable la teoría moderna de desligar del derecho penal diversas conductas como punibles, y para el caso de la gestión pública podemos identificar daños causados por culpa, que en la esfera penal no significarían ninguna reparación al Estado, y por ende, a la comunidad; y de otra parte, de tramitarse por esta vía, resultaría incluso más lesiva al investigado, puesto que la sanción no sólo sería económica, inhabilitante para el acceso y permanencia en cargo público, sino que además limitaría su libertad, con la creación de más tipos penales o sanciones más fuertes. Adicionalmente, se congestionaría la justicia, no tendría la celeridad esperada y tampoco sería el juicio más especializado.

En nuestro criterio, el sistema regional de protección de derechos humanos y Colombia como Estado parte de la Convención Americana, están llamados a una mejor apropiación de sus roles, de suerte que menos casos lleguen a conocimiento del Tribunal Internacional, como consecuencia de un mayor compromiso del Estado con el goce de los derechos humanos y el mejor cumplimiento posible, a la luz del contexto local, de las obligaciones adquiridas en virtud de los tratados ratificados, como la CADH. Esto significa dar un paso adelante en un enfoque de derechos, armonizando la institucionalidad local con el goce efectivo de los mismos.

Así las cosas, no se puede interpretar de manera simplista y exegética que para el trámite y definición de la responsabilidad fiscal se requiera de un Juez Penal, en razón de la última ratio de esta justicia, por cuanto no se puede criminalizar en el ejercicio o manejo de bienes y recursos públicos en extenso, ya que ello radicaría en actos corruptos, y se insiste, el detrimento patrimonial no siempre emerge de corrupción o delitos, y en esa vía causaría más lesividad a los intereses patrimoniales de la nación si se deja esa limitante. En este punto coincidimos con la Corte Constitucional, y en efecto, sí sería del caso aplicar la teoría del margen de apreciación y deferencia recíproca, sin que implique ignorar la problemática del PRF o pretender que las cosas sigan igual.

Pero también creemos en la necesidad de jurisdiccionalizar el Proceso de Responsabilidad Fiscal, dado que no cumple los criterios mínimos o básicos adecuados por la Corte IDH, con serios reparos de irregularidad convencional que van más allá de la competencia de las Contralorías. Así entonces, no es del todo cierto lo que sostiene la Corte Constitucional que el PRF sea immaculado y contenga reglas claras a todos los partícipes o asegure el respeto al debido proceso y derecho de defensa, como se vio en el capítulo primero. Tampoco se brindan las garantías suficientes con la acción ordinaria y de tutela contra el fallo, que en todo caso no soluciona los inconvenientes de

fondo, incluso desde su naturaleza, lo cual de por sí torna en inviable la continuidad del PRF como en la actualidad está concebido, como como a continuación se pasará a explicar.

Frente al objetivo perseguido con el fallo con responsabilidad fiscal. En pronunciamientos como la Sentencia C-101 de 2018, la Corte Constitucional relaciona la existencia de la inhabilidad sobreviniente contra el hallado fiscalmente responsable y el boletín de responsables fiscales con la protección de la función pública, la importancia de salvaguardar el patrimonio público y la buena gestión de los asuntos públicos en general, por el fenómeno de la corrupción y la necesidad de combatirlo.

Como ya se indicó precedentemente, estimamos preciso desligar o por lo menos no sacramentar la corrupción en el presente análisis, como quiera que no sea lo único en la ecuación del fallo con responsabilidad fiscal para justificar la existencia del PRF como está contemplado en la actualidad, y las consecuencias inhabilitantes del fallo, de suerte que su incorporación unívoca al debate puede viciar la resolución del problema.

En ese orden de ideas, la lucha contra la corrupción no es el objetivo del proceso, por lo que no se justifica que en muchas decisiones recientes de la Corte Constitucional¹⁸ lo use directa o indirectamente en *contrapeso* a la de la Corte IDH, cuando lo que busca el PRF es la preservación del patrimonio público, como una herramienta eficaz, y en pro de una gestión fiscal adecuada.

Frente a los recursos disponibles contra el fallo con responsabilidad fiscal. La Corte Constitucional justifica el trámite del PRF por tener el declarado fiscalmente responsable a su alcance *acción* de nulidad y restablecimiento del derecho y constitucional de tutela para la protección *inmediata* de los derechos. Pero ello no es tan cierto.

¹⁸ Entre otras sentencias C-651 de 2006, C-101 de 2018, C-111 de 2019, C-121 de 2021, C-030 de 2023 de la Corte Constitucional.

En cuanto a la posibilidad del amparo del derecho fundamental vía tutela, la realidad es que, debido a las reglas de procedencia de esta acción, el carácter subsidiario y extraordinario de la tutela, por regla general el juez constitucional en un caso de este tipo no lo fallará de fondo, puesto que se considera que el accionante, tiene a su disposición otros medios judiciales para ventilar la legalidad de tal fallo (incluyendo el debido proceso), como lo es, el medio de control ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por lo que la negará por subsidiariedad¹⁹.

En cuanto al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, tenemos reparos sobre si se trata materialmente de un control judicial efectivo. El estándar Convencional plasmado en el numeral primero del artículo 25 consiste en que el ciudadano:

Tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, (...) (CADH, s.f.).

El carácter efectivo del recurso a disposición de la persona, supone que la autoridad jurisdiccional tenga en sus manos la posibilidad de revisar integralmente la determinación que en sede administrativa se gestó, de manera que el ejercicio de control cobije cada elemento del fallo con responsabilidad fiscal proferido; solo de esta forma podría entenderse suficiente el examen al que se somete la decisión administrativa que limita derechos humanos, como quiera que la tutela judicial efectiva implica también que el recurso a disposición del usuario no solamente debe tener la potencialidad de que se declare o corrobore la violación del derecho, sino que también se corrija o rectifique la situación. Y para poder justificar que estamos en presencia de un recurso efectivo,

¹⁹ Ejemplo de ello, es la sentencia T-264 de 2018, de la Corte Constitucional, en la cual se decanta por el carácter residual de la tutela.

no tan solo admisible en un sentido formal²⁰, debe resultar idóneo materialmente para la determinación de la violación alegada y capaz de suministrar un remedio.

Así las cosas, el control judicial del fallo con responsabilidad fiscal a cargo de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo que satisfaga los requisitos del artículo 25 de la CADH, sería aquel que supere el ámbito del control de legalidad, de suerte que sea un examen integral y sustancial, iluminado por el ordenamiento jurídico desde su cabeza, incluyendo las normas del bloque de constitucionalidad, tomando en cuenta que el juez de la administración está llamado a efectuar control de constitucionalidad y de convencionalidad. Pero la práctica judicial enseña que, por ser rogada, la labor del juez se limita a lo que se exponga en la demanda, de suerte que, si existen otras situaciones, difícilmente ello se revisará.

En salvamento de voto a Sentencia de la Corte Constitucional atrás aludida, el magistrado Alejandro Linares propone una alternativa ante la interposición del medio de control, a saber:

En este sentido, a pesar de que la responsabilidad fiscal no tiene fines sancionatorios, sino resarcitorios, ante la ausencia de un adecuado nivel de garantías para los servidores públicos, otra opción sería que en la reforma al sistema, se disponga que la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho *tenga automáticamente efectos suspensivos de la inhabilidad, sin necesidad de que el juez profiera medidas cautelares, como verdadera garantía que ampare el derecho político a acceder a cargos y empleos públicos* (Sentencia C-101/18, 2018) (Cursivas fuera del texto).

Si bien es interesante tal propuesta, tal solicitud de medidas sería tardía para acceder y permanecer en cargo público a la expectativa de la presentación de la demanda, del que ya estaría

20 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Herrera Ulloa Vs Costa Rica, sentencia del 02 de julio de 2004. Párrafo 161. “(...) Al respecto, la Corte ha establecido que “no basta con la existencia formal de los recursos, sino que éstos deben ser eficaces”.”

ejecutoriado el fallo, su vínculo laboral terminado, o ante la imposibilidad de acceder al cargo público al que aspiraba, toda vez que sería imposible, por ejemplo, repetir elecciones; y de otra parte, es aceptar que un responsable fiscal -incluso por corrupción- tenga derecho de acceder y permanecer en cargo público, lo cual, como se señaló en acápites anteriores, no es adecuado. De igual forma, la facultad de solicitar el decreto de medidas cautelares consagrada actualmente en el CPACA resulta ilusoria, por las situaciones a demostrar para su procedencia en términos generales: *adecuada justificación, apariencia de buen derecho y peligro de la mora, además de la causación de perjuicio irremediable o nugatoriedad del derecho*, a las voces del artículo 231 del CPACA.

En la reforma implementada en el Acto Legislativo 04 de 2019, se optó por darle celeridad a la decisión del juez administrativo del fallo fiscal a *un año*, pero hay una situación curiosa, es que el Decreto Legislativo 403 de 2020 (artículo 152), adicionó el artículo 148 A del CPACA, con la particularidad que se trata de un trámite preferente, y que la decisión en el interregno de tiempo incluye tanto primera como segunda instancia, pero el artículo 87 de la Ley 2080 de 2021 lo derogó de manera expresa, en la medida que se había creado el *control automático de legalidad de los fallos fiscales* (en artículos 23 y 45) que fuere declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-091 de 2022, por lo que entendemos se revive el Decreto, lo que se ignora, y de hecho no forma parte de este trabajo, es si tal término es meramente aspiracional²¹.

Sin embargo, incluso contando con que el término perentorio sea cumplido ¿Se soluciona el inconveniente de convencionalidad del PFR con el control judicial así explicado? ¿Es ello suficiente para asegurar que el PRF y sus consecuencias sobre los derechos políticos se surtan sin menoscabo de las disposiciones contenidas en la CADH?

²¹ Como ocurre en otros procesos, dado que es una jurisdicción congestionada, por ejemplo, en el de extensión de unificación de jurisprudencia, regulado en el artículo 269 del CPACA, modificado por el artículo 77 de la Ley 2080 de 2021, cuyos términos contando todos los trámites, la decisión no debería tardar más de seis meses.

Existen otros asuntos que también deben estar presentes en la decisión administrativa que tenga la potencialidad de limitar derechos políticos, dado que no es suficiente un buen control judicial posterior, siendo del caso que el trámite administrativo sea adecuado, proporcional, y con reglas claras, con apego a las garantías contenidas en el artículo 8 de la CADH.

Entonces, el recurso natural que se tiene a disposición para controvertirlo simplemente no es expedito ni integral, y tampoco supera las falencias de convencionalidad.

Frente a la dispersión normativa y cuestiones sustanciales, que no hace que el proceso contenga reglas claras y garantía al derecho de defensa. Sin duda, las Contralorías al adelantar procesos de responsabilidad fiscal deben respetar todos los criterios propios del debido proceso y las garantías que encarna.

Del artículo 8 Convencional, se extrae que:

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier conflicto de intereses en las distintas especialidades de la justicia (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1972).

Así mismo lo prescribe nuestra Constitución en su artículo 29 al señalar que “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y *administrativas*” (Constitución Política de Colombia, 1991). Entonces, por las implicaciones del fallo con responsabilidad fiscal, que si bien es administrativo, contiene una decisión que apareja consecuencias trascendentales, por lo que, el proceso debe estar impregnado de similares garantías a las judiciales.

El PRF, adolece de serias deficiencias que dejan en entredicho lo que históricamente se ha defendido por la Corte Constitucional, y no sólo es por la naturaleza administrativa de quien lo

conoce y decide, o en palabras de la Corte IDH, por un asunto de competencia judicial, sino que además tiene que ver con su procedimiento, como pasa a explicarse:

i) Es concentrado. Es la misma contraloría del caso, -a pesar de su distribución interna de trabajo, funcionarios o grupos, pero que en general, responden en sí al contralor de turno-, la que genera el hallazgo fiscal, investiga, decide la responsabilidad fiscal y ejerce el cobro coactivo; de lo cual, lo preocupante son las mismas funciones sin división clara de investigación y juzgamiento, lo cual propicia cierto sesgo político que no en pocos casos acompaña las investigaciones y juicios fiscales. De manera que no está garantizada la imparcialidad del funcionario de turno.

Y si bien para la designación de los contralores media una convocatoria pública, no es menos cierto que al final, de entre quienes integran la terna, se adelanta un nombramiento discrecional por la corporación pública del caso, con tintes políticos²².

A lo anterior hay que añadir la existencia de muchas entidades de control en el país, que tramitan los procesos (Contraloría General de la República y Departamentales, Distritales y Municipales) que no tienen la capacidad institucional y organizativa suficiente²³, entre las cuales hay disparidad de criterios, al no responder en estricto sentido a una jerarquía, y no obstante de contemplarse en el Decreto 403 de 2020 la intervención por la CGR, constituye más bien una herramienta de debilitamiento a tales entes.

ii) Ausencia de un Código Fiscal. Esto se ve patente en diversas situaciones:

Dispersión normativa procesal. El PRF una colcha de retazos, no basta con las Leyes 610 de 2000 y 1474 de 2011, puesto que no regulan todo el trámite, también hay que mirar el Decreto 403 de 2020, Resoluciones internas de las contralorías, Conceptos de la Oficina Jurídica de la

²² Que no en pocos casos se favorece a las mayorías electoras, o se persigue a la minoría opositora.

²³ en particular las contralorías territoriales.

CGR, y por remisión normativa el CGP, CPACA, CPP, y sentencias de constitucionalidad y de unificación de la Corte Constitucional, así como del Consejo de Estado, por falta de un código fiscal integral con reglas claras y sin contradicciones procesales para todos los intervinientes.

Es incomprensible, por ejemplo, la discriminación incluso en trámites ordinarios y verbales, en cuanto a recursos, instancia y demás, según lo advertido en el capítulo primero; los términos procesales, probatorios incluso hay discusión, según el trámite (artículo 109 de la Ley 1474 de 2011); la solidaridad y divisibilidad de la obligación (artículo 119 de la Ley 1474 de 2011); lo referente a pólizas y del llamado en garantía (artículos 44 de la Ley 610 de 2000 y 120 de la Ley 1474 de 2011, no resultan suficientes en la práctica); el grado de consulta; el régimen probatorio de la prueba técnica; la única instancia; o las ambigüedades y no en pocas veces contradicciones, en conceptos de la Oficina Jurídica de la CGR, en temas sensibles, por vía de ejemplo, el daño no evidente, la necesidad de justificar el imprevisto, entre otros.

Textura abierta o conceptos problemáticos e instituciones. De figuras tales como: la gestión fiscal (en particular de la gestión fiscal indirecta); el daño patrimonial y su causación y justificación concreta (por ejemplo, en sobrecostos e inutilidad de la obra); el régimen probatorio (por ejemplo, dictámenes periciales); la culpabilidad, al no contarse con una definición clara en responsabilidad fiscal (en el dolo o la culpa grave probada no es diáfana su operancia, o un régimen taxativo así sea de textura abierta de responsabilidad fiscal, y la presunción de culpabilidad no lo soluciona); el nexo de causalidad no se estudia a fondo, y se ignoran las causales eximentes de responsabilidad en responsabilidad fiscal (el artículo 5 de la Ley 610 de 2000). Se podría pensar en avanzar en tipos fiscales, que sean generadores de responsabilidad fiscal, y no dejar tanto en el razonamiento o peripecias del investigador.

Todo esto podría ser superado con una visión más adecuada en el Código Fiscal, con una regulación única del proceso, claro y expedito, propias de tal proceso, sin ambigüedades ni elaborando a partir de diversos estatutos procesales mixturas que son inaplicables.

iii) Deficiencias en la defensa y el debido proceso. No se garantiza defensa técnica por la naturaleza del proceso, la designación de apoderados de oficio es muy casuística, no general, y se satisface por el ente fiscal designando con estudiantes de consultorio jurídico²⁴, ni siquiera de la defensoría pública como un mínimo de garantía jurídica y permanencia de la defensa.

Es un modelo inquisitivo y con serios sesgos o proclividad a la parcialidad del funcionario investigador y a la vez que lo define. Se debe avanzar hacia un verdadero sistema adversarial y objetivo, por lo menos en la etapa de juicio.

Además, NO se garantiza doble conformidad, es insólito y reprochable que un fallo sin responsabilidad fiscal se vaya en consulta, y el superior lo mute a un fallo con responsabilidad fiscal, sin ninguna garantía de revisión o de discusión, y con plena ejecutoriedad y ejecutividad sin ser notificado personalmente. Y como se indicó, la mera existencia de procesos de única instancia a partir de la imputación es arbitrario, no obstante, de haber iniciado de doble instancia. Todas las decisiones de fondo o relevantes en este trámite deberían tener control por parte de un superior.

iv) Falta de profesionalización jurídica. No hay exigencia que el director del proceso por lo menos tenga formación jurídica, como ocurre con los directivos de las Gerencias Departamentales Colegiadas de la CGR, contralores territoriales, entre otros, que, según manual de funciones, pueden tener cualquier profesión relacionada. Esta observación es importante, dado que al final se trata de quien tiene la competencia para tramitar y decidir. Esto desencadena en mal manejo procesal de decisiones, práctica de pruebas, realización de audiencias, y demás.

²⁴ Al margen de la voluntad del investigado en acudir a los consultorios en busca de ayuda al respecto.

También la inversión de recursos y talento humano es muchas veces incomprensible. Con ocasión del Acto Legislativo 04 de 2019, el talento humano de la Contraloría General de la República se fortaleció indudablemente el control fiscal y el Proceso Administrativo Sancionatorio Fiscal (PASF), pero no así el PRF.

v) *El impacto que se genera con la ejecutoria del fallo con responsabilidad fiscal.* Dado que el efecto es una inmediata inhabilidad con afectación a un derecho político que ni siquiera se estudia o hace alusión en el fallo, sin posibilidad al menos *de control judicial que la refrende*. Sólo cuenta el afectado con acción empleando el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho como mecanismo ordinario, que como ya se explicó, tampoco es oportuno ni adecuado. El control de un año establecido en el Acto Legislativo no quita la congestión judicial, siendo una situación realmente aspiracional.

Es necesario tomar postura bien su jurisdiccionalización previo a la ejecutividad del fallo, como en efecto está reconocido para el trámite disciplinario (aunque aquí discrepamos si sólo se piensa para los de elección popular, como lo señaló la Corte Constitucional), o mejor que exista un verdadero carácter adversarial e imparcial en el juicio fiscal.

Frente a la naturaleza del proceso de responsabilidad fiscal. Es un asunto digno de análisis la naturaleza del fallo con responsabilidad fiscal, pues de la lectura del numeral 2 del artículo 23 de la Convención Americana y de la jurisprudencia de la Corte IDH se desprende que los derechos políticos solo pueden ser restringidos mediante sanción. ¿Es el fallo con responsabilidad una sanción? No, según la tesis histórica de la Corte Constitucional realmente es solo una decisión de naturaleza resarcitoria, al proferirse se persigue que se repare un daño causado al Estado, puntualmente a su patrimonio, y la inhabilidad es consecuencia legal, más no sanción.

En esto hay que ser enfáticos, y al tener los fallos con responsabilidad fiscal una naturaleza resarcitoria, como también lo es el proceso²⁵, esto excluye la posibilidad de entenderlos como manifestación del poder punitivo del Estado, explicado en el capítulo primero.

No obstante, hay providencias de la Corte Constitucional con señalamientos imprecisos o tal vez *suggestivos* que tienden a dar una idea de que el fallo fiscal no es solamente resarcitorio; así tenemos que: “las sanciones administrativas y disciplinarias son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado (...)” (Sentencia C – 101/18, 2018 y Sentencia SU – 712/13, 2013); o de la existencia de un “sistema normativo de investigación e imposición de sanciones e inhabilidades fiscales y disciplinarias” (Sentencia C-325/21, 2021); o que “la demanda señala que los grupos comparables son las personas responsables fiscalmente versus quienes lo son a través de cualquier otro acto administrativo sancionatorio” (Sentencia C-091/22, 2022). Esto, en principio, no se puede predicar de la actuación de las Contralorías al adelantar procesos de responsabilidad fiscal, que, por argumentación histórica de la misma Corte, no son sancionatorios.

La equiparación con el poder sancionador que respalda la acción penal es por no decirlo menos, desafortunada; sin embargo, en gracia de discusión, podría significar otra solución a la problemática, optar por las alternativas consistentes en que *no exista consecuencia inhabilitante* sino que pase al juez penal, o que *las determinaciones que conlleven a inhabilidad en torno a una gestión fiscal inadecuada sean exclusivamente las que correspondan a sanciones de orden penal*. Así, como sabemos, un mismo hecho puede dar lugar a diversos tipos de responsabilidad, y es común que conductas que afecten la adecuada gestión fiscal a la postre encajen en la descripción típica de conductas punibles, de modo que la sanción penal dotada de todas las garantías judiciales

25 Sentencia C-090 de 2022, sentencia C-840 de 2001, sentencia SU-620 de 1996. Corte Constitucional de Colombia

en ejercicio del poder punitivo del Estado bien puede cumplir las finalidades pretendidas con la limitación del derecho político a través del establecimiento de inhabilidades.

En un escenario tal, se encontraría sustentada, con observancia del bloque de constitucionalidad y especialmente de la CADH, la restricción de derechos políticos que de allí se deriva, pues hablaríamos de una limitación prevista incluso desde la misma Constitución Política en los incisos quinto y sexto del artículo 122. Pero como ya vimos, tampoco allí se zanja la discusión dado que quedaría como última ratio, y el patrimonio público se desprotegería infundadamente, limitándose a actos de corrupción; así como tampoco el quitar esa consecuencia inhabilitadora al fiscalmente responsable mandaría un adecuado mensaje a la sociedad e incentivaría la gestión fiscal inadecuada y prácticas corruptas.

Por otro lado, encontramos que es necesario, de cara a la resolución del problema que nos ocupa, separar la legitimidad y validez convencional y constitucional del Proceso de Responsabilidad Fiscal de la justificación de la restricción a derechos políticos sólo por competencia de juez penal. Dicho en otras palabras, el hecho de que se pretendan finalidades legítimas con la actuación procesal -al margen de quien lo decida- no necesariamente significa que con esta no se limiten los derechos contenidos en la CADH, dado que es evidente que, si lo hace, y en ese marco, entender que lo relevante es su trámite, y las medidas posteriores.

Lo anterior sugiere entonces que, es este el momento de repensar la naturaleza del PRF, en razón de las consecuencias inhabilitantes sancionadoras del fallo con responsabilidad fiscal, pasando en la práctica de ser meramente resarcitorio, a tener un efecto a más de resarcir, es de sancionar al declarado fiscalmente responsable de permanecer y ocupar cargos públicos, así sea de manera temporal, por lo que puede tener un efecto mixto.

Como el Proceso de Responsabilidad Fiscal es de naturaleza resarcitoria, más no sancionatoria, y dado que el fallo con responsabilidad fiscal es un acto administrativo, entonces una vez ejecutoriado procede el medio de control del caso, se justifica infundadamente la causación de perjuicios al derecho político de acceso y permanencia en la función pública del gestor fiscal declarado fiscalmente responsable. Es posiblemente la hora de cambiar la naturaleza del proceso hacia lo que realmente es en parte, una *sanción*, como manifestación del poder punitivo del Estado (incluso visto como empleador o contratante). Y tal vez desde esa óptica se brinden las soluciones adecuadas del caso para superar las falencias procesales y de competencia, como lo es una mejor garantía en el debido proceso y al derecho de la defensa, sin que ello implique necesariamente agotar únicamente con esta visión las falencias, pero si en perspectiva a una mejora.

El Proceso de Responsabilidad fiscal y la CADH. Aunque las Contralorías no tienen naturaleza judicial sino que adelantan a través del PRF una actuación administrativa con finalidad resarcitoria, al proferirse fallo con responsabilidad fiscal nace en contra del hallado fiscalmente responsable una inhabilidad para el acceso y permanencia en la función pública, asunto puntual que tiene naturaleza de sanción, de las más gravosas si se quiere, por lo que el PRF debe respetar los más altos estándares en materia de garantías procesales, del orden de las que acompañan los procesos judiciales penales.

El apego hacia las exigencias en materia de garantías judiciales es pues un aspecto fundamental de cara a resolver el problema de la investigación propuesta ya que tiene fuerte incidencia sobre el examen de convencionalidad de la limitación del derecho político surgida del fallo con responsabilidad fiscal.

Al reconocer la obligatoriedad de observar las garantías judiciales de la CADH, aunque las Contralorías no sean orgánicamente jurisdiccionales, se está propugnando por obtener el mayor

efecto útil del tratado internacional y sus estándares en cuanto a la protección de los derechos políticos. Además, es una interpretación que en principio no supone una alteración del diseño o arquitectura nacional respecto a las instituciones y sus competencias.

Con relación al contenido de estas garantías, la Corte IDH en el caso *Petro Urrego Vs Colombia*, en su sentencia del 08 de julio del 2020, ha indicado lo siguiente:

(...) De acuerdo con las disposiciones del artículo 8 de la Convención, para que en un proceso existan verdaderas garantías judiciales es preciso que se observen todos los requisitos que “sirvan para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho”, es decir, las “condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial” (Corte IDH, 2020).

Está claro para nosotros que Colombia, como Estado Parte de la CADH, tiene la obligación internacional de ajustar su ordenamiento jurídico interno acercándose tanto como pueda a los estándares contenidos en los artículos 8 y 25, y por ende 23, de la mencionada Convención. Esto, en parte, para evitar condenas en su contra en sede del S.I.D.H.

Si bien el caso *Petro Urrego Vs Colombia* gravitó en torno a las facultades disciplinarias de la Procuraduría General de la Nación, vale la pena rescatar que en desarrollo del proceso que culminó con la decisión de fondo de julio de 2020 de la Corte IDH, previamente la Comisión preparó un informe del 25 de octubre de 2017, a través del cual formuló sendas recomendaciones al Estado Colombiano, así:

5. Adoptar las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para asegurar la imparcialidad de la autoridad disciplinaria, de forma tal que la autoridad que establece los cargos no sea la misma llamada a determinar la responsabilidad disciplinaria.

6. Adoptar las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para garantizar la posibilidad efectiva de recurrir fallos disciplinarios ante autoridad distinta de la que determinó la responsabilidad disciplinaria, asegurando que se permita una revisión integral de los fallos sancionatorios.

7. Adoptar las medidas necesarias para asegurar que las acciones judiciales de nulidad y restablecimiento del derecho sean resueltas en un plazo razonable, incluyendo aquellas de competencia directa del Consejo de Estado (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2017).

Por otro lado, un elemento que también puede contribuir a resolver el problema que ocupa este trabajo es el principio pro homine, pro-persona o de favorabilidad.

La aplicación de este principio supone hacer uso del precepto que resulte más generoso, garantista o amplio a la hora de reconocer derechos de estirpe superior y, por el contrario, efectuar la interpretación más restrictiva de la disposición cuando la empresa consista en reglamentar o fijar limitaciones a derechos humanos. De acuerdo con la Corte Constitucional, el principio pro-persona “coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre.” (Sentencia T-284/06, 2006). Lo anterior en concordancia con la sentencia C-1319 de 2011 de la Corte constitucional²⁶.

Es más que clara entonces la necesidad de adoptar una posición al respecto, teniendo presente el contexto normativo actual para resolver el problema que orienta este trabajo, en la medida que las soluciones brindadas por la Corte Constitucional, en definitiva, no han sido las adecuadas, existe inconveniente de convencionalidad, y por los efectos mismos de la convención

26 Allí la alta corporación señaló que: “La Corte concluye que el artículo 93-2 constitucionaliza todos los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia y referidos a derechos que ya aparecen en la Carta y, en virtud de la regla hermenéutica sobre favorabilidad, el intérprete debe escoger y aplicar la regulación que sea más favorable a la vigencia de los derechos humanos.”

estudiado en este capítulo, es del caso aplicar una mejora de fondo al PRF, so pena que el Estado continúe sin cumplir con los compromisos internacionales de adecuación.

Se comparte incluso la posición crítica de otros doctrinantes sobre la materia que sin duda generan riqueza a este debate.

Restrepo Medina y Peláez Gutiérrez (2021), indican desde una perspectiva finalística - digamos otra visión- del control fiscal, la necesidad de fortalecimiento del control fiscal micro, que es el insumo del Proceso de Responsabilidad Fiscal, dado que mucho de los hallazgos no tienen vocación de prosperidad, y también presentan crítica al mecanismo de elección a los contralores. Se resalta, en lo que nos ocupa, que:

La responsabilidad fiscal, como mecanismo previsto en el ordenamiento jurídico colombiano para la recuperación del daño causado al patrimonio público con ocasión o en ejercicio de la gestión fiscal, cuyo establecimiento corresponde a las contralorías, presenta importantes problemas que han evitado el logro de resultados representativos en su propósito de preservar la integridad al erario.

Las reformas contenidas en el Acto Legislativo 4 de 2019 y el Decreto 403 de 2020 no está encaminada a resolver las causas de los problemas que han generado la ineficiencia en el cumplimiento de esa atribución misional de rango constitucional y su solución no pasa solamente por lo normativo, aunque también se requiera una intervención sobre este aspecto (Restrepo y Peláez, 2005, p. 165).

La doctrinante Álvarez Peña (2021), en una crítica por la falta de especialidad y competencia al interior de las contralorías, la duración del medio de control judicial frente al fallo como trámite adicional, y la escasa recuperación al erario del daño causado, señala que:

Justamente este es uno de los aspectos que torna aún más deficiente el Proceso Administrativo de Responsabilidad Fiscal. Además del contrasentido del ejercicio de una acción a través de un proceso administrativo, el fallo debidamente ejecutoriado no es definitivo en razón a que el afectado puede demandarlo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativa, lo cual, implica alargar más el procedimiento para obtener la reparación de los daños al patrimonio público.

Pero eso no es todo. En muchos casos las demandas prosperan y la jurisdicción contencioso-administrativa declara la nulidad del fallo y el Estado debe resignarse a sufrir la pérdida de sus recursos. Los daños al erario, sumados, podrían sanear del todo las finanzas públicas, y ello sin acudir a nuevos impuestos e incrementar los existentes.

El fracaso en la jurisdicción ordinaria se debe a múltiples factores que van desde un torpe y negligente manejo del proceso (pruebas mal practicadas, desconocimiento de los alegatos y argumentos de los implicados, violación del debido proceso) hasta un enfoque deficiente del daño y la responsabilidad. Sin dejar a un lado la obstinación de las Contralorías que no ceden en su afán de mostrar resultados (Álvarez, 2021, p.287).

Y en cuanto a la crítica del proceso, la referida autora señala que:

Para tornar más ágil el Proceso de Responsabilidad Fiscal debería tener identidad propia, tener un trámite por vía judicial reglado por el Código Contencioso (...).

La Ley 610 sin duda fue un avance en relación con el procedimiento contemplado en la Ley 42 de 1993, pero parece obvio que fue redactada a prisa, con la evidente intención de dotar a la acción de responsabilidad fiscal de un procedimiento propio. (...). El otro cambio que se impone, además de un procedimiento claro, un régimen probatorio completo, y no por remisión a otras fuentes normativas, es su judicialización. La

responsabilidad fiscal debe ser de competencia de los jueces, sean estos colegiados o no, que tengan clara formación en materias como procesal y probatorio, y conozcan la técnica judicial (Álvarez, 2021, pp. 291-295).

El profesor Bulla Romero (2020), al revisar las facultades de la Contraloría General de la República con el Acto Legislativo 04 de 2019, lo calificó como un nuevo leviatán constitucional, pero curiosamente, no en el Proceso de Responsabilidad Fiscal. Y para lo que nos interesa, lanza esta crítica, incluso a la Corte IDH en la sentencia *Petro Urrego vs Colombia*, al equiparar el fallo fiscal con una sanción pecuniaria:

(i) La honorable Corte, no tiene claro que la declaratoria de responsabilidad fiscal, obedece a un proceso que termina con declaratoria de la existencia de un DAÑO, una lesión o afectación del erario...y que no es una sanción, multa o pena pecuniaria, sino que constituye el deber de reparación del daño ocasionado; ya que, si el daño es de cinco mil millones, la declaratoria no puede imponer una multa de cinco millones, sino que ella es directamente proporcional al daño causado.

Hace hincapié el autor en la necesidad de cambios al respecto: Sólo nos queda esperar el necesario y urgente ajuste institucional y normativo, por los efectos de la providencia acá analizada y ante la diversidad de opiniones o propuestas, esperar que la sapiencia del Congreso decida lo pertinente de cara al país, donde prevalezca el debate, la participación, se escuche a la academia, se oiga a los litigantes, se atienda a los funcionarios y no como sucedió con el trámite exprés del Acto Legislativo 04 de 2019) (Romero, 2020, pp. 627-630).

En ese orden, estos serios reparos no sólo del fallo con responsabilidad fiscal, sino como tal, del PRF, que comparten diversos autores, permiten concluir que a diferencia de lo sostenido

por la Corte Constitucional, su trámite no está acorde con la CADH, al contener elementos defectuosos que inciden sobre el debido proceso, el derecho de defensa y la violación al principio de jurisdiccionalidad, y que al final limitan injustificadamente el derecho político de acceso y permanencia en cargo público, no sólo de los elegidos popularmente, sino en general, de los gestores fiscales declarados fiscalmente responsables.

2.1.3.8 Propuestas alternativas de armonización entre la CADH y el Bloque de Constitucionalidad respecto al Proceso de Responsabilidad Fiscal. Hay claridad sobre la necesidad de reformas al Proceso de Responsabilidad Fiscal, y no sólo del fallo. Los diversos cambios normativos introducidos no han sido los adecuados y otros han sido infructuosos por inexecutable, lo cual es un peligro, teniendo en cuenta que la competencia de las contralorías para tramitar y definir la responsabilidad fiscal se encuentra convencionalmente en entredicho, por lo que estos actos administrativos *podrían* adolecer de vicio de nulidad, si se aplica lo decidido *mutatis mutandis*, por el Consejo de Estado, en el trámite disciplinario²⁷ que resolvió:

La imposición a Eduardo Carlos Merlano Morales de la sanción de destitución e inhabilidad general descrita en el artículo 44.1 de la Ley 734 de 2022 por parte de la Sala

27 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 29 de julio de 2023. Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. Radicado: 11001-03-25-000-2013-00561-00 (1093-2013). Demandante: Eduardo Carlos Merlano Morales. Demandado: Procuraduría General de la Nación. Allí se señaló que: 46. En consecuencia, *si bien la Subsección B de la Sección Segunda, en anteriores oportunidades, con fundamento en lo previsto en los artículos 277-6 y 278.1 de la Constitución Política de 1991, había reconocido validez constitucional a la potestad del procurador general de la Nación y de sus delegados para imponer sanciones disciplinarias de suspensión y destitución a servidores públicos de elección popular, lo cierto es que en estos momentos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, especialmente la emitida en los casos López Mendoza contra Venezuela en 2011 y, Petro Urrego contra Colombia en 2020, evidencia un nuevo contexto, que en razón del derecho viviente¹⁵ obliga a las autoridades a realizar una interpretación de la normativa interna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, en virtud de un control pleno. 51.(...) Por lo que fuerza concluir entonces, que no se ha avanzado en la adecuación del orden interno, en la medida en que el ente de control a pesar de ser una autoridad administrativa continúa imponiendo sanciones disciplinarias a servidores elegidos popularmente.*

Disciplinaria de la PGN es incompatible con el artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que indica como causal permitida de restricción de derechos políticos aquella impuesta por condena, por juez competente en proceso penal (Consejo de Estado, 2023).

El Congreso de la República de Colombia, por su parte, para superar las dificultades y fortalecer el PRF directa o indirectamente, ha tramitado y/o está en curso lo siguiente:

Acto Legislativo 04 de 2019, en donde de sus antecedentes legislativos, se tiene que, con el proyecto inicial y su primera vuelta, otorgaba función jurisdiccional a la Contraloría General de la República al tramitar los Procesos de Responsabilidad Fiscal, con la finalidad de dar efectos de cosa juzgada a los fallos, evitar un desgaste y demoras en la jurisdicción de lo contencioso administrativo (República de Colombia, 1992). Luego se optó por su eliminación, y en sustitución, que el control judicial a los fallos con responsabilidad fiscal no fuese superior a un año, como fue lo finalmente aprobado y sancionado.

Ley 2080 de 2021, con los artículos 23 y 45, se creaba el control automático de legalidad de fallos con responsabilidad fiscal. Siendo declarados inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-091 de 2022, a lo que ya se ha hecho referencia. Pero en este aparte destacamos que la Corte no cierra la puerta a una iniciativa de similar connotación, en la medida que exhortó *al Congreso para que desarrolle el artículo 267 de la Carta* en lo pertinente.

Proyecto de reforma de ley estatutaria de administración de justicia, ley 270 de 1996 (*Proyectos No. 475 de 2021 Senado y 295 de 2020 Cámara de Representantes, acumulado con proyectos No. 430 de 2020 y No. 468 de 2020 de la Cámara de Representantes*), en los artículos 88, 89.f, y 90, ya estudiado, y que fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-134 de 2023.

Actualmente, cursa *Proyecto de Acto Legislativo (PAL) No. 20 de 2022 (Colombia, s.f.)*, del 18 de agosto de 2022, por el cual se modifican los artículos 119, 141, 156, 174, 178, 267, 268, 271, 272 y 273 de la *Constitución Política de Colombia (República de Colombia, 2019)* creando la figura de Tribunal de Cuentas, en reemplazo de la CGR, y las Cámaras Departamentales y Municipales de Cuentas en reemplazo de las contralorías territoriales, orgánicamente ubicado como un órgano de control, más no al interior de la rama judicial, pero entendiendo el control fiscal a su cargo como “una función pública de naturaleza jurisdiccional”, como inicialmente se pensó al pretender otorgar facultades jurisdiccionales a la Contraloría.

Casi de manera simultánea se presentó el *Proyecto Acto Legislativo 208/2022C*, de origen en la *Cámara de Representantes*, del 26 de septiembre de 2022, por medio del cual se modifican los artículos 116, 126, 141, 156, 197, 248, 267, 268 y 272 de la *Constitución Política*, se adicionan los artículos 248a y 248b, y se dictan otras disposiciones (Senado de la República, 2022), que se acumuló al PAL antes señalado. Se resalta de su texto original, que se crea la *jurisdicción fiscal* a cargo del Tribunal de Cuentas que forma parte de la rama judicial, para establecer la responsabilidad fiscal y jurisdicción coactiva, en cumplimiento de la CADH las actuaciones de este tribunal deberán cumplir con un estándar de garantías idéntico al que tienen los jueces penales. Se escindiría las funciones con el Contralor General de la República, de control fiscal, y pasaría entonces a acusar fiscalmente a los gestores fiscales ante el Tribunal de Cuentas.

De acuerdo con la Gaceta No. 1244 del 2022, se tiene informe de proyecto para ponencia en primer debate, donde se acoge gran parte del texto de la Cámara de Representantes, pero todo parece indicar que tal proyecto será archivado.

Revisemos en la misma medida, las propuestas académicas de otros autores a este respecto.

Restrepo y Peláez (2021), proponen que las contralorías obren como demandantes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, como ocurre en la acción de repetición. Lo señalaron de esta manera:

Así, las contralorías, con base en los resultados de las auditorías, actuarían como demandantes en procesos judiciales del conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, a la cual se le confiaría el juzgamiento y decisión de la responsabilidad patrimonial de los gestores fiscales demandados, como ya sucede en la actualidad frente al ejercicio de la acción de repetición por parte de las entidades afectadas con el pago de indemnizaciones originadas en actuaciones de sus agentes (Restrepo y Peláez, 2021).

Álvarez Peña (2021) a este respecto pregona una jurisdiccionalización del proceso, puesto que el mismo ha fracasado. Así lo indica:

Esa es una razón más para proponer que la acción de responsabilidad fiscal sea asumida por la Rama Judicial ya que en este caso solo operarían los recursos como en todo proceso judicial, sin un trámite adicional, dilatado en el tiempo como es el control de legalidad por parte del Contencioso, y las decisiones ahí sí, serían definitivas. Y en la mecánica de reformas al proceso, de figuras, como versión libre, procedencia de recurso contra la apertura del proceso, y conjugar una sola audiencia en el proceso verbal, manteniendo su carácter indemnizatorio, sentencia la autora que:

El fracaso de la acción de responsabilidad es un riesgo que debe correrse como en cualquier otra acción. Las dos etapas, instructivas y de juzgamiento, también son inútiles, dado el carácter indemnizatorio de la acción de responsabilidad fiscal. Dicho de una forma más simple: El Proceso de Responsabilidad Fiscal debería ser como cualquier proceso indemnizatorio por la vía civil: Auto de Apertura (en lugar de admisorio de la demanda),

decreto de pruebas y sentencia. Las dos etapas, instructiva y de enjuiciamiento son ya caducas y no obedecen a la necesidad de una justicia fiscal pronta, es decir, eficiente y con resultados que la Nación espera (Álvarez, 2021, pp. 295-296).

Estas dos propuestas estriban ineludiblemente en el debilitamiento de las contralorías al mero control fiscal, y con carga a la justicia administrativa, con lo que NO estamos de acuerdo, sin que con ello se piense en un Tribunal de Cuentas. En otras palabras, desaparecería la acción fiscal, y la especialidad del proceso, a convertirse en uno más administrativo.

Así mismo, el profesor Bulla Romero (2021) en su libro presenta como propuesta que la CGR debe investigar hasta la calificación de las diligencias, y luego, en la imputación, iniciar el proceso verbal ante el juez o magistrado de tribunal competente, y que la segunda instancia se realice ante el tribunal administrativo respectivo y/o Consejo de Estado. Así lo señaló:

Si bien compartimos la tesis que la Contraloría debe investigar, instruir y presentar cargos fiscales (si hay mérito para ello) y otro funcionario (juez, debe declarar la responsabilidad fiscal y determinar su cuantía); no es menos cierto que los jueces deban pertenecer a la Contraloría y menos ser nombrados por los Contralores, como se propuso en el proyecto de Acto Legislativo 04 de 2019. El proceso se puede reducir a que con el informe técnico (hallazgo), se inicie la fase investigativa y por el sistema escritural se llegue hasta la calificación de las diligencias, donde se resuelve bien archivar o bien formular imputación fiscal, pieza procesal con la que debe iniciar el proceso verbal ante el juez o magistrado de tribunal competente, según el rango investigado (Alcalde o Gobernador) y la segunda instancia se realice por el tribunal respectivo y/o Consejo de Estado. Con la salvedad o advertencia que estos jueces fiscales, deben previamente acreditar conocimientos, experticia o práctica en temas de responsabilidad fiscal (...) (Bulla, 2021, p.627).

Esta propuesta nos parece bastante coherente, aun cuando el doctrinante no la desarrolla adecuadamente ni en sus principios y demás, porque no se debilita el control fiscal, y las contralorías continúan en la competencia de investigar la responsabilidad fiscal, pasando a la jurisdicción administrativa quien lo definirá, y con un trámite especial y adversarial.

Teniendo en cuenta estos desarrollos, en los que hay consenso en que no debe ser el juez penal el único competente para tramitar este proceso, sólo por la consecuencia inhabilitante, presentamos la nuestra que ha sido justificada a lo largo de este trabajo.

2.1.3.9 Propuesta. Sin desconocer el PAL -acumulado- antes referenciado, y la intención del Congreso de la República de crear una jurisdicción fiscal en cabeza del Tribunal de Cuentas, se advierten posibles inconvenientes²⁸. Y, por lo acontecido con la eliminación de las funciones jurisdiccionales de la PGN con la sentencia C-030 de 2023 por la Corte Constitucional, así como la sentencia C-091 de 2022 del alto tribunal, todo parece indicar que no es viable mediante una Ley ordinaria el otorgamiento de funciones jurisdiccionales a la Contraloría General de la República en el trámite de los Procesos de Responsabilidad Fiscal, por lo que este ente seguirá siendo de naturaleza administrativa en su labor de control fiscal, y la *justiciabilidad* de los fallos de responsabilidad fiscal seguirá ante el juez de lo contencioso administrativo, salvo que se cree la jurisdicción fiscal, pero como una situación incierta.

Así, a partir de la revisión bibliográfica, concluimos en definitiva que es vital el ejercicio del control fiscal y la investigación fiscal a cargo de las contralorías frente a los gestores fiscales,

²⁸ Como lo es el hecho que: 1. Ya se ha estudiado, y no ha tenido eco en su seno la creación del Tribunal de Cuentas, así como su real concepción e independencia frente a la Contraloría General de la República, y si han de eliminarse o no a las contralorías territoriales; 2. Media un trámite más dispendioso, por ser Acto Legislativo, con las problemáticas que ello conlleva de cara a la aprobación final; y 3. La existencia de una reforma constitucional vigente a este respecto (Acto Legislativo 04 de 2019), en la que se optó por la continuidad del proceso fiscal en cabeza de las contralorías, y la justiciabilidad de las decisiones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

en salvaguarda del patrimonio público, así como también, debe continuar los efectos inhabilitantes propios del fallo con responsabilidad fiscal, en la temporalidad que refiere la norma actual -o la del caso- para evitar que el declarado fiscalmente responsable acceda a cargo público, incluso con la jurisdiccionalización del proceso.

Como propuesta para armonizar de manera integral en nuestro ordenamiento jurídico el PRF acorde con la CADH, y el CCI, en el margen de apreciación, deferencia, principio pro homine o favorabilidad, garantías y protección judiciales, calidad de los procesos internos, principio de buena fe de cara al cumplimiento de los tratados y obligaciones internacionales, diálogo entre ordenamiento interno y normas del bloque, interpretación evolutiva, interacción o comunicación tras judicial, subsidiariedad, así como los recientes pronunciamientos constitucionales y administrativos, y acorde con lo que tenemos en nuestra Constitución Política actual, sin atender a proyectos de reforma constitucional en curso; planteamos lo siguiente:

El cambio de naturaleza del PRF, para que sea uno sancionatorio, y no meramente resarcitorio o por lo menos mixto. En otras palabras, sin que la orden de pago se entienda sanción, sino una indemnización como resarcimiento al perjuicio contra el erario por el responsable fiscal, para que no quede sin piso jurídico la inhabilidad sobreviniente de dicho fallo, que defendemos a ultranza, y para garantizar un esquema procesal adecuado, pensamos que ha de entenderse así.

De continuar con la visión meramente resarcitoria, no sería viable la inhabilidad, y la discusión se simplificaría, quedando en manos de otra autoridad su definición. Situación con la que no estamos de acuerdo, dado que deja la puerta abierta para que responsables fiscales puedan de manera inmediata a la ejecutoriedad del fallo, acceder y permanecer en cargos públicos.

La jurisdiccionalización del PRF, para que no sean las contralorías, como entes administrativos, las mismas que generen los hallazgos, investiguen y definan la responsabilidad

fiscal de los gestores fiscales. En esa mecánica, este parámetro debe aplicar a todo el proceso frente a todos los investigados, y no sólo a los servidores públicos elegidos por voto popular. Esto, aclarando, sin que se entienda que sólo sea en el marco de un juicio penal.

Como quiera que el proceso ya no se mira desde una óptica estricta y formalmente administrativa, sino por lo menos con mixtura, con participación de un juez de la república; se brindan garantías procesales de imparcialidad, especialidad, y defensivas y de contradicción para todos los investigados, bajo un esquema adversarial, ello, al margen de que los investigados sean elegidos o tengan aspiraciones electorales, a la luz de los artículos 8 y 25 de la CADH.

La participación de la justicia es necesaria para que se blinde el trámite del proceso, si se quieren superar las dificultades esbozadas a lo largo de esta tesis. No basta con control posterior por acción al fallo con responsabilidad fiscal, que ya existe, y tampoco que la garantía de ejecutividad del mismo gravite únicamente sobre los elegidos por voto popular. En tal sentido, la jurisdiccionalización debe abarcar todo el trámite, no sólo la decisión final como está ahora.

Así entonces, no habrá un desgaste administrativo y judicial, y salvo que sea impugnada, tal fallo prestará mérito ejecutivo para que vuelva a la Contraloría del caso a ejecutarlo a través del respectivo proceso de cobro coactivo.

La creación de una sala especializada o atribución de competencia directa al interior de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, donde las Contralorías del caso, luego de la investigación fiscal, una vez imputen responsabilidad fiscal a los vinculados, sea tal juez (Tribunal Administrativo o Consejo de Estado) quien defina la responsabilidad fiscal de los gestores fiscales, escenario en el que el ente de control participe como acusador o demandante, decisión que tendrá los recursos a lugar en todos los casos, imponiendo la condena de resarcir el perjuicio causado y definiendo la inhabilidad generada y su término, acorde con criterios legales, y que una vez

ejecutoriada, haga tránsito a cosa juzgada con los efectos de que preste mérito ejecutivo y la inhabilidad de acceso y permanencia en cargo público.

La imputación haría las veces de la demanda, previa etapa de investigación del caso, los vinculados, como demandados, y de ahí en adelante el trámite procesal con los términos que se regulen, ante el juez especializado, que, se reitera, debe ser independiente y NO pertenecer a la planta de la Contraloría, sino de la rama judicial, de tal forma que se proteja el principio de separación de poderes y la garantía del adecuado funcionamiento democrático del sistema orgánico derivado del mismo, y sin que sea necesario el agotamiento de otro recurso judicial ordinario, garantizando la doble instancia y la conformidad. La decisión de primera instancia en los efectos inhabilitantes del derecho político será ejecutable, esto es de no acceder y permanecer en cargo público, sin perjuicio de lo que se defina en segunda instancia.

Es cierto que con esta propuesta de manera directa el contralor general de la república no establecería la responsabilidad fiscal que se derive de la gestión fiscal, contemplada en el numeral 5 del artículo 268 constitucional, pero sí se jurisdiccionalizaría el proceso a la luz del artículo 1 del Acto Legislativo 04 de 2019, que modificó el artículo 267 de la CP, por lo que su participación en el establecimiento de tal responsabilidad seguiría siendo muy importante. Recordemos que en todo caso existe una orden de adecuación normativa, que en la actualidad y según lo desarrollado en este trabajo NO se ha cumplido, generando inconveniente de convencionalidad que también ha de ser interpretado sistemáticamente en nuestro ordenamiento.

La expedición de un verdadero y único Código Fiscal, en el que se aborden, entre otros aspectos, temáticas básicas, tales como: los principios de la responsabilidad fiscal; la gestión fiscal incluyendo la indirecta, definiendo cuando se está en ella; el daño patrimonial, no sólo en la definición, sino por lo menos tipos abiertos, generadores de daño patrimonial, o tipos fiscales;

conducta generadora de la responsabilidad fiscal; regulación del régimen probatorio y su contradicción; regulación del trámite del proceso y sus etapas; las competencias tanto en la parte administrativa, como judicial; las consecuencias del fallo, incluso la inhabilidad hasta ahora recogida en los estatutos disciplinarios; régimen de notificaciones, nulidades, contradicción, entre otros aspectos.

Este código tendrá la finalidad de fijar reglas claras tanto en el control fiscal como en el PRF, y facilitar las acciones del Estado para luchar contra la corrupción en las entidades y en el manejo del erario, y generar una adecuada, oportuna y eficiente gestión fiscal de los intervinientes en el gasto e inversión, y como tal, del manejo y dirección de recursos públicos.

3. Método

3.1 Metodología

En el presente trabajo, partiendo del paradigma hermenéutico crítico, se tomará como método de investigación el jurídico-descriptivo, puesto que utilizando el método de análisis es posible descomponer un problema jurídico en sus diversos aspectos, estableciendo relaciones y niveles que ofrecen una imagen de funcionamiento de una institución jurídica (Bernal, 2003).

3.2 Enfoque de la investigación

En esta investigación se tomará el enfoque cualitativo, teniendo en cuenta que es naturalista e interpretativo, pues procura encontrar sentido a los fenómenos. Este enfoque admite la subjetividad y no existe ningún análisis estadístico de los datos.

3.3 Tipo de investigación

El tipo de investigación que se va a desarrollar es de orden Histórico-Hermenéutico, puesto que se va a realizar el seguimiento de Instituciones Jurídicas desde sus orígenes hasta el presente, utilizando para ello técnicas de interpretación Jurídica. Para tal fin, se acudirá al análisis documental de la información escrita sobre el estudio dogmático, normativo y jurisprudencial del proceso de responsabilidad fiscal en Colombia, de los derechos políticos como derechos humanos y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

3.4 Fuentes de recolección de información

Para obtener la información correspondiente al objeto de estudio, cuyo enfoque es cualitativo, se tiene como fuente secundaria directa la ley, la jurisprudencia y la doctrina, es decir, las formas en que se expresa materialmente el derecho regulando determinadas circunstancias sociales; también se utilizarán libros, revistas especializadas sobre el tema, artículos de investigación, tesis de grado y artículos periodísticos.

3.5 Técnicas de análisis de información

De acuerdo con el enfoque de investigación, las técnicas de análisis de información que se emplearán son: el análisis de contenido, lectura, interpretación y revisión de libros, normas, sentencias, artículos, documentos, archivos y revistas especializadas, entre otros que se vayan obteniendo y filtrando de acuerdo con lo que interese al objeto de estudio. No se pretende manejar datos estandarizados, ni hacer encuestas o entrevistas. Lo que realmente interesa en el trabajo es analizar el problema en sus dimensiones dogmáticas, normativas y jurisprudenciales.

3.6 Instrumento de recolección de información

De acuerdo con el método y el tipo de investigación, el instrumento de recolección de información será principalmente la revisión bibliográfica de los documentos existentes que estén relacionados con el tema investigado, desplegando técnicas de análisis y lectura crítica de textos.

Revisamos referencias bibliográficas de la Biblioteca Luis Ángel Arango, y editoriales como Leyer, El Profesional, Ibáñez, Tirant Lo Blanch, acerca de autores que hayan escrito sobre Proceso de Responsabilidad Fiscal, derechos políticos y la tensión entre ambos constitucional y convencionalmente hablando, buscadores de las altas cortes en Colombia, Congreso de la República de Colombia y de la Corte IDH, en sus sitios web correspondientes.

4. Conclusiones

El escenario al que nos conduce el Bloque de Constitucionalidad, en el que coexisten normas de rango constitucional con diversos significados, como sucede con la CADH y el mismo texto Constitucional en la limitación de los derechos políticos por autoridades administrativas, no se explica a partir de jerarquías ni de cuál postura se impone sobre la otra; el asunto es mucho más complejo e invita a pensar en alternativas en cuanto a la fórmula de la mutua deferencia y margen de apreciación, para una interpretación sistemática, más no paliativa o impuesta sin discusión.

Así, para fomentar la eficacia e idoneidad en la función pública, la preservación del erario, y la importancia de la gestión fiscal, el Estado colombiano cuenta con el proceso de responsabilidad fiscal, por lo que en este trabajo se hizo un acercamiento a este, del cual también se señalaron algunas situaciones problemáticas que van más allá de la competencia. En el mismo sentido, se revisó la relevancia del derecho político de acceso y permanencia en la función pública, en el contexto de una sociedad democrática, la cual cobija a todos, no sólo a los elegidos por voto.

Se determinó que so pretexto de la lucha contra la corrupción en la defensa del patrimonio público, una consecuencia indirecta del fallo con responsabilidad fiscal (la inhabilidad) resulta más gravosa que la consecuencia natural de resarcir el daño al erario. Y es que la muerte política, así sea temporal, debe estar precedida por reglas de juego claras, adecuadas y razonables.

Concluimos que el Estado Colombiano, con el fallo con responsabilidad fiscal, vulnera la CADH al restringir los derechos políticos de acceso y permanencia en cargos públicos de los gestores fiscales declarados fiscalmente responsables en el marco de un PRF, por lo que tiene el deber de hacer eco de la interpretación que de la CADH ha hecho la Corte IDH, dado que esta tiene un efecto relevante que ha de ser revisada, pero ajustándola al contexto local y los desafíos de la realidad democrática nacional, adaptando las instituciones, normas y procesos internos, buscando la mayor garantía posible del derecho político en juego, así como también el debido proceso y la salvaguarda del patrimonio público. Por esto, creemos que el criterio de la Corte Constitucional debe ceder, en la medida que existen serios reparos de convencionalidad, pero tampoco se estima del caso que la solución sea la competencia exclusiva de un juez penal.

En línea con lo anterior, el mismo PRF no está acorde con la CADH, al contener elementos defectuosos en materia de debido proceso, derecho de defensa y violación al principio de jurisdiccionalidad, de modo que al final se limita injustificadamente el derecho político de acceso y permanencia en cargos públicos de los gestores fiscales declarados fiscalmente responsables con la inhabilidad automática y sobreviniente, por lo que se plantean propuestas de mejora, que aquí se hizo un ejercicio de mostrar una alternativa de *ajuste* convencional, en el margen de apreciación y deferencia, tal como es: Naturaleza sancionadora o mixta del PRF; la jurisdiccionalización del proceso con garantías a todos los vinculados; la creación de una sala especializada al interior de lo contencioso o asignación de nueva competencias; y la creación de un Código Fiscal.

Referencias

- Álvarez Peña, L. (2020). *El daño patrimonial al estado proceso de responsabilidad fiscal*. Leyer.
- Auditoría General de la República (2013). *Gestión del proceso de responsabilidad fiscal, preguntas y respuestas*.
file:///C:/Users/User/Downloads/Gesti%C3%B3n%20del%20Proceso%20de%20Responsabilidad%20Fiscal%20preguntas%20y%20respuestas.pdf
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Gaceta Constitucional*.
<https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll26/id/3712/>
- Barbosa, A. y Ortiz, A. (2019). *La restricción de los derechos políticos en Colombia por autoridades administrativas de control a la luz del artículo 23 del pacto de San José de costa rica (efectos de las decisiones de procuraduría general y contraloría general en el acceso y permanencia en cargos públicos)*. <http://hdl.handle.net/10554/42449>
- Bedoya, M. (2021). *El control integral de los fallos de responsabilidad fiscal*. *Noticias de Abogados, bufetes, jurisprudencia, avisos de ley, de Colombia*.
Asuntoslegales.com.co. <https://www.asuntoslegales.com.co/consultorio/el-control-integral-de-los-fallos-de-responsabilidad-fiscal-3156508>
- Bernal García, M. y García Pacheco, D. (2003). *Metodología de la investigación jurídica y socio jurídica*. Fundación Universitaria de Boyacá, Centro de Investigaciones para el Desarrollo, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Programa de Derecho y Ciencias Políticas, Uniboyacá, Ed.
- Berrío Fernández, J. (2020). *El proceso de responsabilidad fiscal* [Tesis de pregrado, Universidad Cooperativa de Colombia]. <http://repository.ucc.edu.co/handle/ucc/5022>

Bulla Romero, J. (2022). *Nuevo control fiscal y proceso de responsabilidad fiscal (2a ed.)*. Grupo Editorial Ibáñez.

Castro Franco, A. (2020). *El futuro del control fiscal en Colombia. lineamientos para la implementación del acto legislativo 04 de 2019*. Grupo Editorial Ibáñez.

Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humano. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humano “Pacto a San Jose de Costa Rica”*. https://www.transparencia.gob.sv/system/documents/documents/000/012/092/original/CONVENCION_AMERICANA_SOBRE_DERECHOS_HUMANOS.pdf

Congreso de Colombia. (2019). *Acto legislativo No. 04 del 18 de septiembre de 2019*. <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/ACTO%20LEGISLATIVO%20No%2004%20DEL%2018%20DE%20SEPTIEMBRE%20DE%202019.pdf>

Congreso de la República de Colombia, (2019). *Proyecto de Acto Legislativo No. 355 de 2019*. https://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/Ponencias/2019/gaceta_153.pdf

Conrado Imitola, R. (2015). *Régimen del control fiscal, legislación, doctrina y jurisprudencia*. Grupo Editorial Ibáñez.

Consejo de Estado. (2017). *Sentencia de 27 de julio de 2017*. <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/ci/gjul2017/GACETA%20DE%20JURISPRUDENCIA%20SENTENCIAS%20JULIO%202017.pdf>

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta-Descongestión (2018). *Sentencia del 1 de marzo de 2018. Nulidad y restablecimiento del derecho – Fallo de segunda instancia.*

<https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/tables5/F76001233100020070015201%20AYB.pdf>

Consejo de Estado. (2021). *Auto de Unificación Jurisprudencial del 29 de junio.*

<https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/246/11001-03-15-000-2021-01175-01.pdf>

Consejo de Estado. (2021). *Control automático de legalidad de fallos con responsabilidad fiscal.*

<https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/242/11001-03-15-000-2021-01175-00.pdf>

Consejo de Estado. (2023). *Sentencia del 29 de julio. Imposición de sanción de destitución e inhabilidad general a servidor público de elección popular por parte de la Procuraduría General de la Nación.*

[https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/268/11001-03-25-000-2013-00561-00%20\(1093-2013\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/268/11001-03-25-000-2013-00561-00%20(1093-2013).pdf)

Constitución Política de Colombia. (1991). *Constitución Política de la República de Colombia.*

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Contraloría General de la República. (2018). *Concepto jurídico No. CGR-OJ-0037 de 2018.*

Contraloría General de la República. (2016). *Concepto jurídico No. CGR-OJ-0153 de 2016.*

Contraloría General de la República. (2016). *Concepto jurídico No. CGR-OJ-0085 de 2016.*

Contraloría General de la Republica. (2016). *Contratos estatales – Recursos Públicos – Gestión Fiscal.* <https://vlex.com.co/vid/concepto-n-cgr-oj-797795449>

Correa Gómez, E. y Pinzón Maldonado, H. (2012). Responsabilidad fiscal en Colombia.

Prolegómenos. Derechos y valores 15(29), pp. 173-188. <https://www.redalyc.org/pdf/876/87625419011.pdf>

RESTRICCIÓN DEL DERECHO POLÍTICO DE ACCESO Y PERMANENCIA						149
Corte	Constitucional.	(1993).	<i>Sentencia</i>	<i>no.</i>		C-
	337/93. https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/c-337-93.htm					
Corte	Constitucional.	(1995).	<i>Sentencia</i>	<i>no.</i>		C-
	225/95. https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-225-95.htm					
Corte	Constitucional.		(1996).	<i>Sentencia</i>		
	SU.620/96. https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/SU620-96.htm#:~:text="Nadie%20podrá%20ser%20condenado%20por,y%20de%20la%20consecuente%20responsabilidad" .					
Corte	Constitucional.		(1997).	<i>Sentencia</i>		C-
	358/97. https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-358-97.htm					
Corte	Constitucional.		(2001a).	<i>Sentencia</i>		C-
	840/01. https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-840-01.htm					
Corte	Constitucional.		(2001b).	<i>Sentencia</i>		T-
	1319/01. https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/t-1319-01.htm					
Corte	Constitucional.		(2003).	<i>Sentencia</i>		C-
	067/03. https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/c-067-03.htm					
Corte	Constitucional.	(2004).	<i>Sentencia</i>	C	–	100/04.
	https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-100-04.htm					
Corte	Constitucional.	(2006).	<i>Sentencia</i>	C	–	651/06.
	https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-651-06.htm					
Corte	Constitucional.		(2006).	<i>Sentencia</i>		T-
	284/06. https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/T-284-06.htm#:~:text=Sentencia%20T-					

284/06&text=Uno%20de%20los%20instrumentos%20legales,el%20proceso%20de
%20nulidad%20electoral.

- Corte Constitucional. (2007a). *Sentencia* C-077/07. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-077-07.htm>
- Corte Constitucional. (2007b). *Sentencia* C-340/07. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-340-07.htm>
- Corte Constitucional. (2009). *Sentencia* C-488/09. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/c-488-09.htm>
- Corte Constitucional. (2012). *Sentencia* T-653/12. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-653-12.htm>
- Corte Constitucional. (2013). *Sentencia* C – 612/13. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-612-13.htm>
- Corte Constitucional. (2013a). *Sentencia* SU712/13. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/SU712-13.htm>
- Corte Constitucional. (2013b). *Sentencia* T-151/13. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-151-13.htm>
- Corte Constitucional. (2014). *Sentencia* C – 500/14. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/c-500-14.htm>
- Corte Constitucional. (2015a). *Sentencia* C-150/15. <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-150-15.htm>
- Corte Constitucional. (2015b). *Sentencia* T-066/15. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-066-15.htm>

	RESTRICCIÓN DEL DERECHO POLÍTICO DE ACCESO Y PERMANENCIA	151
Corte	Constitucional. (2018). <i>Sentencia</i>	C-
	101/18. https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/C-101-18.htm	
Corte	Constitucional. (2019). <i>Sentencia</i>	C – 111/19.
	https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-111-19.htm#:~:text=La%20sentencia%20C%2D111%20de,6%20y%2C%20por%201%20C.	
Corte	Constitucional. (2020). <i>Sentencia</i>	C-
	140/20. https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-140-20.htm#:~:text=No%20podrá%20ser%20elegido%20Contralor,de%20prisión%20por%20delitos%20comunes.	
Corte	Constitucional. (2021). <i>Sentencia</i>	C – 325/21.
	https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2021/C-325-21.htm	
Corte	Constitucional. (2021). <i>Sentencia</i>	C-
	146/21. https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2021/C-146-21.htm	
Corte	Constitucional. (2022a). <i>Sentencia</i>	C-
	090/22. https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2022/C-090-22.htm	
Corte	Constitucional. (2022b). <i>Sentencia</i>	C-
	091/22. https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2022/C-091-22.htm	
Corte	Constitucional. (2022c). <i>Sentencia</i>	C-
	237A/22. https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2022/C-237A-22.htm	
Corte	Constitucional. (2023a). <i>Comunicado de la sentencia C-134/23 - expediente PE-051.</i>	
	https://www.corteconstitucional.gov.co/noticia.php?AQUÍ-Comunicado-de-la-Sentencia-C-134/23---Expediente-PE-051-9518	

- Corte Constitucional. (2023b). *Sentencia C-030/23*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2023/C-030-23.htm#:~:text=C-030-23%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=La%20Corte%20concluye%20que%20la,artículo%20116%20de%20la%20Constitución>.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2005). *Caso Yatama Vs Nicaragua*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2008). *Caso Castañeda Gutman Vs Estados Unidos Mexicanos*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2009). *Caso Reverón Trujillo Vs Venezuela*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_197_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2010). *Caso Cepeda Vargas Vs Colombia*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_213_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2011). *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_227_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2011). *Caso Gelman Vs Uruguay*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2011). *Caso López Mendoza Vs Venezuela*. https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_233_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2014). *Caso Argüelles y otros Vs Argentina*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_288_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2018). *Caso Escaleras Mejía y otros Vs Honduras*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_361_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2018). *Caso San Miguel Sosa y otras Vs Venezuela*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_348_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2019). *Caso Colindres Schonenberg Vs El Salvador*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_373_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2020). *Caso Casa Nina Vs Perú*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_419_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2020). *Caso Fernández Prieto Vs Argentina*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_411_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2020). *Caso Martínez Esquivia Vs Colombia*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_412_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2020). *Caso Petro Urrego Vs Colombia*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_406_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2021). *Caso Cuya Lavy y otros Vs Perú*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_438_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2021). *Caso Moya Solís Vs Perú*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_425_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2021). *La figura de la reelección presidencial indefinida en sistemas presidenciales en el contexto del sistema interamericano de derechos humanos*. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_28_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2021). Opinión consultiva OC-28/21. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_28_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2021). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 20: Derechos políticos*. https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo20_2021.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2022). *Cuadernillo de jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos*. (No. 26). <https://biblioteca.corteidh.or.cr/adjunto/38988>

Declaración Universal de Derechos Humanos (s.f.) (El Salvador). https://www.transparencia.gob.sv/system/documents/documents/000/529/035/original/Declaración_Universal_de_Derechos_Humanos.pdf

Departamento Administrativo de la Función Pública. (1993). Ley 42 de 1993. https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma_pdf.php?i=289

Departamento Administrativo de la Función Pública. (1994). *Ley 134 de 1994*. https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma_pdf.php?i=330

Departamento Administrativo de la Función Pública. (2000). Ley 610 DE 2000. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=5725>

Departamento Administrativo de la Función Pública. (2002). Ley 734 de 2002. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=4589>

Departamento Administrativo de la Función Pública. (2004). Ley 906 de 2004. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=14787>

Departamento Administrativo de la Función Pública. (2011). Ley 1437 de 2011. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=41249>

Departamento Administrativo de la Función Pública. (2011). Ley 1474 de 2011. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=43292>

- RESTRICCIÓN DEL DERECHO POLÍTICO DE ACCESO Y PERMANENCIA 155
- Departamento Administrativo de la Función Pública. (2015). Ley 1757 de 2015. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=65335>
- Departamento Administrativo de la Función Pública. (2018). Ley 1909 de 2018. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=87302>
- Departamento Administrativo de la Función Pública. (2019). Ley 1952 de 2019. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=90324>
- Departamento Administrativo de la Función Pública. (2021). Ley 2094 de 2021. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=165113>
- Departamento Administrativo de la Función Pública. (2023). Concepto 011411 de 2023. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=205043#:~:text=Por%20la%20cual%20se%20expiden,y%20se%20dictan%20otras%20disposiciones.>
- Departamento Administrativo de la Función Pública. Ley 2080 de 2021. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=156590>
- Departamento Administrativo de la Función Pública. Ley 2113 de 2021. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=168026>
- Echavarría Restrepo, J. (2021). *El control automático de legalidad de los fallos con responsabilidad fiscal, en la ley 2080 de 2021*. <https://sucesoresfedericoestradafelez.com/el-control-automatico-de-legalidad-de-los-fallos-con-responsabilidad-fiscal-en-la-ley-2080-de-2021/>
- Ely, J. H. (2007). *Democracia y desconfianza Una teoría del control constitucional*. Siglo del Hombre Editores.

- Fajardo Peña, S. (2017). La responsabilidad fiscal de los contratistas del Estado. *Revista digital de Derecho Administrativo* (18), pp. 327-351.
<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/5014/6002>.
- Función Pública. (2020). Decreto 403 de 2020.
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=110374>
- Galvis Patiño, M. (2011). *La procuraduría general de la nación y los casos ante el sistema interamericano de protección de derechos humanos*.
- Giraldo Ángel, J. (1996). *Metodología y técnica de la investigación jurídica (7a ed.)*. Librería El Profesional.
- Gómez Lee, I. (2021). *Fundamentos de la responsabilidad fiscal en Colombia*. Tirant Lo Blanch.
- Gómez Sierra, F. (2017). *Control fiscal y proceso de responsabilidad fiscal: (7a ed.)*. Leyer.
- Gutiérrez Beltrán, A. (2007). *El bloque de constitucionalidad. Conceptos y fundamentos*. Universidad Externado de Colombia.
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C. y Baptista Lucio, P. (2004). *Metodología de la investigación (3a ed.)*. McGraw Hill.
- Insignares Gómez, R., Marín Elizalde, M., Muñoz Martínez, G., Piza Rodríguez, J. R. y Zornoza Pérez, J. (2007). *Curso de derecho fiscal, tomo 1*.
- Jurisprudencia de Colombia. (1976). *Decreto 925 de 1976*. [https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1191270#:~:text=\(mayo%2011\)-,Por%20el%20cual%20se%20determinan%20los%20procedimientos%20generales%20de%20control,se%20dictan%20normas%20sobre%20estad%C3%ADstica](https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1191270#:~:text=(mayo%2011)-,Por%20el%20cual%20se%20determinan%20los%20procedimientos%20generales%20de%20control,se%20dictan%20normas%20sobre%20estad%C3%ADstica).
- Lerma González, H. (2009). *Metodología de la investigación: Propuesta, anteproyecto y proyecto (4a ed.)*. Ecoe

- Ediciones. https://www.sijufor.org/uploads/1/2/0/5/120589378/metodologia_de_la_investigacion_propuesta_anteproyecto_y_proyecto.pdf
- Maldonado Narváez, M. (2014). El control fiscal y su ajuste dentro del Estado Social de Derecho. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 44(120), 129–152. <http://www.scielo.org.co/pdf/rfdcp/v44n120/v44n120a06.pdf>
- Montoya Romero, N. (2017). *La destitución de servidores públicos de elección popular por la procuraduría general de la nación: Violación de la convención americana sobre derechos humanos. análisis especial de la destitución del alcalde de Bogotá: Gustavo Petro Urrego en 2013* [Maestría en Derecho Administrativo, Universidad Militar Nueva Granada]. Derecho Administrativo [109]. <http://hdl.handle.net/10654/16550>
- Noriega Leal, H. R. (2021a). *Apuntes de responsabilidad fiscal*. Grupo Editorial Ibáñez.
- Noriega Leal, H. R. (2021b). *El proceso verbal de responsabilidad fiscal*. Grupo Editorial Ibáñez.
- Ordóñez Vásquez, T., Gómez Jaramillo, A. y Bayona Aristizábal, D. (2019). Hallazgos fiscales y procesos de responsabilidad fiscal en Colombia 2012-2017. *Revista Republicana*, 27, pp. 211–233. <https://doi.org/10.21017/rev.repub.2019.v27.a74>
- Organization of American States. (2003). *Carta democrática interamericana: Documentos E interpretaciones*.
- Patiño, H. (2011). Las causales exonerativas de la responsabilidad extracontractual ¿Por qué y cómo impiden la declaratoria de responsabilidad? Aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado. *Revista de Derecho Privado* (20), pp. 371-398. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/download/2898/2539/9707>
- Quinche Ramírez, M. (2009). *El control de convencionalidad y el sistema colombiano*. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* (12), 163–190.

- Ramos Acevedo, Jairo. (2018). *Fundamentos de responsabilidad extracontractual de la administración pública*. Leyer, 2 Edición.
- Restrepo Medina, M. y Peláez Gutiérrez, V. (2021). *Novedades y perspectivas de la reforma al control fiscal*. Tirant Lo Blanch.
- Rico Puerta, L. A. (2015). *Teoría general y práctica de la contratación estatal*. Leyer.
- Rivadeneira Stand, S. (2013). *Derecho disciplinario colombiano a la luz de la convención americana de derechos humanos y el pacto internacional de derechos civiles y políticos*. [(Trabajo de grado de Maestría en Derecho Público inédito)]. Universidad Externado de Colombia.
- Roa Roa, J. E. (2018). La protección de los derechos políticos frente a las funciones disciplinarias de las autoridades administrativas: Subsidiariedad y deferencia en el sistema interamericano de derechos humanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, 8(2), pp. 800–823. <https://doi.org/10.5102/rbpp.v8i2.5643>
- Romero Calvo, D. (2001). Responsabilidad fiscal [(Trabajo de grado, Responsabilidad fiscal)]. Universidad de la Sabana <https://intellectum.unisabana.edu.co/handle/10818/5331>
- Sagüés, N. (2011). Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. *Opus Magna constitucional guatemalteco*.
- Sánchez, C. (2007). Aspectos sustanciales de la responsabilidad fiscal en Colombia. *Revista Civilizar*, 7(13), pp. 81-96. <https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/ccsh/article/view/766>
- Secretaría Jurídica Distrital. (2012). *Resolución Orgánica 6541 de 2012 Contraloría General de la República*. <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=47048>

Senado de la República. (2020). Proyectos de ley No. 475 de 2021 Senado y 295 de 2020 Cámara de Representantes.

https://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/Ponencias/2021/gaceta_659.pdf

Senado de la República. (2022). *Proyecto de Acto Legislativo No. 20/2022*.

<https://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/Proyectos%20de%20Acto/2022-2023/PAL-20S-2022.pdf>

Senado de la República. (2022). Proyecto de Acto Legislativo No. 208/2022.

<https://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/proyectos%20de%20ley/2022-2023/PL-208S-2022.pdf>

Téllez Osorio, H. (2020). *Evolución jurídica del control fiscal y del proceso de responsabilidad fiscal en Colombia 1991 – 2020* [(Tesis de pregrado, Universidad Cooperativa de Colombia)]. <https://repository.ucc.edu.co/handle/20.500.12494/28314>

Uprimny, R. (s.f.). El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal. https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_46.pdf

Velasco Cano, N. y Llano J. (2015). Teoría del derecho, neoconstitucionalismo y modelo de estado constitucional en el contexto colombiano. *Revista Novum Jus* 9(2), pp. 49-73.

Velásquez Turbay, C. (2004). *Derecho constitucional*. Universidad Externado de Colombia. (3a ed.).